

# Gewerbemiete Und Teileigentum

**2-3/10**

**10. Jahrgang**

**Heft 53**

**Februar/März 2010**

**S. 69-164**

**Erscheinungsort Bonn**

**Schwerpunkt  
BGH-Rechtsprechung**

## **Beiträge**

**M. J. Schmid: Gewerbe im Wohnungs- und Teileigentum**

**M. H. Kraus: Schöne neue Stadt!**

## **Wirtschaft und Verbände**

**R. Sotelo: Anmerkungen zur Finanzkrise**

## **Gewerbemiete**

**Schriftform (BGH – mit Anm. Wiek)**

**Umlage der Verwaltungskosten (BGH)**

**Ladenlokal im EKZ; Betriebspflicht (BGH)**

**Geschäftsgrundlage; vorgesehene Mieterstruktur (BGH)**

**Landwirtschaftliche Pacht; GAP (BGH)**

**Ausgleichsleistungen AusgLeistG (BGH)**

**Jagdrecht; Wildschäden (BGH)**

**BGB-Publikumsgesellschaft; Datenschutz (BGH)**

**Verkehrssicherungspflicht; Nachrüstung (BGH)**

**Lärmstörung durch Groß-Bauvorhaben (BGH)**

**Zwangsvollstreckung; Pfändungsschutz (BGH)**

## **Teileigentum**

**Nutzung als Gaststätte (BGH)**

**Wohngeldrückstand; Veräußerungsklage (BGH)**

## **Wettbewerb**

**D. Dingeldey: Internet – Umschau März 2010**

**„Internet-System-Vertrag“ (BGH)**

**Abmahnung durch einen Wettbewerbsverband (BGH)**

## **Besteuerung**

**K.-Chr. Callsen: Steuern – Umschau März 2010**

**Teilkündigung des Steuerberatervertrags (BGH)**

## **Magazin**

# Inhalt

## Beiträge

M. J. Schmid,  
**Gewerbebetriebe und Berufsausübung  
im Wohnungs- und Teileigentum**

71

M. H. Kraus,  
**Wir machen uns eine schöne neue Stadt!  
Über Chancen und Risiken von  
Quartierszertifizierungen**

79

## Wirtschaft und Verbände

R. Sotelo,  
**Anmerkungen zur Finanzkrise aus  
immobilienökonomischer Sicht**

82

## Gewerbemiete

Gewerberaummiete; Vermietung vor  
Gebäudefertigstellung; Schriftform; Angebot und  
Annahmefristen; unbestimmter Beginn der Mietzeit;  
Schriftform des durch Vollzug konkludent  
abgeschlossenen Mietvertrags (BGH – mit Anm. Wiek)

93

Geschäftsraummiete; Gewerbeflächen; Getränkeshop  
im SB-Markt; AGB; Transparenzgebot; Umlage der  
Verwaltungskosten als Nebenkosten;  
Verwaltungskosten als Kosten des Betriebs (BGH)

96

Gewerberaummiete; Ladenlokal im Einkaufszentrum  
EKZ; Lebensmitteldiscounter; Betriebspflicht;  
Offenhaltungspflicht; Sortimentsbindung; Sortiments-  
und Konkurrenzschutz; Leerstände; Wegfall der  
Geschäftsgrundlage; Verwendungsrisiko des Mieters  
(BGH)

97

Gewerberaummiete; Café im Wohn- und  
Geschäftshaus; Geschäftsgrundlage; vorgesehene  
Mieterstruktur; Verwendungsrisiko des Mieters;  
Kündigungsvereinbarung bei Zahlungsverzug (BGH)

100

Pacht landwirtschaftlicher Flächen vom Nießbraucher;  
Beendigung des Nießbrauchs; Kündigungsrecht des  
Grundstückserwerbers (BGH)

102

Hofpachtvertrag; Landpachtvertrag; Auslegung von  
Vereinbarungen im Altvertrag zur Übertragung  
landwirtschaftlicher Beihilfen nach Pachtende;  
Veränderungen im System der Beihilfen;  
GAP-Reform; Agrarpolitik; Vertragsfreiheit (BGH)

104

Ausgleichsleistung; vormaliger Pächter als Erwerber  
landwirtschaftlicher Flächen; Rücktritt des  
Veräußerers; Einbehalt erwirtschafteter  
Betriebsprämien; GAP-Reform (BGH)

107

Erwerb von Forstwirtschaftsfläche als  
Ausgleichsleistung; AusglLeistG; Lebensmittelpunkt  
nahe der Betriebsstätte; Ortsansässigkeit; sekundäre  
Beweislast; MRRG (BGH)

108

Pacht; Landwirtschaftssache; Rückgabe gepachteten  
Weinbergs nach Rodung der Weinstöcke (BGH)

110

Jagdrecht; Jagdpacht; Jagdbezirk; Ersatzanspruch  
für Wildschäden; Wildschweine; Hausgrundstück im  
befriedeten Bezirk; Föderalismusreform (BGH)

111

BGB-Gesellschaft; Informationsrechte gegenüber  
Mitgesellschaftern; Datenschutz; Anonymität;  
Publikumsgesellschaft (BGH)

114

Verkehrssicherungspflicht; Zugang zum Gebäude einer  
Bank; Glasschiebetüre; Geldautomat; Nachrüstung  
bei verschärfter DIN (BGH)

115

Gaststättenmiete; Entschädigung wegen  
Lärmstörungen durch ein Groß-Bauvorhaben;  
„City-Tunnel Leipzig“; Maßgeblichkeit des  
Planfeststellungsverfahrens (BGH)

116

Grundstücksmiete; Betrieb einer  
Abfallbeseitigungsanlage; Abfallrecycling;  
Weiterbetreiben der Anlage durch den neuen Mieter  
nach Vertragskündigung des Zwangsverwalters;  
Inanspruchnahme des Erstmieters für Kosten der  
Schadensbeseitigung im Boden; Räumung;  
Bodenschutz; Immissionschutz; Altlast;  
Bodenveränderung; Zustandsstörer (BGH)

119

Ersatzzustellung bei aufgegebenen Geschäftsräumen  
(BGH)

122

Zustellung durch Aufgabe zur Post; Ersatzzustellung  
durch lizenziertes Postunternehmen;  
Geschäftsanschrift ohne Briefkasten; Postfach (BGH)

124

Zwangsvollstreckung; Pfändungsverbot;  
Pfändungsschutz; Kfz des Schuldners im Gebrauch  
des Ehegatten zur Erwerbstätigkeit; Pendlerverkehr  
zum Arbeitsplatz (BGH)

124

Kurzfassungen / Leitsätze Gewerbemiete etc.

126

## Teileigentum

Vermietetes Teileigentum; Nutzung als Gaststätte;  
Zweckbestimmung; Gebrauchsregelung; Auslegung  
der Teilungserklärung; Nutzungsvorschläge des  
Architekten in den Plänen (BGH)

129

Teileigentum; Verweigerung der erforderlichen  
Instandsetzung einer Außentreppe;  
Wohngeldrückstand; Veräußerungsklage;  
Entziehung des Wohnungseigentums (BGH)

130

Kurzfassungen / Leitsätze Teileigentum etc.

131

## Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet – Umschau März 2010

131

„Internet-System-Vertrag“; rechtliche Einordnung;  
Vorleistungsklausel (BGH)

135

Wettbewerb; Abmahnung durch einen  
Wettbewerbsverband; Kosten der zweiten  
Abmahnung durch einen Rechtsanwalt; Kräutertee  
(BGH)

138

Kurzfassungen / Leitsätze Wettbewerb etc.

139

## Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Steuern – Umschau März 2010

140

Steuerberatervertrag; Kündigung des Teilbereichs  
der Finanz- und Lohnbuchführung; Apotheke (BGH)

142

Kurzfassungen / Leitsätze Steuerrecht etc.

143

## Magazin

Politik und Recht

143

Bücher und Veröffentlichungen

162

114 **Impressum**

162

RiOLG, RiBayObLG a. D. Dr. Michael J. Schmid, München\*

## Gewerbebetriebe und Berufsausübung im Wohnungs- und Teileigentum

### I. Grundsätzliches

Nach § 13 Abs. 1 WEG kann jeder Wohnungseigentümer<sup>1</sup> mit den in seinem Sondereigentum stehenden Gebäudeteilen nach Belieben verfahren, insbesondere diese vermieten und verpachten. Eingeschränkt wird die freie Nutzungsbefugnis durch das Gesetz und die Rechte Dritter. Diese Einschränkungen gelten sowohl für die Selbstnutzung als auch für die Vermietung. Rechte Dritter sind auch rechtsgeschäftlich begründete Rechte. Rechtsgeschäftliche Regelungen der Wohnungseigentümer sind in der Praxis häufig anzutreffen. Diese sind für die übrigen Wohnungseigentümer „Rechte Dritter“ im Sinne des § 13 Abs. 1 WEG.<sup>2</sup>

### II. Gebrauchsbeschränkungen

Gebrauchsbeschränkungen, die sowohl den selbst nutzenden Wohnungseigentümer als auch den Mieter treffen, sind häufig. Gerade bei gewerblicher Nutzung entsteht oft Streit darüber, was (noch) zulässig ist.

#### 1. Gesetzliche Regelung

Die von § 13 Abs. 1 WEG grundsätzlich gewährte Freiheit des Gebrauchs wird eingeschränkt durch § 14 Nr. 1 WEG. Danach darf vom Sondereigentum und vom gemeinschaftlichen Eigentum nur in solcher Weise Gebrauch gemacht werden, dass dadurch keinem der anderen Wohnungseigentümer über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil erwächst. § 14 Nr. 1 WEG schließt nicht jede Beeinträchtigung aus, sondern nur jede nicht ganz unerhebliche.<sup>3</sup>

Eine Beschränkung gewerblicher Betätigungen ist hieraus grundsätzlich nicht abzuleiten. Unzulässig ist es lediglich, unnötige Beeinträchtigungen zu verursachen, die bei ordnungsgemäßer Durchführung der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit vermeidbar sind, z. B. übermäßiger Lärm.

Das Recht zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums nach § 13 Abs. 2 WEG umfasst es auch, das gemeinschaftliche Eigentum in angemessenem Umfang zur Anbringung von Werbe- und Hinweisschildern zu benutzen.<sup>4</sup>

#### 2. Gebrauchsregelungen

Gebrauchsregelungen können nach § 15 Abs. 1 WEG durch Vereinbarung (Teilungserklärung) getroffen werden.<sup>5</sup> Dabei kommt, wenn nicht Umstände des Einzelfalles dagegen sprechen, bereits der Bezeichnung in der Teilungserklärung und im Aufteilungsplan Vereinbarungscharakter zu, z. B. Wohnung, Laden, Hobbyraum, Reinigung.<sup>6</sup>

Problematisch ist, inwieweit Regelungen zum Gebrauch des Sondereigentums auch durch Mehrheitsbeschluss getroffen werden können. § 15 Abs. 2 BGB sieht eine solche Möglichkeit ausdrücklich vor. Dort ist aber auch geregelt, dass Vereinbarungen vorrangig sind. Eine durch Vereinbarung (Teilungserklärung) erlaubte gewerbliche Nutzung kann deshalb nicht durch Mehr-

heitsbeschluss verboten werden.<sup>7</sup> Ein solcher Beschluss wäre wegen fehlender Beschlusskompetenz nichtig.<sup>8</sup> Möglich sind jedoch einzelne Gebrauchsregelungen, die sich auch auf den Gewerbebetrieb auswirken können, diesen aber nicht ungebührlich behindern dürfen. So hat es das BayObLG<sup>9</sup> als zulässig angesehen, den Betrieb eines Biergartens auf 23 Uhr zu befristen.

Eine Gebrauchsregelung schließt grundsätzlich nicht jeden anderen Gebrauch aus. Eine abweichende Nutzung ist zulässig, wenn sie nicht mehr stört als die vorgesehene.<sup>10</sup> Dabei kommt es nach h.M.<sup>11</sup> nicht auf die Umstände des Einzelfalles, sondern auf eine typisierende Betrachtungsweise an. Das heißt, es ist nicht auf den konkreten Betrieb abzustellen, sondern auf Betriebe dieser Art. Außergewöhnliche Störungen, die für den jeweiligen Betrieb nicht notwendig sind, müssen jedoch unterlassen werden.

Unter Umständen kann ein Anspruch auf Abänderung der Gebrauchsregelung nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG bestehen, wenn ein Festhalten an der geltenden Regelung aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Rechte und Interessen der anderen Wohnungseigentümer, unbillig erscheint.<sup>12</sup> Dieser Anspruch kann auf eine Änderung, Einschränkung oder Ausweitung der gewerblichen Tätigkeit gerichtet sein. Einigkeit besteht nur darüber, dass entgegen der früheren Rechtsprechung keine außergewöhnlichen Umstände mehr vorliegen müssen, um eine Än-

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

1) Unter Wohnungseigentümer ist im Folgenden auch der Teileigentümer zu verstehen und unter Wohnungseigentum auch das Teileigentum.

2) Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 13 Rn. 5.

3) BGH, MDR 1992, 484 = NJW 1992, 978 = WuM 1992, 159.

4) Wenzel in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl., § 13 Rn. 17 und unten II. 4 – Stichwort „Reklame“.

5) Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 15 Rn. 5.

6) BayObLG, WuM 1995, 50; Abramenko in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 15 Rn. 2.

7) Abramenko in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 15 Rn. 10.

8) OLG Düsseldorf, ZMR 2003, 861 = Gut 2004, 32.

9) ZWE 2001, 606 = ZMR 2001, 823 = GuT 2002, 26.

10) BayObLG, GuT 2002, 121 = ZMR 2000, 53.

11) Z. B. Abramenko in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 14 Rn. 13; Wenzel in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl., § 13 Rn. 26 je m. w. N.

12) Abramenko in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 14 Rn. 15.

derung zu ermöglichen.<sup>13</sup> Nach dem Gesetzeswortlaut wird es stets auf den Einzelfall ankommen. Bloße Schwierigkeiten bei der Vermietung werden nicht als ausreichend angesehen.<sup>14</sup> Folgt man der Auffassung, dass ein Änderungsanspruch nicht besteht, wenn sich einseitige Erwartungen eines Wohnungseigentümers nicht erfüllt haben oder wenn eine Entwicklung allein im Risikobereich des Wohnungseigentümers liegt,<sup>15</sup> so wird ein Anspruch auf Erweiterung der gewerblichen Nutzungsmöglichkeiten nur selten in Betracht kommen.

### 3. Gebrauchsrechte des Mieters

Hierfür kommt es im Verhältnis zum vermietenden Wohnungseigentümer in erster Linie auf die vertraglichen Vereinbarungen an. Die Regelungen innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft haben auf die Wirksamkeit des Mietvertrags keinen Einfluss. Erfolgt die Vermietung zum Zwecke des Betriebs eines Gewerbes, so wird die Gebrauchsgewährungspflicht des Vermieters nicht dadurch eingeschränkt, dass der Gewerbebetrieb im Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander unzulässig ist.

Die Rechtsprechung<sup>16</sup> gewährt jedoch den übrigen Wohnungseigentümern<sup>17</sup> einen unmittelbaren Anspruch gegen den Mieter auf Unterlassung der unzulässigen Nutzung. Dieser ist dann auf Schadensersatzansprüche gegen den Vermieter beschränkt.

### 4. Einzelfälle

**Apothek:** Die Bezeichnung eines Raums als Apotheke schließt eine Benutzung als Gaststätte aus.<sup>18</sup>

Ein **Architektenbüro** ist in einer Wohnung zulässig,<sup>19</sup> was allerdings im Hinblick auf einen möglichen Publikumsverkehr nicht unbedenklich ist.

**Arztpraxis:** Die Benutzung einer Wohnung als Arztpraxis überschreitet den zulässigen Gebrauch.<sup>20</sup> Sieht die Teilungserklärung eine Untersagung gewerblicher Tätigkeit in Wohnungen jedoch nur aus wichtigem Grund vor, so ist die Nutzung als gynäkologische Arztpraxis nicht zu beanstanden.<sup>21</sup> Arztpraxen sind in einer als Büro bezeichneten Einheit unzulässig.<sup>22</sup>

Eine **Ballettschule** ist in einer Wohnung unzulässig.<sup>23</sup>

**Biergarten:** Ein Eigentümerbeschluss, der den Betrieb eines Biergartens auf einer Sondernutzungsfläche für die Zeit nach 23.00 Uhr untersagt, kann nach den Umständen des Einzelfalls ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen. Eine öffentlich-rechtliche Erlaubnis, die den Gaststättenbetrieb im Freien bis 24.00 Uhr gestattet, steht dem in der Regel nicht entgegen.<sup>24</sup>

Bezeichnung als **Blumenladen:** Unzulässig ist eine Schnellreinigung von Kleidern.<sup>25</sup>

**Bordell:** Ein Bordellbetrieb ist grundsätzlich unzulässig.<sup>26</sup> Daran ändert auch das Prostitutionsgesetz nichts, jedenfalls wenn konkrete Beeinträchtigungen gegeben sind.<sup>27</sup> Ein solches Verbot erscheint jedoch bedenklich, wenn das Teileigentum nach der Teilungserklärung »zu beliebigen geschäftlichen Zwecken« benutzt werden darf.<sup>28</sup> Der Betrieb eines »Hostess-Service« kann untersagt werden.<sup>29</sup> S. a. Prostitution.

**Büro:** In einer als Büro bezeichneten Teileigentumseinheit sind unzulässig: Allgemeinanzpraxis,<sup>30</sup> Kinderarztpraxis<sup>31</sup>, Ballettstudio,<sup>32</sup> Spielsalon.<sup>33</sup>

**Café:** Ein Café ist ein Betrieb, in dem vor allem Kaffee und Kuchen verabreicht werden. Ein mit Spielgeräten ausgestattetes Bistro ist unzulässig.<sup>34</sup> Die Bezeichnung „Café- und Ziergarten“ erlaubt nicht den Betrieb eines Bierpavillons.<sup>35</sup> Mit der Zweckbestimmung eines Teileigentums als »Café mit Schnellimbiss« ist es nicht vereinbar, in den Räumen über 21:00 Uhr hinaus die Versammlungsstätte eines ausländischen Kulturvereins mit Getränkeausschank und Speisenzubereitung zu betreiben.<sup>36</sup> Die Bezeichnung „Eisdiele/Café“ erlaubt nicht den Betrieb einer Pilsbar.<sup>37</sup> Ein „Billard-Café“ ist in einer Wohnung unzulässig.<sup>38</sup>

Bezeichnung als **Chemische Reinigung:** Zulässig ist ein Reinigungsbetrieb, selbst wenn es sich nicht bloß um eine Annah-

mestelle handelt.<sup>39</sup> Dagegen ist in einem als Laden bezeichneten Teileigentum die Durchführung der Reinigung selbst nicht zulässig.<sup>40</sup>

**Eisdiele:** In einer Eisdiele darf kein Pilslokal betrieben werden.<sup>41</sup>

**Freiberufliche Tätigkeit:** Ist in der Teilungserklärung eine nicht beeinträchtigende Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit gestattet, aber die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit untersagt, so ergibt die Auslegung, dass auch bestimmte gewerbliche Tätigkeiten (hier: Versicherungsververtretung und Wahrsagerei) erlaubt sind, die einer nicht beeinträchtigenden freiberuflichen Betätigung gleichstehen.<sup>42</sup>

**Friseursalon:** Ein Friseursalon ist in einer im ersten Obergeschoss belegenen Wohnung unzulässig.<sup>43</sup>

**Gaststätte:** Zulässig ist die Darbietung von musikalischen Veranstaltungen bei Benutzung eines Lautstärkenbegrenzers und Beachtung öffentlich-rechtlicher Lärmschutzaufgaben.<sup>44</sup> Der in der Teilungserklärung vorgesehene Betrieb einer Gaststätte in einem offenen Einkaufszentrum wird nicht dadurch unzulässig, dass in angrenzenden anderen Gewerbebetrieben Geruchsbelästigungen auftreten, die nicht auf einen bestimmungswidrigen Gebrauch der Gaststätte zurückzuführen sind.<sup>45</sup>

**Geschäftsraum:** Dieser Begriff lässt fast jede berufliche und gewerbliche Nutzung zu, z. B. Nachtlokal mit Musikveranstaltungen,<sup>46</sup> auch ein Bordell.<sup>47</sup>

**Getränkeautomaten,** mit deren Betrieb eine Lärmbelästigung verbunden ist, sind unzulässig.<sup>48</sup>

**Gewerbe:** Ist in den Räumen ein Gewerbe zulässig, so fällt darunter grundsätzlich jede gewerbliche Nutzung, auch eine

13) Wenzel in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl., § 10 Rn. 153; Elzer in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 10 Rn. 194.

14) Abramenko in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 14 Rn. 15.

15) Elzer in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 10 Rn. 196.

16) BGH, NJW-RR 1995, 715 = ZMR 1995, 480 = DWW 1995, 279 = GE 1995, 1200.

17) Ein eigener Anspruch der Wohnungseigentümergeinschaft als Verband wird überwiegend verneint, jedoch kommt eine Geltendmachung des Rechts durch den Verband nach § 16 Abs. 6 Satz 3 WEG in Betracht; vgl. Schmid, DWE 2009, 78 ff. m.w.N.

18) OLG Stuttgart, DWE 1987, 139.

19) KG, NJW-RR 1995, 333 = WuM 1994, 494.

20) BayObLG, ZMR 1980, 125.

21) LG Hamburg, ZMR 2006, 565.

22) OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 267 = WuM 1995, 727; OLG Stuttgart, WuM 1987, 34 = ZMR 1987, 60.

23) BayObLG, MDR 1985, 939 = WuM 1986, 353 = DWE 1985, 125.

24) BayObLG, ZWE 2001, 606 = ZMR 2001, 823 = GuT 2002, 26.

25) OLG Hamm, OLGZ 1978, 10.

26) BayObLG, Rpfleger 1981, 13.

27) BayObLG, GuT 2004, 239 = NZM 2004, 949.

28) Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 14 Rn. 49; a. A. KG ZMR 1987, 384.

29) OLG Frankfurt, DWE 1990, 107.

30) OLG Stuttgart, ZMR 1987, 60 = WuM 1987, 34.

31) OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 267.

32) LG Bremen, NJW-RR 1991, 1423 = WuM 1991, 364.

33) AG Passau, Rpfleger 1980, 23.

34) OLG Zweibrücken, WE 1997, 474.

35) AG Passau, Rpfleger 1984, 269.

36) BayObLG, ZfR 2003, 694 = GuT 2006, 339.

37) OLG München, ZMR 1992, 306 = WuM 1992, 326.

38) OLG Zweibrücken, ZMR 1987, 228.

39) BayObLG, WuM 1995, 50.

40) OLG Hamm, Rpfleger 1978, 60.

41) OLG München, NJW-RR 1992, 1493 = WuM 1992, 326.

42) KG, ZMR 1994, 27 = WuM 1993, 752.

43) Elzer in Harz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des FA Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Kap. 21 Rn. 441.

44) BayObLG, ZMR 1994, 25 = WuM 1994, 157.

45) OLG München, MDR 2007, 647 = ZMR 2007, 215.

46) KG, ZMR 1989, 25 = WuM 1989, 39.

47) Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 14 Rn. 70; a. A. KG ZMR 1987, 384.

48) BayObLG, NJW-RR 1990, 1104 = WuM 1990, 606.

Bierschwemme;<sup>49</sup> eine Gaststätte;<sup>50</sup> eine Begegnungsstätte für Senioren mit Mittagstisch;<sup>51</sup> ein bordellartiger Betrieb;<sup>52</sup> eine Tagesstätte mit Kontakt- und Informationsstellenfunktion für Menschen mit psychischer Behinderung;<sup>53</sup> eine Schulung von Asylbewerbern.<sup>54</sup> Nicht als zulässig angesehen wird eine Begegnungsstätte eines deutsch-kurdischen Kulturvereins.<sup>55</sup> Unerheblich ist, wenn nicht besondere Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, der öffentlich-rechtliche Gewerbebegriff.

**Haustüre:** Gewerbetreibende möchten eine offene Haustüre, während Bewohner eher eine verschlossene Türe mit elektrischem Türöffner von der Wohnung aus bevorzugen.<sup>56</sup> Fehlt, wie meist, eine Vereinbarung, können die Wohnungseigentümer eine Regelung durch Beschluss treffen, die aber keinem Wohnungseigentümer einen vermeidbaren Nachteil im Sinne von § 14 Nr. 1 WEG zufügen darf.<sup>57</sup> Die Rechtsprechung ist nicht ganz einheitlich und differenziert nach der jeweiligen Nutzung des Gebäudes. Bei überwiegender Wohnraumnutzung wird den Interessen der Bewohner Vorrang eingeräumt. Besteht für einen Gewerbetreibenden die Möglichkeit, Klingel und Türöffner in seinen Räumen so zu verlegen, dass keine wesentliche Arbeitsbeeinträchtigung eintritt, widerspricht ein Eigentümerbeschluss, der das Offenhalten der Haustüre bis 19 Uhr vorsieht, ordnungsmäßiger Verwaltung (Friseursalon).<sup>58</sup> Auch einer Arzt- oder Zahnarztpraxis ist das Betätigen des elektrischen Türöffners zumutbar.<sup>59</sup> Eine überwiegende berufliche oder gewerbliche Nutzung allein kann das Offenlassen der Haustüre nicht rechtfertigen. Es kommt vielmehr darauf an, ob eine sinnvolle Kontrolle des Zugangs möglich erscheint und das Gebrauchmachen vom elektrischen Türöffner auch für die beruflich oder gewerblich genutzten Einheiten zumutbar ist.<sup>60</sup> Bei einem überwiegend freiberuflich oder gewerblich genutzten Gebäude mit erheblichem Publikumsverkehr (ca. 250 Patienten täglich) widerspricht ein Beschluss nicht ordnungsmäßiger Verwaltung, der vorsieht, dass der Schließmechanismus Montag bis Freitag von 8 bis 18 Uhr außer Kraft gesetzt wird.<sup>61</sup> Dem ist nur deshalb zuzustimmen, weil das Verschließen ohne Sinn wäre. Die Türe würde entweder ohne Kontrolle geöffnet oder der elektrische Türöffner würde gleich auf automatisches Öffnen gestellt. Das häufige Ein- und Ausgehen der Besucher ermöglicht zudem auch Unbefugten den Zutritt. Das Verschließen würde deshalb keinen Nutzen bringen.

**Konkurrenzverbot:** Ein Konkurrenzschutz folgt weder für die Wohnungseigentümer noch für deren Mieter aus § 14 WEG.<sup>62</sup> Ein vertragsimmanenter Konkurrenzschutz bezüglich anderer Teileigentümer besteht mangels entsprechender Handlungsmöglichkeiten für andere Teileigentümer nicht.<sup>63</sup> Die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots ist möglich.<sup>64</sup> Ist für ein Teileigentum in der Gemeinschaftsordnung eine bestimmte Nutzungsart genannt, für die Konkurrenzschutz besteht, liegt darin kein Konkurrenzverbot zugunsten anderer Teileigentümer oder für andere Nutzungsarten.<sup>65</sup> Durch Mehrheitsbeschluss kann ein Konkurrenzverbot nicht festgelegt werden.<sup>66</sup> Eine Pilsstube genießt bei der im Wohnungseigentumsrecht gebotenen typisierenden Betrachtungsweise Konkurrenzschutz gegenüber einem Lokal für griechische Spezialitäten mit der Ausgabe von Speisen und alkoholischen Getränken.<sup>67</sup> Ob eine solche Ausweitung des Konkurrenzschutzes auf alle Schank- und Speisewirtschaften zutreffend ist, erscheint zweifelhaft.

**Laden:** Ein Laden gestattet den Verkauf von Waren an Endverbraucher innerhalb der gesetzlichen Öffnungszeiten. Aus der Bezeichnung eines Teileigentums als Laden kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass die Öffnungszeiten auf die zulässigen Öffnungszeiten zum Zeitpunkt der Eintragung der Teilungserklärung im Grundbuch beschränkt sind.<sup>68</sup> Maßgeblich sind die aktuell zulässigen Öffnungszeiten. Ein Sexshop, in dem nur Waren verkauft werden, ist ein Laden.<sup>69</sup> In einem als Laden bezeichneten Raum kann eine Postfiliale betrieben werden.<sup>70</sup> Unzulässig sind Gaststätten jeder Art.<sup>71</sup> Auch der Betrieb einer Stehpizzeria wurde als unzulässig angesehen.<sup>72</sup> Das gilt auch für ein Bistro, das die Ladenöffnungszeiten einhält,<sup>73</sup> und einen Imbiss.<sup>74</sup> Unzulässig sind ferner ein Spielsalon;<sup>75</sup> ein Au-

tomaten-Sonnenstudio;<sup>76</sup> ein Sportstudio;<sup>77</sup> ein Pizza-Lieferservice;<sup>78</sup> ein Office- und Partyservice;<sup>79</sup> eine Kindertagesstätte.<sup>80</sup> Ein Aufstellen von Tischen vor dem Geschäft zum Verzehr dort gekaufter Waren ist mit einer Zweckbestimmung als Laden nicht vereinbar.<sup>81</sup>

Ein **Lagerraum** darf nicht als Tanzstudio genutzt werden.<sup>82</sup>

Die Bezeichnung **Massageraum** schließt eine Nutzung als Pilsstube aus.<sup>83</sup>

**Nicht zu Wohnzwecken dienende Räume:** Zulässig ist jede Nutzung (mit Ausnahme der Nutzung zu Wohnzwecken), deren wesentliche Beschränkung sich nur aus Lage und Beschaffenheit des Gebäudes ergibt. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Nutzung zu Wohnzwecken auch dann nicht hinzunehmen, wenn der betreffende Wohnungseigentümer sich vertraglich verpflichtet, die gewerbliche Nutzung anderer (benachbarter) Einheiten auch künftig zu dulden.<sup>84</sup> Mit der Beschreibung als nicht zu Wohnzwecken dienende Räume in der Teilungserklärung ist es vereinbar, dass die Räume als »Hobbyraum oder Gästezimmer«, d. h. zum gelegentlichen, auf kürzere Zeit beschränkten Übernachten von nicht zum Hausstand gehörenden Personen benutzt werden.<sup>85</sup>

**Parkplätze:** Die Vermietung von im Sondernutzungsrecht stehenden Parkplätzen kann grundsätzlich durch Mehrheitsbeschluss untersagt werden.<sup>86</sup> Man wird eine solche Beschlusskompetenz jedoch verneinen müssen, wenn die Parkplätze einem Teileigentum zugewiesen sind, das gewerblich genutzt wird. Hier ist von einer stillschweigenden Vereinbarung auszugehen, dass dem Mieter des Teileigentums die Stellplätze überlassen werden können und dieser sie seinen Kunden zur Verfügung stellen darf. Die den gewerblich bzw. freiberuflich ge-

49) Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 14 Rn. 71; a. A. BGH, DWW 1964, 89.

50) OLG Frankfurt, DWE 1993, 77.

51) OLG Düsseldorf, GuT 2008, 219 = NZM 2008, 489.

52) Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 14 Rn. 71; a. A. BGH DWW 1964, 89.

53) OLG Zweibrücken, GuT 2005, 262 = ZMR 2006, 76.

54) BayObLG, WuM 1991, 707.

55) OLG Hamm, ZMR 2006, 149 = NZM 2005, 870.

56) Vgl. zur Problematik insgesamt: Schmid, GE 2009, 956 ff.

57) Schmid, GE 2009, 956.

58) BayObLG, Rpfleger 1982, 218.

59) LG Wuppertal, Rpfleger 1972, 451.

60) LG Wuppertal, Rpfleger 1972, 451.

61) OLG Frankfurt a. M., NZM 2009, 440 = NJW-RR 2009, 949 = DWE 2009, 64 m. zust. Anm. Schultz.

62) OLG Brandenburg, GuT 2009, 216 = GE 2009, 1122 = IMR 2009, 345.

63) Neuhaus, IMR 2009, 345.

64) OLG Hamm, NJW-RR 1986, 1336 = DWE 1986, 90.

65) BayObLG, WuM 1997, 462 = ZMR 1997, 429.

66) Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 14 Rn. 93.

67) BayObLG, WuM 1997, 462 = ZMR 1997, 429.

68) OLG München, GuT 2008, 218 = MDR 2008, 737 = ZMR 2009, 628.

69) Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 14 Rn. 96; a. A. LG Passau, MDR 1983, 758.

70) OLG München, GuT 2008, 218 = MDR 2008, 737 = ZMR 2009, 628.

71) OLG Köln, NJW-RR 1995, 851.

72) OLG Düsseldorf, ZMR 1993, 122.

73) Schmid in Schmid, Mietrecht, 2. Aufl., 2009, § 14 Rn. 96; a. A. OLG Hamburg, ZMR 2002, 455 = GuT 2002, 91.

74) BayObLG, NZM 2000, 288 = GuT 2002, 121.

75) OLG Frankfurt a. M., DWE 1986, 64.

76) BayObLG, WuM 1996, 361.

77) OLG Schleswig, GuT 2003, 100.

78) BayObLG, WuM 1998, 619.

79) OLG Hamburg, GuT 2004, 30 = ZMR 2003, 770.

80) Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 14 Rn. 96; differenzierend KG, NJW-RR 1992, 1102 = WuM 1992, 387.

81) OLG München, GuT 2008, 218 = MDR 2008, 737 = ZMR 2009, 628.

82) BayObLG, ZMR 1994, 234 = WuM 1994, 292.

83) BayObLG, NJW-RR 1988, 141.

84) OLG Köln, ZMR 2003, 384 = NZM 2003, 115.

85) BayObLG, WuM 1997, 8.

86) KG, ZMR 1996, 279 = NJW-RR 1996, 586; OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2007, 889.

nutzten Sondereigentumseinheiten zugeordneten Parkflächen in einer Anlage sind im Regelfall auch für Kunden der Eigentümer oder Mieter dieser Einheiten bestimmt.<sup>87</sup> Ein Verbot der Nutzung durch Kunden kann nicht beschlossen werden.<sup>88</sup> Ein Eigentümerbeschluss, der die Ein- und Ausfahrt zu Stellplätzen im Sondernutzungsrecht, die dem Eigentümer einer als Laden ausgewiesenen Einheit zugewiesen sind, ab 21 Uhr beschränkt, ist nicht nichtig.<sup>89</sup> Ein solcher Beschluss ist jedoch auf rechtzeitige Klage hin für ungültig zu erklären, wenn sich nicht aus der Gemeinschaftsordnung ergibt, dass es sich um Kundenparkplätze handelt. Die Stellplätze können nämlich auch anderweitig genutzt werden.

**Patentanwaltsbüro** wird bei geringem Publikumsverkehr in einer Wohnung zugelassen.<sup>90</sup>

**Pilsbar:** Mit der Zweckbestimmung »Eisdiele und Café« ist der Betrieb eines Pilslokals nicht vereinbar.<sup>91</sup>

**Pizzeria:** Mit der Zweckbestimmung eines Teileigentums als »Ladenlokal« lässt sich der Betrieb einer Stehpizzeria auch außerhalb der gesetzlichen Ladenschlusszeiten nicht vereinbaren.<sup>92</sup>

**Post:** In einem als Laden bezeichneten Raum kann eine Postfiliale betrieben werden.<sup>93</sup>

**Prostitution:** Prostitution in Eigentumswohnungen muss nach überwiegender Meinung<sup>94</sup> grundsätzlich nicht geduldet werden. Insbesondere wenn ein Wohnungseigentümer seine Wohnung einer Prostituierten, die ihre Dienste in Zeitungsanzeigen unter Angabe der vollen Anschrift anbietet, überlässt, brauchen die übrigen Wohnungseigentümer diese Nutzung der Wohnung nicht zu dulden.<sup>95</sup> Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn eine Tatsacheninstanz eine gewerbmäßige Prostitution als den übrigen Wohnungseigentümern im Einzelfall nicht zumutbare Nutzung einstuft.<sup>96</sup> Falls allerdings die Gemeinschaftsordnung eine gewerbliche Nutzung zulässt, besteht ein Anspruch auf Unterlassung der Prostitutionsausübung nur, wenn Beeinträchtigungen der anderen Wohnungseigentümer konkret bewiesen sind.<sup>97</sup> Ob in einer Anlage, die ausschließlich gewerblich genutzt wird, eine Wertminderung der übrigen Teileigentumseinheiten anzunehmen ist, wenn in einer Teileigentumseinheit der Prostitution nachgegangen wird, ist zumindest fraglich.<sup>98</sup> Besonderheiten des Objekts können dazu führen, dass die Prostitution weder störend noch wertmindernd und deshalb zu dulden ist.<sup>99</sup> S. a. Bordell.

Eine **Psychologische Praxis** ist in einer Wohnung unzulässig.<sup>100</sup> Der gegenteiligen Auffassung ist im Hinblick auf den Publikumsverkehr nicht zu folgen.

**Reklame:** Wird Sondereigentum in zulässiger Weise gewerblich genutzt, müssen die übrigen Wohnungseigentümer nicht nur diese Nutzung, sondern auch die Anbringung von Werbeanlagen zur ortsüblichen und angemessenen Werbung für das betreffende Gewerbe dulden, sofern die Miteigentümer durch die Veränderung des gemeinschaftlichen Eigentums nicht über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinaus beeinträchtigt werden. Es liegt keine über das in § 14 Nr. 1 WEG bestimmte Maß hinausgehende Beeinträchtigung vor, wenn von einer ortsüblichen Reklametafel kein merklicher Lichteinfall in das Sondereigentum der übrigen Miteigentümer sowie keine erhebliche Einschränkung von deren Aussicht verursacht wird.<sup>101</sup> Störende großflächige Werbung an den Fensterflächen kann auch innerhalb des Sondereigentums unzulässig sein.<sup>102</sup> Die Werbung kann durch Beschluss der Wohnungseigentümer eingeschränkt werden, und zwar dahin, dass die Werbung nicht gestattet ist, soweit das äußere Bild der Anlage dadurch verändert oder beeinträchtigt wird.<sup>103</sup>

Ein **Sexkino** wird als unzulässig angesehen.<sup>104</sup>

**Sonnenstudio:** Mit der Zweckbestimmung eines Teileigentums als »Laden« lässt es sich nicht vereinbaren, dass das in dem Teileigentum betriebene Automaten-Sonnenstudio außerhalb der gesetzlichen Ladenöffnungszeiten unbeaufsichtigt durch Personal des Betreibers betreten werden kann.<sup>105</sup>

**Steuerberater- und Wirtschaftsprüferkanzlei** werden in einer Wohnung als zulässig angesehen;<sup>106</sup> im Hinblick auf den Parteiverkehr bedenklich.<sup>107</sup>

**Supermarkt:** Zulässig ist die Nutzung als Getränkemarkt.<sup>108</sup>

**Tagescafé und Laden:** Unzulässig ist es, ein Café über 20.00 Uhr hinaus zu betreiben.<sup>109</sup>

**Weinkeller:** Ist ein Teileigentum in der Teilungserklärung als »Weinkeller, Kegelbahn, Windfang, Abstellraum, Kühlraum, WC, Vorplatz« bezeichnet, stellt diese Bezeichnung eine Zweckbestimmung dar. Mit dieser Zweckbestimmung ist der Betrieb einer Diskothek oder die Führung einer Gaststätte mit Tanzbetrieb nicht vereinbar.<sup>110</sup>

**Wohnung – geschäftliche Nutzung:** Die Bezeichnung eines Sondereigentums als Wohnung in der Teilungserklärung hat Vereinbarungsscharakter.<sup>111</sup> Gleichwohl wird dadurch eine berufliche Nutzung oder Mitbenutzung nicht gänzlich ausgeschlossen. Die Standardformel lautet auch hier, dass die berufliche Nutzung zulässig ist, wenn sie keine weitergehenden Störungen verursacht als die reine Wohnnutzung.<sup>112</sup> Gewisse Nachteile werden den übrigen Wohnungseigentümern zugemutet. Auch § 14 Nr. 1 WEG schließt nicht jede Beeinträchtigung aus, sondern nur jede nicht ganz unerhebliche.<sup>113</sup> Wohnungseigentumsrechtlich kommt es dabei nicht auf die Umstände des Einzelfalls an, sondern auf eine typisierende Betrachtungsweise, d.h. die Nutzung darf ihrer Art nach nicht mehr beeinträchtigen als eine typische Wohnungsnutzung.<sup>114</sup>

Als zulässig angesehen wurden: Architektenbüro,<sup>115</sup> Patentanwaltsbüro mit geringem Publikumsverkehr,<sup>116</sup> Psychologische Praxis.<sup>117</sup>

87) KG, ZMR 1996, 216 = WE 1996, 271.

88) BayObLG, ZMR 1999, 776 = WuM 2000, 370.

89) OLG München, GuT 2007, 319 = ZMR 2007, 484 = NZM 2008, 44.

90) OLG Köln, NZM 2002, 258 = ZMR 2002, 380.

91) OLG München, DWE 1993, 30 = WuM 1992, 326.

92) OLG Düsseldorf, DWE 1993, 25.

93) OLG München, GuT 2008, 218 = MDR 2008, 737 = ZMR 2009, 628.

94) Z. B. OLG Frankfurt a.M., GuT 2002, 187.

95) BayObLG, WuM 1995, 676.

96) OLG Hamburg, ZMR 2005, 644.

97) AG Nürnberg, ZMR 2005, 661.

98) BayObLG, GuT 2004, 239 = ZMR 2005, 67.

99) OLG Köln, GuT 2009, 44 = ZMR 2009, 387.

100) Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 14 Rn. 123 und 171; a. A. OLG Düsseldorf, WuM 1998, 112.

101) OLG Köln, GuT 2006, 270 = NZM 2007, 92.

102) OLG Düsseldorf, NJW-RR 2006, 956 = ZMR 2006, 461 = GuT 2006, 162.

103) LG Aurich, NJW 1987, 448.

104) LG Passau, Rpfleger 1983, 147 = NJW 1983, 1683.

105) BayObLG, ZMR 1996, 334 = WuM 1996, 361.

106) BayObLG, NZM 1999, 130 = ZMR 1999, 186 = WuM 1999, 642.

107) Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 14 Rn. 171.

108) OLG Schleswig, NZM 1999, 79 = WuM 1999, 229.

109) OLG Karlsruhe, OLGZ 1985, 392.

110) BayObLG, ZMR 1990, 230 = WuM 1989, 656.

111) Abramenko in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 15 Rz. 2.

112) Abramenko in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 14 Rn. 13; Riecke in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl., § 14 WEG Rn. 7.

113) BGH, MDR 1992, 484 = NJW 1992, 978 = WuM 1992, 159.

114) Abramenko in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 14 Rn. 13 m.w.N.

115) KG, NJW-RR 1995, 333 = WuM 1994, 494.

116) OLG Köln, NZM 2002, 258 = ZMR 2002, 380.

117) OLG Düsseldorf, ZMR 1998, 247 = WuM 1998, 112; a. A. Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 14 Rn. 123 und 171.

Als unzulässig angesehen wurden: Arztpraxis,<sup>118</sup> Ballettschule,<sup>119</sup> Café,<sup>120</sup> Friseursalon,<sup>121</sup> Heim zur Erprobung moderner Erziehungsmethoden,<sup>122</sup> Prostitution.<sup>123</sup>

**Wohnung – Mitbenutzung für berufliche Zwecke:** Für den Fall, dass vertragliche Regelungen fehlen, hat der BGH<sup>124</sup> für das Mietrecht ein Drei-Stufen-Modell entwickelt.

1. Ohne weiteres zulässig sind Tätigkeiten, die nach außen nicht in Erscheinung treten.

2. Grundsätzlich unzulässig sind Tätigkeiten, die nach außen in Erscheinung treten. Werden diese Tätigkeiten jedoch ohne Mitarbeiter und ohne ins Gewicht fallenden Kundenverkehr erledigt, kann der Vermieter im Einzelfall nach Treu und Glauben verpflichtet sein, eine Erlaubnis zur teilgewerblichen Nutzung zu erteilen. Generalklauselartig formuliert der BGH, dass die Erlaubnispflicht voraussetzt, dass die Tätigkeit so ausgestaltet ist, dass von ihr im Vergleich zu einer reinen Wohnnutzung keine ins Gewicht fallenden (störenden) Einwirkungen ausgehen.

3. Ansonsten ist eine gewerbliche Nutzung von Wohnraum unzulässig und der Vermieter ist auch nicht verpflichtet, die gewerbliche Nutzung zu erlauben.

Da sich die „nicht ganz unerhebliche Beeinträchtigung“ im Wohnungseigentumsrecht<sup>125</sup> im Ergebnis nicht von dem „nicht ins Gewicht fallenden Nachteil“ im Mietrecht<sup>126</sup> unterscheidet, können Probleme allenfalls dadurch entstehen, dass im Wohnungseigentumsrecht eine typisierende Betrachtungsweise angewendet wird,<sup>127</sup> während der BGH<sup>128</sup> im Mietrecht auf den Einzelfall abstellt. Angesichts der Großzügigkeit der wohnungseigentumsrechtlichen Rechtsprechung bei Zulässigkeit gewerblicher Nutzungen, dürften die Probleme für den vermietenden Wohnungseigentümer in der Praxis jedoch gering sein.

## 5. Unzulässiger Gebrauch

Bei einem unzulässigen Gebrauch können die übrigen Wohnungseigentümer nach § 1004 BGB, § 15 Abs. 3, § 14 Nr. 1 WEG Unterlassung verlangen. Im Fall einer Vermietung muss der vermietende Wohnungseigentümer soweit möglich die Unterlassungsverpflichtung auch gegenüber dem Mieter durchsetzen.<sup>129</sup> Die Wohnungseigentümer können aber auch unmittelbar aus § 1004 Abs. 1 BGB gegen den Mieter vorgehen.<sup>130</sup> Das wiederum begründet einen Mangel der Mietsache, wenn der Vermieter dem Mieter gegenüber den Gebrauch gewähren muss.<sup>131</sup>

## III. Vermietungsbeschränkung

### a) Gesetz

Generelle gesetzliche Vermietungsverbote bestehen nicht. Selbstverständlich hat der vermietende Wohnungseigentümer öffentlich-rechtliche Beschränkungen, z. B. hinsichtlich der Nutzungsart, ebenso zu beachten wie jeder andere Vermieter.

### b) Mehrheitsbeschluss

Die Wohnungseigentümer können durch Mehrheitsbeschluss die Vermietung des Wohnungseigentums weder ausschließen noch beschränken.<sup>132</sup> Es fehlt hierfür die Beschlusskompetenz. Ein solcher Beschluss wäre nichtig.<sup>133</sup> Eine Ausnahme kann allerdings dann in Betracht kommen, wenn durch eine Vereinbarung (Teilungserklärung) den Wohnungseigentümern hierfür eine Beschlusskompetenz eingeräumt wird, sog. Öffnungsklausel. Auch dann ist jedoch auf die Belange der überstimmten Wohnungseigentümer Rücksicht zu nehmen.<sup>134</sup> Eine Vermietung von Sondernutzungsrechten (z. B. Parkplätze) soll jedoch durch Mehrheitsbeschluss verbotlich sein.<sup>135</sup> Der Sondernutzungsberechtigte sollte deshalb darauf achten, dass ihm die Vermietung ausdrücklich gestattet wird.

### c) Vereinbarung

aa) Ob die Vermietbarkeit des Wohnungseigentums durch Vereinbarung gänzlich ausgeschlossen werden kann, ist in der Rechtsliteratur umstritten.<sup>136</sup> Im Hinblick auf die allgemeine

Vertragsfreiheit ist dies zu bejahen, aber unzweckmäßig. Ein gänzlicher Ausschluss des Vermietungsrechts kommt deshalb in der Praxis kaum vor.

bb) Zulässig sind Beschränkungen des Vermietungsrechts. In Betracht kommt z. B. die Verpflichtung, eine Vermietung zu bestimmten Zwecken, z. B. zur gewerblichen Nutzung, zu unterlassen<sup>137</sup> oder den (zukünftigen) Mieter dem Verwalter namhaft zu machen.<sup>138</sup> Eine Aufhebung der Vermietungsbeschränkung durch Mehrheitsbeschluss sieht das Gesetz nicht vor.

Als Beschränkung des Vermietungsrechts kann auch die Zustimmung der Wohnungseigentümergeinschaft, eines Wohnungseigentümers oder des Verwalters vorgesehen werden.<sup>139</sup> Ein Beschluss der Eigentümerversammlung geht in solchen Fällen der Entscheidungskompetenz des Verwalters vor.<sup>140</sup> Der Verwalter kann auch von sich aus eine Weisung der Eigentümerversammlung einholen.<sup>141</sup> Die Zustimmung darf nicht willkürlich, sondern entsprechend § 12 Abs. 2 Satz 1 WEG nur aus wichtigem Grund verweigert werden.<sup>142</sup> Dabei kann insbesondere die Störungsintensität der vom Mieter beabsichtigten Nutzung berücksichtigt werden. Eine Aufhebung der Zustimmungsverpflichtung durch Mehrheitsbeschluss ist nicht möglich. Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 12 Abs. 4 WEG liegen nicht vor.<sup>143</sup>

cc) Wird die Zustimmung ohne wichtigen Grund verweigert, kann dies Schadensersatzansprüche des Vermietungswilligen begründen,<sup>144</sup> z. B. wegen entgangener Mieteinnahmen.

### d) Verstoß

Ein Verstoß gegen ein Vermietungsverbot oder eine Vermietungsbeschränkung führt nicht zur Nichtigkeit des Mietvertrages.<sup>145</sup> § 12 Abs. 3 WEG ist nicht analog anwendbar.<sup>146</sup> Der Anspruch der übrigen Wohnungseigentümer auf Beendigung des

118) BayObLG, ZMR 1980, 125.

119) BayObLG, MDR 1985, 939 = WuM 1986, 353 = DWE 1985, 125.

120) OLG Zweibrücken, ZMR 1987, 228.

121) Elzer in Harz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des FA Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Kap. 21 Rn. 441.

122) OLG Frankfurt, Rpfleger 1981, 149.

123) OLG Hamburg, ZMR 2005, 644.

124) NJW 2009, 3157 = NZM 2009, 658 = WuM 2009, 517.

125) Oben II. 1.

126) BGH NJW 2009, 3157 = NZM 2009, 658 = WuM 2009, 517.

127) Oben II. 2.

128) NJW 2009, 3157 = NZM 2009, 658 = WuM 2009, 517.

129) Lehmann-Richter, ZWE 2009, 345 (346) m.w.N.

130) BGH, NJW-RR 1995, 715; NJW 2006, 992 = GuT 2006, 161 = WuM 2006, 216.

131) BGH, NJW-RR 1995, 715.

132) OLG Celle, NZM 2005, 184.

133) Wenzel in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl., § 13 Rn. 67.

134) BGH, WuM 1985, 354.

135) KG, ZMR 1996, 279 = NJW-RR 1996, 586; OLG Frankfurt a.M., NJW-RR 2007, 890.

136) Bejahend: Riecke/Elzer in Harz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des FA Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Kap. 15 Rn. 149; Wenzel in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl., § 13 Rn. 65; Schmid, BIGBW 1982, 143; verneinend: Gottschalg, DWE 2000, 50 ff.; Bub, WE 1989, 122.

137) Schmid, BIGBW 1982, 144.

138) LG Mannheim, ZMR 1979, 319.

139) BayObLG, ZfIR 2004, 378; Wenzel in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl., § 13 Rn. 66.

140) OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2004, 662 = NZM 2004, 231.

141) Vgl. BGH, NJW 1996, 1216 = WuM 1996, 240.

142) BayObLG, WuM 1992, 278; teilweise a.A. Riecke/Elzer in Harz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des FA Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Kap. 15 Rn. 154.

143) Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 13 Rn. 13.

144) BayObLG, ZfIR 2004, 378.

145) OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2004, 662 = NZM 2004, 231.

146) Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 13 Rn. 15; Wenzel in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl., § 13 Rn. 67.

Mietverhältnisses gibt dem Wohnungseigentümer auch kein Recht zur Kündigung des Mietvertrages aus wichtigem Grund.<sup>147</sup>

Erfolgt trotz fehlender Zustimmung eine Vermietung, steht den übrigen Wohnungseigentümern ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB, § 15 Abs. 3, § 14 Nr. 1 WEG zu.<sup>148</sup> Dieser Anspruch beinhaltet sowohl die Verpflichtung zur Beendigung der gegenwärtigen Nutzung als auch die Unterlassung künftiger Vermietung ohne Genehmigung.<sup>149</sup> Wie der vermietende Wohnungseigentümer das Ende der Mietnutzung herbeiführt, ist seine Sache. Er muss hierzu alle erforderlichen und zumutbaren Bemühungen unternehmen. Hat er keine Kündigungsmöglichkeit, so muss er versuchen, einen Mietaufhebungsvertrag, notfalls gegen eine finanzielle Entschädigung des Mieters, herbeizuführen.<sup>150</sup>

Besteht ein Zustimmungserfordernis, ist es im Interesse des vermietenden Wohnungseigentümers, die Zustimmung vor dem Abschluss des Mietvertrages einzuholen oder die Wirksamkeit des Mietvertrages von der Zustimmung abhängig zu machen.<sup>151</sup> Zweifelhaft ist, ob der vermietende Wohnungseigentümer dem Anspruch auf Beendigung des Mietverhältnisses entgegenhalten kann, dass eine Zustimmungspflicht besteht. Die Rechtsprechung ist zu der Frage, ob sich der Beklagte auf eine Erlaubnispflicht berufen kann, nicht einheitlich.<sup>152</sup> Die Tendenz der obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>153</sup> scheint dahin zu gehen, dass ein Berufen auf die Erlaubnisverpflichtung zugelassen wird. Dem ist nur für die Fälle zuzustimmen, in denen offensichtlich ein Anspruch auf Erlaubnis besteht.<sup>154</sup>

#### IV. Kostenverteilung und Abrechnungen

##### 1. Abrechnungsmaßstäbe

###### a) Grundsätzliches

Die Kostenverteilung bestimmt sich grundsätzlich nach § 16 Abs. 2 WEG nach dem Verhältnis der Miteigentumsanteile. Ob die Nutzung eine gewerbliche oder eine sonstige ist, spielt dabei keine Rolle. Hiervon kann jedoch sowohl durch Vereinbarung als auch nach § 16 Abs. 3 bzw. § 21 Abs. 7 WEG abgewichen werden.<sup>155</sup> Zu beachten sind auch beim Wohnungseigentum die zwingenden Vorschriften der HeizkostenV (§ 3 HeizkostenV).

###### b) Wohn- und Nutzfläche

Sowohl nach der HeizkostenV (§ 7 Abs. 1 Satz 5, § 8 Abs. 1, § 9a Abs. 2 HeizkostenV) als auch bei vereinbarten oder beschlossenen Abrechnungsmaßstäben kann eine Kostenverteilung nach Wohn- oder Nutzfläche in Betracht kommen. Dabei stellt sich das Problem, wie die Wohnflächen der Wohnungen ins Verhältnis zu den Nutzflächen der Gewerberäume zu setzen sind. Verbindliche Vorschriften für die Flächenberechnung fehlen, abgesehen von der Wohnraumförderung.<sup>156</sup> Die WoFIV hat nur einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich. Sie gilt insbesondere nicht unmittelbar für Wohnraum, der nicht preisgebunden und nicht nach dem WoFG gefördert ist, und erst recht nicht für Gewerberäume.<sup>157</sup> Sofern auch rechtsgeschäftlich, insbesondere in der Teilungserklärung,<sup>158</sup> keine solchen festgelegt sind, ist die ortsübliche Berechnungsmethode anzuwenden.<sup>159</sup> Mangels anderweitiger Regelungen sind dann die ermittelten Nutz- und Wohnflächen bei Anwendung des Flächenmaßstabes gleich zu behandeln.

###### c) Änderung des Abrechnungsmaßstabs

Die Nutzer einer Wohnung gehen oft, teils zu recht teils zu unrecht davon aus, dass ein Gewerbebetrieb höhere Kosten verursacht. Einen allgemeinen Grundsatz, dass ein Gewerbebetrieb stets höhere Kosten verursacht als eine Wohnraumnutzung, gibt es nicht.<sup>160</sup> Mietrechtlich verlangt der BGH<sup>161</sup> bei der Betriebskostenverteilung einen Vorwegabzug der auf Gewerbeflächen entfallenden Kosten vorbehaltlich einer anderen Vereinbarung nicht, wenn diese Kosten nicht zu einer ins Gewicht fallenden Mehrbelastung der Wohnraummieter führen.<sup>162</sup> Eine erheblich größere Kostenverursachung wurde angenommen für

ein Lebensmittelgeschäft,<sup>163</sup> Gaststätten, Friseurgeschäfte und Metzgereien.<sup>164</sup> Verneint wurde die Erheblichkeit für eine Physiotherapiepraxis,<sup>165</sup> einen Hundesalon,<sup>166</sup> Kindergärten und Obdachlosenpensionen.<sup>167</sup>

Wohnungseigentumsrechtlich sind in solchen Fällen sowohl ein Änderungsanspruch nach § 10 Abs. 3 Satz 2 WEG als auch ein Beschluss über die Änderung des Abrechnungsmaßstabes nach § 16 Abs. 3 WEG sowie eine besondere Kostenbelastung nach § 21 Abs. 7 WEG zu diskutieren.

Regelungen nach § 21 Abs. 7 WEG kommen in Betracht bei Kosten für eine besondere Nutzung des Gemeinschaftseigentums oder für einen besonderen Verwaltungsaufwand. Als Kosten für eine besondere Nutzung kommen in dem hier interessierenden Zusammenhang Pauschalen für eine besondere Inanspruchnahme von Aufzug oder Treppenhaus in Betracht,<sup>168</sup> z. B. bei besonders starkem Publikumsverkehr. Es kann jedoch kein Entgelt verlangt werden, wenn keine Kosten verursacht werden, z. B. bei einer Inanspruchnahme des Gemeinschaftseigentums für Werbemaßnahmen.<sup>169</sup> Ein besonderer Verwaltungsaufwand ist ein solcher, der über den üblichen Verwaltungsaufwand hinausgeht.<sup>170</sup> Keinen besonderen Verwaltungsaufwand stellt die allgemeine Verwaltung dar. § 21 Abs. 7 WEG gibt deshalb keine Grundlage, eine erhöhtes Verwalterhonorar für Gewerbeeinheiten im Vergleich zu Wohneinheiten auf die Eigentümer der Gewerbeeinheiten umzulegen. Die Umlegung nach § 21 Abs. 7 WEG erfolgt durch Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer.

Die Beschlusskompetenz nach § 21 Abs. 7 WEG überschneidet sich teilweise mit derjenigen nach § 16 Abs. 3 WEG.<sup>171</sup> § 16 Abs. 3 WEG betrifft die Betriebskosten und die Verwaltungskosten. Nach dem eindeutigen Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift sind nur Betriebskosten im Sinne des § 556 Abs. 1 BGB erfasst.<sup>172</sup> Unerheblich ist es für die

147) OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2004, 662 = NZM 2004, 231.

148) OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2004, 662 = NZM 2004, 231.

149) OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2004, 662 = NZM 2004, 231.

150) OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2004, 662 = NZM 2004, 231.

151) Schmid in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 13 Rn. 17.

152) Vgl. z. B. BGH, ZWE 2004, 352 = ZMR 2004, 438 = WuM 2004, 165; BayObLG, NJW-RR 1991, 461 = WuM 1991, 18 = ZMR 1991, 64.

153) Vgl. zuletzt BGH, WuM 2009, 517 = NZM 2009, 658 = NJW-RR 2009, 1311 zum Mietrecht, wo die Frage überhaupt nicht problematisiert wurde.

154) Schmid, MietRB 2009, 145.

155) S. u. IV.1.c).

156) Schmid, ZWE 2008, 371.

157) Schmid in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 1 WoFIV Rn. 1 ff.

158) Ob Flächenangaben in der Teilungserklärung verbindlich sein sollen, ist durch Auslegung zu ermitteln – Schmid, ZWE 2008, 271 (272); für eine Verbindlichkeit OLG Schleswig, ZWE 2008, 28 (29) = WuM 2007, 471.

159) Vgl. BGH, WuM 2007, 441 = ZMR 2007, 764 zum Mietrecht.

160) Vgl. AG Berlin-Schöneberg, GE 1986, 1177.

161) NJW 2006, 1419 = WuM 2006, 200 = GE 2006, 502.

162) Sondervorschriften gelten für preisgebundenen Wohnraum. S. hierzu Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 4173 ff.

163) LG Aachen, WuM 2006, 615.

164) Kinne, GE 2003, 184.

165) LG Berlin, GE 2007, 223.

166) AG Berlin-Wedding, GE 2007, 525.

167) LG Berlin, GE 2002, 1124.

168) Merle in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl., § 21 Rn. 157.

169) Merle in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl., § 21 Rn. 158. Wohl aber kann ein besonderer entgeltlicher Nutzungsvertrag geschlossen werden – Drabek in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 21 Rn. 297.

170) Merle in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl., § 21 Rn. 158.

171) Häublein, ZMR 2007, 409 (418).

172) Kahlen in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 16 Rn. 141; Pick in Bärmann/Pick, WEG, 18. Aufl., § 16 Rn. 82; Schmid, MDR 2007, 989 und ZMR 2008, 440 (441); a. A. Becker in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl., § 16 R. 78; Elzer in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 16 Rn. 63; Schmidt, ZMR 2007, 913 (923).

Anwendung des § 16 Abs. 3 WEG, ob die Räume zu Wohnzwecken oder gewerblich genutzt werden.<sup>173</sup> Dass auf den Gewerberaummieter weitere Kosten umgelegt werden können als auf den Wohnraummieter, ist für die Beschlusskompetenz nach § 16 Abs. 3 WEG ohne Bedeutung. Für einen Beschluss nach § 16 Abs. 3 WEG genügt es, dass ein sachlicher Grund vorhanden ist.<sup>174</sup> Das ist bei den Betriebskosten insbesondere eine unterschiedliche Verursachung, was je nach Art des Gewerbebetriebes eine höhere Kostenbelastung rechtfertigen kann. Eine willkürliche Benachteiligung der Gewerberaummieter entspricht nicht ordnungsmäßiger Verwaltung. Ein solcher Beschluss ist auf Anfechtung hin nach § 23 Abs. 2, § 46 WEG für ungültig zu erklären. § 16 Abs. 3 WEG ermöglicht es auch, die Kosten des Verwalters so umzulegen, wie sie von diesem kalkuliert und ausgewiesen, also den Eigentümer der gewerblich genutzten Objekte mit höheren Kosten zu belasten.<sup>175</sup>

Neben den Möglichkeiten nach § 21 Abs. 7 und § 16 Abs. 3 WEG<sup>176</sup> steht der individuelle Anspruch eines Wohnungseigentümers, die Abänderung bestehender Regelungen nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG zu verlangen. Angesichts der engen Voraussetzungen dieser Vorschrift<sup>177</sup> wird sie jedoch unter dem Aspekt speziell der gewerblichen Nutzung keine besondere Bedeutung entfalten.

## 2. Abrechnung des Wohnungseigentümers mit dem Gewerberaummieter

### a) Umlegungsvereinbarung

Grundsätzlich gelten für die Vereinbarung der Kostenumlegung mit dem Gewerberaummieter in einer Eigentumswohnungsanlage keine anderen Regeln als bei sonstigen Mietverhältnissen. Für den Vermieter interessant ist es jedoch in diesen Fällen, mit dem Mieter in möglichst großem Umfang zu vereinbaren, dass dieser die Kosten trägt, die dem Vermieter von der WEG belastet werden.

Es wird deshalb versucht, für die Mieterabrechnung einfach die Wohnungseigentümerabrechnung für verbindlich zu erklären. Die Rechtsprechung ist mit der Wirksamkeit solcher Klauseln eher zurückhaltend. Eine Formulierung „alle anfallenden Betriebskosten/Wohngeld gemäß Abrechnung des WEG-Verwalters“ wird nicht als hinreichend klar angesehen.<sup>178</sup> Eine Individualvereinbarung, wonach die Wohnungsmieter sämtliche Kosten für eine Eigentumswohnung gemäß Verwalterabrechnung übernehmen, ist gemäß §§ 134, 556 Abs. 1, 4 BGB insoweit nichtig, als andere als die in der BetrKV genannten Kosten erfasst sind, im Übrigen wirksam.<sup>179</sup> In einem Formularvertrag wäre Unwirksamkeit gemäß § 307 BGB anzunehmen. Das gilt grundsätzlich auch bei der Vermietung von Geschäftsräumen,<sup>180</sup> da für den Mieter nicht transparent ist, welche Kosten anfallen können.<sup>181</sup> Abgesehen von der Transparenz ist zu berücksichtigen, dass die Wohnungseigentümer alle anfallenden Kosten tragen müssen. Demgegenüber ist die Kostenumlegung auf den Mieter, auch auf den Gewerberaummieter, zumindest in der Weise begrenzt, dass ihm kein unübersehbares Risiko auferlegt werden und er nicht mit Kosten belastet werden darf, die nicht in seiner Sphäre ihre Ursache haben.<sup>182</sup> Die umzulegenden Kostenpositionen müssen deshalb im Einzelnen bezeichnet werden.

*Dokumentation,  
Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

### b) Kostenvorausteilung

Eine Vorausteilung zwischen den Einheiten mit gewerblicher Nutzung und solcher mit Wohnungsnutzung findet in der Abrechnung der Wohnungseigentümer nur statt, wenn dies durch Vereinbarung oder Beschluss besonders bestimmt ist. Bei preisgebundenem Wohnraum<sup>183</sup> und in Ausnahmefällen, wenn der Wohnungsmieter<sup>184</sup> oder der Gewerberaummieter<sup>185</sup> ansonsten unbillig belastet würden sowie bei entsprechender Vereinbarung,<sup>186</sup> muss im Mietverhältnis eine Vorausteilung der Kosten nach Wohnungen und Gewerbenutzung erfolgen. Diese Vorausteilung kann für den Vermieter mühsam sein, wenn die von den Wohnungseigentümern beschlossene Abrechnung hierzu keine Angaben enthält. Für den Vermieter von Gewerberaum kann es deshalb zweckmäßig sein, eine solche Aufteilung nicht nur nicht zu vereinbaren, sondern ausdrücklich auszuschließen.

### c) Abrechnung

Das Grundproblem bei der Betriebskostenabrechnung für die vermietete Eigentumswohnung liegt darin, dass die Abrechnung der Wohnungseigentümer anderen Grundsätzen folgt als die Abrechnung mit dem Mieter. Die vom Verwalter erstellte und von den Wohnungseigentümern beschlossene Abrechnung kann deshalb in der Regel nicht unverändert an den Mieter weitergegeben werden. Sie entfaltet für den Mieter auch keine Bindungswirkung. Eine entsprechende Vereinbarung wäre unwirksam.<sup>187</sup>

Eine Abrechnungserleichterung für den Vermieter bietet gerade bei vermietetem Wohnungseigentum eine Abrechnung nicht nach dem Leistungsprinzip, sondern nach dem Abfluss- bzw. Fälligkeitsprinzip.<sup>188</sup> Innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft erfolgt die Abrechnung grundsätzlich nach dem Abflussprinzip.<sup>189</sup> Auch für das Mietrecht hat der BGH<sup>190</sup> eine solche Abrechnung zugelassen. Diese Abrechnungsmethode kann zur Klarstellung vertraglich vereinbart werden.<sup>191</sup> Sie sollte jedenfalls nicht vertraglich ausgeschlossen sein.

Eine weitere Erleichterung ergibt sich, wenn man statt der gebäudebezogenen Abrechnung, bei der Abrechnungseinheit die gesamte Anlage ist, die wohnungsbezogene Abrechnung wählt, bei der maßgebend ist, welche Kosten von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer dem jeweiligen Wohnungseigentümer in Rechnung gestellt werden, natürlich nur soweit die Kosten überhaupt umlegbar sind.<sup>192</sup> Die h.M.<sup>193</sup> geht aller-

173) Schmid, ZMR 2008, 440 (441).

174) LG München I, GE 2009, 1261; Pick in Bärmann/Pick, WEG, 18. Aufl., § 16 Rn. 84;

175) Becker in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl., § 16 Rn. 87.

176) Bassenge in Palandt, BGB, 69. Aufl., 2010, § 10 Rn. 13; Becker in Bärmann, Wohnungseigentumsgesetz, 10. Aufl., § 16 Rn. 106, 107.

177) Oben II. 2.

178) LG Karlsruhe, GuT 2002, 177.

179) LG Wiesbaden, ZMR 1999, 409.

180) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 3029; Pfeilschifter, GuT 2002, 163 (164); offen gelassen von OLG Düsseldorf, ZMR 2003, 22 = GuT 2002, 178.

181) KG, NZM 2003, 395 für die Instandhaltungsrückstellung.

182) Vgl. für die Erhaltungslast BGH, GuT 2005, 213 = ZMR 2005, 844.

183) § 20 NMV 1970.

184) BGH, NJW 2006, 1419 = MDR 2006, 802 = WuM 2006, 200.

185) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 4181; offen gelassen von KG, GuT 2006, 233.

186) BGH, NJW 2006, 1419 = MDR 2006, 802 = WuM 2006, 200.

187) Langenberg, NZM 2004, 365.

188) Vgl. im einzelnen Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 3198 ff.

189) Kahlen in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 28 Rn. 103; Abramenko in Riecke/Schmid, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 28 Rn. 67.

190) WuM 2008, 223 = GuT 2008, 156.

191) Vgl. BGH, WuM 2008, 223 = GuT 2008, 156.

192) Siehe hierzu ausführlich Blank, NZM 2004, 365; Schmid, ZMR 2008, 260; Milger, NZM 2008, 757 (762).

193) BGH, WuM 2004, 403 = GuT 2004, 186.; Riecke, ZMR 2001, 77 ff. m.w.N.

dings noch von der gebäudebezogenen Abrechnung aus. Es sind jedoch keine Umstände ersichtlich, die es verbieten würden, zumindest bei Gewerberaummietverhältnissen, die wohnungsbezogene Abrechnungsmethode zu vereinbaren.<sup>194</sup>

### 3. Einzelfälle

**Aufzug:** Die Kosten des Aufzugs im Hause sind von allen Wohnungseigentümern nach § 16 Abs. 2 WEG zu tragen, auch wenn der einzelne Wohnungseigentümer, wie der Ladeninhaber im Erdgeschoss, davon keinen Nutzen haben.<sup>195</sup> Abweichende Regelungen sind nach § 16 Abs. 3 WEG möglich. Dagegen ist der Lastenaufzug, z. B. vom Keller in die Gaststätte, in der Regel Sondereigentum, so dass die Kosten vom Wohnungseigentümer zu tragen sind.

**Hauswart:** In den Abrechnungen der Wohnungseigentümer werden die Kosten für den Hauswart meist undifferenziert in einer Summe ausgewiesen. Bei Gewerberaummietverhältnissen besteht die Beschränkung auf die Umlegungsfähigkeit von Betriebskosten nicht. § 556 Abs. 1 BGB gilt nur für Wohnraummietverhältnisse.<sup>196</sup> In der Abrechnung muss deshalb eine Herausrechnung von Kosten, die keine Betriebskosten sind, nicht erfolgen. Insbesondere müssen aus der Hauswartzvergütung nicht die Kosten für Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerung, Schönheitsreparaturen und Verwaltung (vgl. § 2 Nr. 14 BetrKV) herausgerechnet werden. Voraussetzung ist allerdings, dass auch die Umlegung dieser Kosten vereinbart wurde. Eine bloße Bezugnahme auf die BetrKV<sup>197</sup> oder nur die Bezeichnung „Hauswart“ genügen nicht. Werden nämlich in einem Vertrag Begriffe der BetrKV verwendet, so wird ihnen auch in einem Gewerberaummietvertrag die Bedeutung beigelegt, die sie in der BetrKV haben, soweit nicht ausdrücklich oder durch Auslegung ein anderer Wille der Parteien zu ermitteln ist.<sup>198</sup> Es empfiehlt sich deshalb, im Mietvertrag ausdrücklich klarzustellen, dass die Hauswartkosten auch insoweit umlegungsfähig sind, als sie Instandhaltung, Instandsetzung, Erneuerung, Schönheitsreparaturen oder die Hausverwaltung betreffen.

**Heizung:** Zur Verteilung der Kosten für Heizung- und Warmwasser kann nach § 5 Abs. 2 Satz 2, § 6 Abs. 2 HeizkostenV eine Voraufteilung zwischen Wohnräumen und Gewerberäumen stattfinden.<sup>199</sup> Die Regelung kann sowohl nach § 3 HeizkostenV als auch nach § 16 Abs. 3 WEG erfolgen.<sup>200</sup> Die Wohnungseigentümer haben dabei nach billigem Ermessen zu handeln.<sup>201</sup> Einen allgemeinen Grundsatz, dass in Gewerberäumen stets ein höherer Verbrauch stattfindet, gibt es nicht.<sup>202</sup>

**Instandhaltung:** Diese Kosten werden innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft durch laufende Zahlungen im Rahmen im Wirtschaftsplans oder durch Sonderumlagen aufgebracht oder sie werden der Instandhaltungsrückstellung entnommen. Die Verpflichtung zur Instandhaltung und Instandsetzung kann bei der Gewerberaummieta – auch formularmäßig<sup>203</sup> – 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 aber dort ihre Grenze, wo dem Mieter die Erhaltungslast von gemeinsam mit anderen 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 dann wirksam, wenn sie in einem bestimmten, zumutbaren Rahmen erfolgt.<sup>204</sup> In der Literatur und Rechtsprechung wird hierzu beispielsweise eine Kostenbegrenzung auf einen festen Prozentsatz der Jahresmiete vorgeschlagen.<sup>205</sup> Eine Überwälzung der Beiträge zur Instandhaltungsrückstellung auf den Gewerberaummieter ist grundsätzlich möglich, aber nur dann wirksam vereinbart, wenn sie betragsmäßig begrenzt ist.<sup>206</sup>

**Müllbeseitigung:** Gewerberaummieter sind häufig vertraglich verpflichtet, selbst für die Müllbeseitigung zu sorgen. Ein Mieter, der zur eigenen Müllentsorgung verpflichtet ist, ist an

den Müllbeseitigungskosten nicht zu beteiligen.<sup>207</sup> Wohnungseigentumsrechtlich verbleibt es zunächst bei der allseitigen Kostentragung nach § 16 Abs. 2 WEG. Allerdings bietet sich in solchen Fällen ein Beschluss nach § 16 Abs. 3 WEG an. Sieht die Teilungserklärung die eigene Müllbeseitigungspflicht eines Wohnungseigentümers vor, ist diese Bestimmung in der Regel dahin auszulegen, dass dieser Wohnungseigentümer an der allgemeinen Kostenverteilung nicht teilnimmt. Das alles gilt nicht, wenn sich die Verpflichtung des Gewerbetreibenden darauf beschränkt, nur Sondermüll selbst zu beseitigen. Wohnungseigentumsrechtlich kann dem durch einen Beschluss nach § 16 Abs. 3 WEG Rechnung getragen werden.

**Spielplatz:** An den Kosten des Spielplatzes sind auch die Eigentümer gewerblich genutzter Einheiten nach § 16 Abs. 2 WEG zu beteiligen.<sup>208</sup> Eine abweichende Regelung nach § 16 Abs. 3 WEG bietet sich an.

**Versicherungen:** Entstehen Versicherungskosten für einen gewerblich genutzten Gebäudeteil, so hält die herrschende mietgerichtliche Rechtsprechung<sup>209</sup> eine Aufschlüsselung und einen Vorwegabzug der Versicherungen für den Gewerbeanteil für erforderlich. Dies ist jedoch nur dann zutreffend, wenn auch tatsächlich höhere Kosten entstehen.<sup>210</sup>

**Verwaltungskosten:** Die Vergütung des Verwalters ist grundsätzlich nach § 16 Abs. 2 WEG im Verhältnis der Miteigentumsanteile umzulegen.<sup>211</sup> Ein Beschluss nach § 16 Abs. 3 WEG ist jedoch möglich, was zu einer höheren Kostenbelastung des Gewerbetreibenden führen kann.<sup>212</sup> Soweit der Hauswart Verwaltungstätigkeiten erledigt, ist eine Herausrechnung aus der Hauswartzvergütung entsprechend § 2 Nr. 14 BetrKV nicht erforderlich, wenn dies vereinbart wurde.<sup>213</sup>

## V. Schlussbemerkung

Die meisten Streitigkeiten betreffend die gewerbliche Nutzung von Wohnungs- und Teileigentum sind darauf zurückzuführen, dass die Teilungserklärungen/Gemeinschaftsordnungen hinsichtlich einer beruflichen oder gewerblichen Nutzung nicht durchdacht oder mehr auf die Interessen des Bauträgers als diejenigen der späteren Wohnungseigentümer zugeschnitten sind. Eine gewerbliche Nutzung unterscheidet sich eben deutlich von einer Wohnungsnutzung. Zulässigkeit und Grenzen der gewerblichen Nutzung sollen deshalb von vornherein ebenso klar festgelegt werden, wie Besonderheiten bei der Kostenverteilung.

194) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 1153.

195) Kahlen in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 16 Rn. 68.

196) Schmid in Schmid, Mietrecht, 2. Aufl., 2009, § 556 Rn. 1.

197) OLG Celle, ZMR 1999, 238 = WuM 2000, 130.

198) OLG Düsseldorf, DWW 2000, 194 = GE 2000, 888; OLG Jena, NZM 2002, 70; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 3007.

199) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 6114.

200) Schmid, ZMR-Sonderheft, Verordnung über die Heizkostenabrechnung – HeizkostenV – § 5 Nr. 19; ders. DWE 2008, 38 (42).

201) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 6115.

202) AG Berlin-Schöneberg, GE 1986, 1177.

203) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 5535; Pfeilschiffer, GuT 2002, 163.

204) BGH, ZMR 2005, 844 = NZM 2005, 863 = GuT 2005, 213.

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

206) KG, NJW-RR 2003, 586 = NZM 2003, 395 = GE 2002, 1266.

207) OLG Naumburg, ZMR 2003, 260.

208) Vgl. Kahlen in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 16 Rn. 90.

209) LG Berlin, GE 1993, 190; AG Gütersloh, WuM 1995, 660.

210) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl., 2009, Rn. 5274; vgl. auch AG Köln WuM 1997, 648.

211) Kahlen in Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz, 1. Aufl., § 16 Rn. 109.

212) S. o. IV. 1. c).

213) Vgl. oben Stichwort „Hauswart“.

Dr. Mario H. Kraus, Berlin

## Wir machen uns eine schöne neue Stadt! Über Chancen und Risiken von Quartierszertifizierungen

### Trend oder Rezept?

Ein Bericht des Deutschen Verbandes für Wohnungswesen, Städtebau und Raumordnung behandelt die in Deutschland noch neuen Quartierszertifizierungen (Pahl-Weber u. a. 2009). Solche Maßnahmen sollen sichern, dass Siedlungsräume künftig bestimmten Anforderungen genügen (lat. certum facere, sicher machen); sie können „ganzheitlich“ die Lebensverhältnisse im Einzugsgebiet einbeziehen oder nur einzelne Sachverhalte (umweltschonende Heiztechnik, altersgerechtes Wohnen, ...). Wie oft seit Beginn der Moderne geschieht Stadtentwicklung zwischen schwierigen Wirtschaftslagen und umfassendem Bevölkerungswandel; das Spannungsfeld umfasst den Wettbewerb der Städte und Gemeinden um Zuzug (damit um Steuermittel), die Ausdünnung der Flächenländer und zunehmende Verwerfungen in Ballungsgebieten, steigende Energiekosten und sinkende Einkommen. Einerseits werden zeitgemäße und verlässliche Planungsgrundlagen einschließlich Qualitätssicherung in den verbleibenden Handlungsspielräumen gesucht; andererseits ist der grundgesetzlichen Forderung nach sach- und bedarfsgerechtem Einsatz von Bundesmitteln nachzukommen, „(1) ... die 1. zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts oder 2. zum Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet oder 3. zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums erforderlich sind. (2) ... Die Mittel sind befristet zu gewähren und hinsichtlich ihrer Verwendung in regelmäßigen Zeitabständen zu überprüfen“ (Art. 104b GG).

Der Bericht zeigt die Schwachstellen heutiger Zertifizierungskonzepte. So ist ein „Quartier“ (1.) weder verwaltungsrechtlich noch stadtplanerisch näher bestimmt; ist dieser Begriff für bestehende Stadtrand-Großsiedlungen, Neubauvorhaben von Wohnanlagen oder die Umwidmung alter Gewerbeflächen gut verwendbar, sind Abgrenzungen innerstädtischer Lagen schwerer und bestehende Verwaltungsgrenzen meist zu grob. Zudem wird städtischer Gestaltungsaufwand durch die Eigentumsverhältnisse bestimmt, die in ersteren Fällen übersichtlich, in letzteren vielfältig sind. Zertifizierungen geschahen daher in Europa, Australien oder den USA bisher vorrangig bei Neubauvorhaben; hier „können sehr viel eher allgemeingültige Kriterien und Maßstäbe an eine zukunftsfähige Entwicklung zu Grunde gelegt werden als im Bestand.“ Die Möglichkeit zur „Auswahl“ der künftigen Anwohnerschaft und/oder einiger „gefälliger“ Merkmale erleichtert das Verfahren.

Noch fehlen (2.) Erkenntnisse über Sinn und Nutzen von Quartierszertifizierungen unter hiesigen Verhältnissen, die Einordnung in das Baurecht sowie eine sachdienliche Fassung des Begriffs „Nachhaltigkeit“: Bestandsentwicklung und Bauplanung in Siedlungsräumen erzeugen vielfache Wechselbeziehungen mit dem Umfeld, Qualität kann nicht in einen Bestand „hineingeprüft“ werden, und eine Abweichung von den Anforderungen erfordert wirksame und bezahlbare Folgemaßnahmen. Daher ist zu prüfen, ob staatliche Bemühungen nötig sind, nicht eher neue Trends zur besseren Markterschließung geschaffen werden oder es gar darum geht, im Dunstkreis des Baurechts vollendete Tatsachen zu schaffen.

Quartierszertifizierungen sind Komplexitätsreduktionen und erzeugen (scheinbare!) Transparenz; sie überführen Qualitäten (Kriterien: Aussagen über Merkmale) in Quantitäten (Indikatoren: Ausdruck der Merkmale durch Größen). Das Zusammenfassen von Merkmalen in Bewertungen macht verschiedene Siedlungsräume und Entwicklungszustände vergleichbar, doch sind (3.) Zertifikate keine Garantien: Stets werden nur Ausschnitte der Lebenswelt gezeigt und gewichtet, die Wahrnehmung gelenkt und beschränkt; „Schlupf“ und Streit drohen, wenn die (empfundenen!) Wirklichkeiten nicht hinreichend wie-

dergegeben, Interessen und Positionen nur weniger Beteiligter berücksichtigt werden. Auch erzeugen solche Verfahren einen Abstraktionsgrad, der eben jene Gruppen der Bevölkerung ausschließt, deren Befindlichkeiten auch bisher kaum beachtet wurden.

### Ansätze und Grundlagen

Gewiss können wichtige Eigenschaften eines jeden Siedlungsgebietes zunächst wertungsfrei anhand bestimmter Merkmale dargestellt werden:

- (verwaltungsmäßige/räumlich-örtliche) Lage, Einbettungen und Nachbarschaften
- Bebauungsdichte, Nutzung(s)dichte), Erhaltungszustand (Sanierungsstatus, Energiebilanz), entwicklungsgeschichtlich bedingte Besonderheiten
- Bevölkerungszusammensetzung/-merkmale: Alter, Einkommen, Herkunft, Haushaltsgröße, Ortsbindung/Verweildauer (Fluktuation), Verschuldung, Gesundheitszustand, Aufkommen an Straftaten, ...
- Nutzungs-/Ertragskennzahlen: Miet- und Eigentumsquoten, Leerstand, Mieterträge, Grundstückspreise, Grundsteueraufkommen, ...
- Verkehrsaufkommen und -anbindung (Stadtverkehr, Autobahn, öffentlicher Nahverkehr)
- Versorgungslage: Einzelhandel, Sportstätten, Kultur, ...
- Lärm- und Schadstoffbelastung (Verkehrswege, Gewerbegebiete)

Solche Datenkataloge werden von Verwaltungen, Verbänden und Wohnungsunternehmen geführt; auf Bundesebene gibt es die Raumbearbeitung des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR).

Vor Ort sind die Innenwirkung (Zufriedenheit, Sicherheitsgefühl) und die Außenwirkung (Bekanntheitsgrad, Erscheinungsbild) zu erfragen: „Verbesserungen“ werden vielerorts gefordert, doch ein Stadtteil – bereits eine Wohnanlage! – ist ein komplexes (multifaktoriell-multikausales) Sozialsystem. Spaltungen (Segregationen/Fragmentierungen) städtischer Siedlungsräume wurden über Jahrzehnte auch in Deutschland immer deutlicher, so entlang der Trennlinien „Alter“, „Einkommen“, „Herkunft“ oder „Bildung“: Soziokulturelle Migrations-Differenzierungs-Phänomene ließen eine Vielzahl von (Sub-)Kulturen und Milieus entstehen. So haben unterschiedliche Gruppen unterschiedliche Ansichten, was an ihrer Stadt, ihrem Stadtteil, ihrem Wohngebiet „gut“ oder „schlecht“ ist; andererseits verursachen jegliche Veränderungen (von „innen“ oder „außen“) nicht nur Kosten, sondern je nach Ansatz, Umfang und Dauer verschiedenste (gewünschte oder gefürchtete!) Ergebnisse.

Beteiligte und Betroffene (Anwohnerschaft, Behörden, Wohnungsunternehmen) benennen oftmals bereitwillig (und wertbestimmt!) Verbesserungsbedarf, teilweise gegensätzlich oder widersprüchlich (Konkurrenz), teilweise ergänzend (Komplementarität):

- Verringerung des Leerstandes, Erhöhung des Flächenumsatzes und -gewinns
- Umwidmung von Gewerbeflächen für Wohn- und Kulturzwecke, auch Rückbau/Begrünung

Dr. phil. Mario H. Kraus, Konfliktsoziologe und Mediator, betreut seit Jahren ein Wohnungsunternehmen des Landes Berlin und lehrt Mediation an der Humboldt-Universität zu Berlin und der Universität Rostock.

- Förderung der Nachhaltigkeit und des Umweltschutzes (hinsichtlich der Verwendung von Baustoffen sowie der Ver- und Entsorgung)
- Schaffung und/oder Erhaltung einkommens-, alters- oder familiengerechten Wohnraums
- Schaffung und/oder Erhaltung von Sport- und Erholungsflächen
- Förderung eines Sicherheitsgefühls
- Vermittlung eines Lebensgefühls, Beitrag zur Außenwirkung der Stadt/Gemeinde

Doch was soll damit geschehen? Was ist wichtig, was ist machbar?

**Chancen und Risiken**

Quartierszertifizierungen sind ein Versuch, künftige Entwicklungen vorauszusehen oder gar zu lenken; doch gerade die derzeitige Wirtschaftslage fördert nicht die Erwartungssicherheit: Wohnungsunternehmen werben vergeblich um junge Familien mit guten Einkommen, wenn diese Zielgruppe in der Region wenig vertreten und bereits versorgt ist: Sind junge Familien mit geringen Einkommen und möglicherweise diversen Belastungen dann auch willkommen? Stadtplanung umfasst stets Vermutungen (seltener: Wissen) über eine künftige Bevölkerung: Was können wir heute wissen über die deutschen Städte des Jahres 2050?

Quartierszertifizierungen umfassen den Abgleich von Zuständen, aber auch von Werten, was weitere Fragen aufwirft: Wessen Werte sollen wem auferlegt werden, weshalb soll dies geschehen? Wem nutzt dies, wem schadet es? Was soll mit den Menschen und Verhältnissen geschehen, die diesen Werten nicht entsprechen? Dazu können alte und geringverdienende, kranke und obdachlose Menschen ebenso gehören wie gemeinschaftliche Rückzugsräume und wildgenutzte Freiflächen. Nachhaltig-hochwertige Sanierungen sind sinnvoll, beschränken aber die Nachfrage; das „Durchsanieren“ einer Wohnanlage ist eine gute Gelegenheit, weniger erwünschte Mieterschaft loszuwerden – damit aber auch diejenigen, die alt, arm oder krank, aber ansonsten keinesfalls auffällig sind. Partizipationsinstrument und Investitionsfaktor – beides geht nicht zusammen, wie auch einer Aufwertung „guter“ Lagen (Gentrifizierung) die Abwertung der „schlechten“ (Stigmatisierung) gegenübersteht (jeweils mit Breitenwirkungen, zu denen im letzteren Fall höhere Versicherungsprämien und Kreditzinsen gehören).

Quartierszertifizierungen umfassen Vergleiche: Die eine Seite hat eine Vorstellung, wie ein Gebiet in fünf, zehn oder zwanzig Jahren beschaffen sein soll (längere Zeiträume sind kaum sinnvoll planbar); die andere Seite hat (a) eine andere Vorstellung, (b) mehrere andere Vorstellungen oder (c) keine Vorstellung. Dies prägt die weiteren Abläufe und bestimmt die Wahrscheinlichkeit von Ereignissen; ob sich Streitgegenstände und Streitgelegenheiten (also: Konfliktkonstellationen) ergeben, liegt am Verhältnis von Gegensätzlichkeiten („sowohl-als auch“) und Widersprüchen („entweder-oder“). Grundsätzlich geht es um Macht: Wer kann möglichst große Gebiete über möglichst lange Zeit gestalten und damit das Leben von möglichst vielen Menschen beeinflussen? Wer sich durchsetzt, bestimmt die Gestalt eines Gebietes über längere Zeit und kann den Ertrag (nicht immer: Geld!) beanspruchen.

Quartierszertifizierungen verursachen (Folge-)Kosten durch das Verfahren und die für nötig gehaltenen Veränderungen. Schon die Qualitätszertifizierungen (DIN EN ISO 9000er-Reihe) zeigten, dass Bewertungen eine gute Einnahmequelle für die bewertenden Einrichtungen sind. Sofern die Gemeinde die Kosten trägt, kann sie darauf hoffen, sie nach einer Aufwertung über Grund-, Grunderwerbs- und Gewerbesteuern zurückzuerhalten. Sofern ortsansässige oder ortsferne Eigentümergemeinschaften und Liegenschaftsgesellschaften die Kosten tragen, werden sie sich an ihre Mieterschaft halten: Zu den Folgekosten gehören einerseits die Aufwendungen für Sanierungen und Rückbauten mit anschließenden Mietsteigerungen, wobei gute

Wohnlagen oft auf Selbstabgrenzung mit freiwillig getragenen Mehrkosten beruhen, um „seine Ruhe“ und keine Schnittmengen mit anderen Lebenswelten zu haben.

**Ursachen und Wirkungen**

„Ein Zertifizierungssystem kann nur dann grundsätzlich erfolgversprechend sein, wenn es die tatsächlich vorhandenen Einflussmöglichkeiten in den Mittelpunkt stellt.“ Diese im Bericht geforderte Einschränkung würde die vielfältigen Rückkopplungen städtebaulicher oder wohnwertverbessernder Maßnahmen missachten; viele Größen bestimmen das Lebensgefühl in einem Gebiet. Vielmehr sind im Einzelfall die Vor- und Nachteile (meist: Kosten und Nutzen) für alle Beteiligten (Mietler/Käufer, Eigentümer, Gemeinde) abzuschätzen, etwa mittels einer Matrix aus den Kategorien Zertifizierung („ja“ – „nein“) und Lage/Zustand („gut“ – „mittel“ – „schlecht“); sämtliche Veränderungsansätze sind wie folgt zu hinterfragen:

- Was geschieht, wenn wir etwas machen?
- Was geschieht, wenn wir nichts machen?
- Was geschieht nicht, wenn wir etwas machen?
- Was geschieht nicht, wenn wir nichts machen?

Der heutige und der künftige (angestrebte) Zustand müssen genau beschrieben werden; nur der Vergleich beider ergibt sinnvolle Aussagen über den (Miss-)Erfolg, verschwommene Ziele erzeugen verschwommene Ergebnisse. Rechnerisch erscheint das Problem einfach: Eine Maßnahme soll abhängig von der Zeit t einen heutigen Grundzustand G<sub>0</sub> in Richtung eines Grenzwerts G<sub>1</sub> verschieben; der Übergang wird durch eine Verlaufsgröße v<sub>1</sub> bestimmt (Einflüsse des Umfeldes) und beginnt mit dem Wende(zeit)punkt t<sub>1</sub> der Kurve:

$$G(t) = G_0 + \frac{G_1}{1 + \exp(-v_1 \cdot (t - t_1))}$$

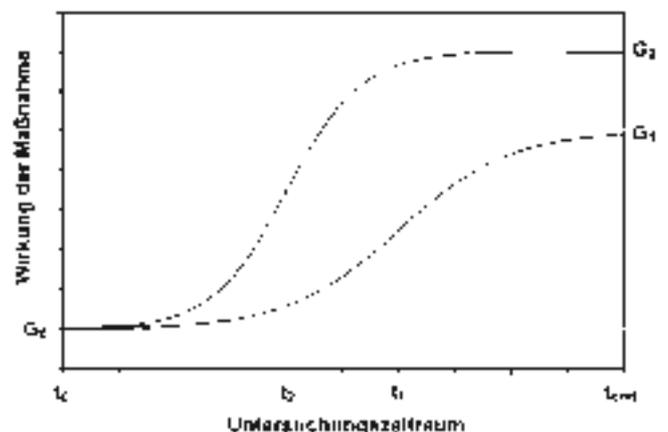
Die Zeitachse kann mit kurz-, mittel- und langfristigen Zielmarken eingeteilt werden. Ist der Grenzwert zu niedrig oder zu schwer erreichbar, muss er erhöht, der Wende(zeit)punkt vorgezogen, die Gesamtentwicklung beschleunigt werden (G<sub>2</sub> > G<sub>1</sub>, t<sub>2</sub> < t<sub>1</sub>, v<sub>2</sub> > v<sub>1</sub>); eine andere Maßnahme ist zu erwägen (Abbildung). Die Zielannäherung („von oben“) folgt aus

$$\Delta G = G_1 - G(t) = \frac{\exp(-v_1 \cdot (t - t_1))}{1 + \exp(-v_1 \cdot (t - t_1))} \cdot G_1 - G_0$$

(Gleichungen gelten entsprechend für G<sub>2</sub>), die Zielerreichung („von unten“) aus

$$ZE = \frac{G(t) - G_0}{G_1 - G_0} \cdot 100\% \qquad ZE = \frac{G(t)}{G_1} \cdot 100\%$$

(ausgehend vom Ausgangszustand oder einem „Urzustand“).



Erfolgreicher ist die jeweils wirksamere Maßnahme (Fläche zwischen den Kurven), wobei der Ertrag höher sein muss als die Kosten. Die Abgleiche sind für alle Kennzahlen vorzuneh-

men. Gewiss überlagert die angedeutete Komplexität die Einflussgrößen, es gibt stets Wechselwirkungen, Schwellenwerte und Rückkopplungen; aber einerseits werden viele Größen durch rechtliche Vorgaben (Bauausführung, Bestandsschutz, Miethöhe) oder diverse Bedingungen (Vertragsbindungen, Kostenrahmen, Zeitdruck) vorgegeben, andererseits erledigen sich Teilfragen durch einzelne Breitbandwirkungen (Außenwirkung des Gebiets, Mietsteigerungen, ...).

### Einordnungen und Bedenken

In begehrten Gebieten können Quartierszertifizierungen bestenfalls die Vermarktung fördern, den geforderten Preis rechtfertigen und die zeitgemäße Ausstattung betonen; ansonsten locken Trendgegenden auch ohne „Stempel“. In mittleren Lagen wirken fallweise starke Situations- und Kontexteffekte, wie die Einbindung in das Umfeld, die Bevölkerungszusammensetzung oder die Wirtschaftslage. Quartierszertifizierungen in benachteiligten Gebieten können Entwicklungsrückstände und Verwerfungen bestätigen und Veränderungsbedarf aufzeigen. Doch was geschieht dann? Auch in solchen Wohnlagen steigen die Mieten (anders als die Grundstückspreise) – nicht durch starke Nachfrage, sondern durch häufige Wechsel (bei Gewerbemieten besteht erfahrungsgemäß ein größerer Verhandlungsspielraum). Kosten werden vergesellschaftet: Viele Wohnungsunternehmen verweisen in Erhöhungsbegehren auf das (aus Steuermitteln erbrachte) Wohngeld; Eigentümer können Krisenzeiten überbrücken, sei es durch „Miete vom Amt“ oder Verlustabschreibungen. Auch die Gemeinden leiden nicht immer: Kurz- bis mittelfristige Mehrbelastungen der Mietbevölkerung werden selten vom Wohngeld ausgeglichen, mittel- bis langfristige Steuereinnahmen aber meist höher ausfallen.

Der Bericht weckt Hoffnungen auf einen förderlichen Wettbewerb: Entwickelte Gebiete sollen Impulse auf weniger entwickelte übertragen, im weiteren Sinn die Außenwirkung der gesamten Gemeinde günstig beeinflussen. Doch geht es zunächst um die Schaffung von Homogenität in einer Gesellschaft der Heterogenität, auch hinsichtlich der Befriedung des jeweiligen Einzugsgebietes. Veränderungen in Siedlungsgebieten werden stets von der Verteilung der Ressourcen gelenkt – Information, Kapital, Emotion. Und schrumpfende Gestaltungsspielräume von Bund, Ländern und Gemeinden lassen immer mehr Raum für verschiedenste wirtschaftliche Verwertungsansätze, die sich letztlich lohnen müssen: Gewinnerzielungsabsichten aber bedienen sehr unterschiedlich verteilten Raumbedarf. Der Aufkauf ehemals städtischer oder körperschaftlicher Wohnungsunternehmen wurde mit Befürchtungen beobachtet; doch gibt es mit Gründungen von Mietergenossenschaften, Kinderläden, Schulen oder der Tätigkeit von Baugruppen auch gute Gegenbeispiele für gemeinschaftsstiftende und sinnvolle Siedlungsgestaltung. Die Zukunft wird zeigen, ob sich so die Spaltung verstärkt, ob Mikrointegration zwangsläufig Makrodesintegration bewirkt.

Erfolg haben stets die Gruppen, die nicht nur wissen, was sie wollen, sondern auch die Mittel haben, dies zu erreichen (schon ersteres ist nicht selbstverständlich!) Und so entstehen immer wieder neue, aber nie ausgewogene Verhältnisse von Selbst- und Fremdbestimmung (Autonomie-Heteronomie-Balancen); es gibt weder „die Bürger“ noch „die Mieter“, weder „die Armen“ noch „die Alten“, dafür aber eine Milieuspezifik der Sozialkompetenzen. Angesichts der gesellschaftlichen Umbrüche mit schnellen Handlungsabfolgen und wachsendem Verwertungsdruck, überforderungsbedingtem Vergessen und Verdrängen weckt auch das Verdrängen der ursprünglichen Bevölkerung nicht zwangsläufig öffentliche Empörung. Entsprechend sind auch Quartierszertifizierungen zu hinterfragen: Was wollen ei-

gentlich die Bewohner? Wer aufgrund staatlicher Unterstützung seine Miete nicht selbst zahlt, dem werden Zertifizierungen gleichgültig sein; wer wenig verdient, wird lieber niedrige Mieten haben wollen. Gemeinschaftseinrichtungen und Mitbestimmung gelten den einen als Zeichen der Gutnachbarschaftlichkeit, den anderen als Zumutung: Anonymität wird auch als Wert der Stadt geschätzt. Einigkeit entsteht nur durch Gemeinsamkeiten, also gemeinsame Ziele (Positivmotivation) oder gemeinsame Feindbilder (Negativmotivation).

### Fazit

Der Bericht betont, dass Auseinandersetzungen über Streitfragen der öffentlichen Debatte dienen und fordert deutsche Modellprojekte: „Die Fallgruppen ‘Neubau’ und ‘Bestand’ sollten vertreten sein.“ Noch fehlt Wissen hinsichtlich der Durchführbarkeit (und Nachvollziehbarkeit!) solcher Verfahren, der Anschlusspunkte für Folgehandlungen, des Rechtsrahmens, der Wirksamkeitsmessung oder eben der Mitbestimmung. Zertifizierungen können Aufwertungen (Gentrifizierung) fördern, ohne offenkundig zu verdrängen, oder auch lediglich Alibifunktionen erfüllen („wenn alle ein Siegel haben, brauchen wir auch eins“). Sie können nicht die Entsiedlung in Flächenländern verhindern, wo Eigentümer in verzweifelter Hoffnung auf bessere Zeiten und mangels Käufern an den Liegenschaften festhalten; sie können nicht Ideen ersetzen, mit denen jede Entwicklung beginnen muss: Ein zeitgleich mit dem Bericht erschienenes Buch zeigt anschaulich, dass Inhalte immer noch wichtiger als Verpackungen sind, dass durchaus zutreffende Feststellungen über den Ernst des Lebens nicht das wahre Leben ersetzen können (Links & Volke 2009).

### Quellen

- Links, Christoph & Kristina Volke (2009): Zukunft erfinden. Kreative Projekte in Ostdeutschland. Links Verlag, Berlin
- Pahl-Weber, Elke u. a. (2009): Kommission „Zertifizierung in der Stadtentwicklung“. Bericht und Perspektive. Deutscher Verband für Wohnungswesen, Städtebau und Raumordnung, Berlin

Zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) Ausgabe November/Dezember 2009 erschien die Beilage 51a zu Heft 51:

**Mario H. Kraus,**

**Konfrontation, Kooperation, Kommunalmediation?**

**Stellenwert einvernehmlicher Streitbeilegung in städtischen Siedlungsräumen**

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

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

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

# Wirtschaft und Verbände

Prof. Dr. Ramón Sotelo, Honorarprofessur Immobilienanlageprodukte, Bauhaus-Universität Weimar

## Anmerkungen zur Finanzkrise aus immobilienökonomischer Sicht

- 0 Executive Summary
- 1 Einleitung
- 1.1 Die politische Situation
- 1.2 Der notwendige Paradigmenwechsel in der betrieblichen Finanzwirtschaft
- 2 Wohneigentumsbildung als Ursache der Finanzkrise
- 3 Vehikel zur Immobilienfinanzierung als Ursache der Finanzkrise
- 3.1 Finanzierungstheoretischer Hintergrund
- 3.2 Lektionen aus der Finanzkrise für die Gestaltung von Finanzierungsvehikeln und Immobilienanlageprodukten
- Literatur

### 0 Executive Summary

Die Immobilien- und Finanzkrise kann aus drei unterschiedlichen Perspektiven betrachtet werden.

Aus einer geldpolitischen Perspektive kann die Ursache der Finanzkrise in den zu geringen Zinsen in den USA nach 2001 erkannt werden. Auch in Spanien lagen die Zinsen im Zusammenhang mit der Einführung des Euros in Bezug auf die interne Preissteigerungsrate auf geringem Niveau. Die zu geringen Zinsen haben in beiden Fällen zu geringen bisweilen negativen Realzinsen geführt, in deren Folge die Immobilienmärkte preislich explodieren mussten, weil Vermögensbesitzer Immobilien quasi als Geldersatz betrachtet haben. Alternativ kann formuliert werden, dass sich bei negativen Realzinsen die Verschuldung für den Immobilienerwerb lohnt, was wiederum einen sich selbst verstärkenden Prozess der Preisentwicklung auf den Immobilienmärkten produziert. Ab einem bestimmten Punkt kaufen Vermögensbesitzer dann Immobilien, weil die erwartete Preissteigerung allein bereits eine auskömmliche Verzinsung des Kapitals verspricht. Nachdem Deutschland im Zuge der Einführung des Euros, die ökonomisch auch als Einführung der D-Mark in weiteren europäischen Länder interpretiert werden kann, eher für die Volkswirtschaft und in Bezug auf die interne Preissteigerungsrate recht hohe Zinsen verzeichnet hat, ist es bei uns nicht zu dem beschriebenen exzessiven Preissteigerungsprozess bei Immobilien gekommen. Weil dieses Papier kein primär geldpolitisches ist, wird dieser Aspekt nur peripher behandelt. Erwähnt werden muss jedoch, dass es sich bei der für die Krise wesentlichen geldpolitischen Dimension nicht um ein Markt-, sondern um ein Staatsversagen nicht völlig unabhängiger Zentralbanken handelt.

Aus einer zweiten Perspektive können hohe bzw. steigende Eigentumsquoten als Ursache der Immobilienkrise erkannt werden, weil das selbstgenutzte Wohneigentum finanzierungstheoretisch betrachtet eine eigenkapitalähnliche Finanzierungsform darstellt, die volkswirtschaftlich mit hohen Kosten verbunden ist. Dieser Aspekt ist besonders in den USA augenscheinlich, wo sich die Eigentumsquote bereits von einem hohen Niveau ausgehend in den Jahren vor der Krise nochmals signifikant um rund acht Prozentpunkte erhöht hat. Auch in Spanien ist die hohe Eigentumsquote ein Charakteristikum des Marktes. Deutschland hat innerhalb Europas nach der Schweiz die höchste Mietquote. Viele Portfolio-Investoren der jüngsten Vergangenheit mussten schmerzlich erfahren, dass es gute ökonomische Gründe für die hohe Mietquote gibt und konnten ihre Business-Pläne bezüglich einer umfangreichen Mieterprivatisierung nicht umsetzen.

Deutschland ist aufgrund der weiterhin hohen Mietquote auch aus dieser Perspektive nicht von der Immobilien-Finanzkrise betroffen. Eine Erhöhung der Mietquote ist vielmehr ein Lösungsansatz für die Probleme auf dem US-amerikanischen und dem spanischen Markt. Auch bei der politischen Ausrichtung auf das selbstgenutzte Wohneigentum handelt es sich primär nicht um ein Markt-, sondern um ein Staatsversagen, als die volkswirtschaftlich teurere Finanzierung des selbstgenutzten Wohneigentums politisch bedingt subventioniert worden ist bzw. nicht die für einen effizienten Mietmarkt notwendigen Rahmenbedingungen geschaffen worden sind.

Eine dritte Perspektive betrachtet schließlich die Finanzierungsvehikel in den jeweiligen Märkten. Hier zeigen sich eklatante Unterschiede auch im jeweiligen Bankenmarkt. ABS-Strukturen sind offenbar ein gutes Beispiel einer unzureichenden Konstruktion von Finanzierungsvehikeln, die im Geiste neoklassischer Finanzierungstheorie erfolgte. Deutschland steht auch diesbezüglich insbesondere mit den Pfandbriefen wesentlich besser da und auch die USA haben derweil mit den Covered Bonds Strukturen dieser Art übernommen. Weil Bankenfinanzierungen zukünftig nicht mehr im bisherigen Maße vorhanden sein werden und sollen, ist als wesentliche Lektion aus der Immobilien- und Finanzkrise die Forderung nach einer Weiterentwicklung und Optimierung bestehender Immobilienanlagevehikel zu fordern. Die Diskussionen um die Gestaltungsmöglichkeit geschlossener Immobilienfonds, der weiteren Reformen der offenen Immobilienpublikumsfonds auch im Sinne des zwischenzeitlich in der Versenkung befindlichen Ansatzes aus dem BMF mit der Einführung sicherheitsorientierter Fonds und insbesondere die intelligente Weiterentwicklung der Deutschen REITs hin zur Wahlfreiheit zur Börsennotierung und der vollen Integration von Wohnungsbeständen ist eine notwendige Konsequenz aus der Finanzkrise. Auf die Besonderheiten der jeweiligen Marktstrukturen im Bankensektor wird nicht eingegangen.

### 1 Einleitung

Die Finanzkrise wurde im Frühjahr/Sommer 2007 erstmals spürbar und wurde zunächst in einem Zusammenbruch der Märkte für ABS-Strukturen sichtbar. Bei einem Teil der ABS-Papiere waren Kredite gebündelt, die notleidend werden konnten bzw. bereits geworden waren (Subprime).

In der Zwischenzeit hat sich die Subprime-Krise in eine Finanzkrise unvorstellbaren Ausmaßes entwickelt, die unisono als schwerste Krise seit dem Börsenkrach von 1929 mit der anschließenden großen Depression wahrgenommen wird. Eine mögliche weltweite Rezession scheint die weitere Folge dieser Krise zu sein. Das amerikanische Repräsentantenhaus hat die größte Rettungsaktion in der Wirtschaftsgeschichte der Vereinigten Staaten beschlossen, ebenso die Bundesregierung und folgend Bundestag und Bundesrat.

#### 1.1 Die politische Situation

Wenngleich sich dieses Papier auf die immobilienökonomischen Fragen beschränkt, muss – gerade weil es auch die möglichen immobilienökonomischen Lösungen und Lektionen betrifft – auch die aktuelle gesellschaftliche und politische Stimmung analysiert werden. Die US-amerikanische Zentralbank hat in Folge der Anschläge vom 11. September 2001 die Zinsen in dramatischer Weise gesenkt, um einem möglichen negativen Schock der Wirtschaft zuvor zukommen. Die Realzinsen waren in den Vereinigten Staaten über Jahre negativ. Steigende

Immobilienpreise sind stets eine natürliche Folge negativer Realzinsen mit der Folge, dass bei Immobilieninvestitionen und damit auch bei Immobilienfinanzierung nicht mehr primär auf die Erträge aus den vermieteten Immobilien oder die Einkommenssituation der Erwerber selbstgenutzter Immobilien geschaut wird, sondern auf die Preisentwicklung der Immobilien, die jedoch keine reale, sondern eine monetäre Ursache haben. Akademischer Ausdruck dieses Wahns war auch, die Messung von Einkommenszuwächsen infolge steigender Preise für Immobilien als positiven und nachhaltig zu pflegenden Faktor einer Wirtschaftspolitik zu formulieren.

Wenn Zentralbanken das Geld preiswerter machen, als es die Vermögensbesitzer haben möchten, sind Banken als Scharnier zwischen der Geldpolitik und der sogenannten Realwirtschaft quasi gezwungen, Kredite herauszugeben, die sich eigentlich nicht rechnen können. Wengleich eine wesentliche makroökonomische Ursache der Finanzkrise die Politik der Zentralbanken und damit – je nach Währung – mehr oder weniger unabhängiger staatlicher Institutionen ist, wird die Ursache der Krise medial und von der Öffentlichkeit getragen als ein Marktversagen gesehen, verursacht durch Unprofessionalität und Gier der handelnden Personen. Diese Fehlinterpretation ist vielleicht in ihrer Auswirkung auf die künftige politische und wirtschaftliche Entwicklung noch gravierender als die Krise selbst.

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang die Beobachtung, dass je weiter Eigentum vom Management getrennt ist, desto größer die Probleme sind: So haben private Banken mit persönlich haftenden Gesellschaftern offenbar wesentlich weniger Abschreibungen aufgrund der Finanzkrise als private Aktienbanken, diese wiederum weniger als die von Sparkassen und Ländern getragenen öffentlich-rechtlichen Landesbanken. Am stärksten hat es die „öffentlichste“ aller Banken, die Kreditanstalt für Wiederaufbau sowie ihre ehemalige Tochter, die IKG erwischt. Obgleich also das private Eigentum wesentlich krisenresistenter als das öffentliche Eigentum ist, wird der Eindruck erweckt, ersteres sei das Problem und letzteres die Lösung.

## 1.2 Der notwendige Paradigmenwechsel in der betrieblichen Finanzwirtschaft

Das finanzierungstheoretische Paradigma, welches für die Konstruktion der in Krise befindlichen Finanzierungsvehikel verantwortlich ist, ist die neoklassische Finanzierungstheorie, die einerseits in der Portfolio-Theorie von Markowitz und andererseits in dem Irrelevanztheorem von Modigliani/Miller (MM) zum Ausdruck kommt. Die Neoklassik nimmt an, dass Kapitalmärkte informationstransparent und effizient sind. Ein weiteres hieraus abzuleitendes Theorem ist das Fisher-Separationstheorem, wonach Investitionsentscheidungen von Finanzierungsentscheidungen separiert werden können. Die Konstruktion von Asset-Backed-Securities (ABS) insbesondere mit dem Wasserfall-Prinzip baut auf diesen Prinzipien auf. Wenn Märkte effizient sind, spielt die Konstruktion von Finanzierungsvehikeln keine besondere Rolle und es können unterschiedliche Risiken mit ein und demselben Vehikel finanziert werden, weil es auf den jeweiligen Sekundärmärkten der Vehikel dann auch stets eine effiziente Marktbewertung gibt.

Warren Buffett schreibt zur neoklassischen Finanzierungstheorie, dass er selbst gerne viele Lehrstühle hierzu sponsern möchte, damit die Mehrheit der Kaufleute dieser Theorie weiter folgen und er so ungestört nach den Investitionsprinzipien des Value Investments Geld verdienen kann. Buffett geht nämlich anders als die neoklassische Finanzierungstheorie davon aus, dass es einen Unterschied zwischen dem Preis für ein Unternehmen und seinem Wert gibt.

Die neoklassische Finanzierungstheorie hat ihre Annahmen nicht selbst erfunden, sondern diese aus der Neoklassischen Ökonomie des XIX. Jahrhunderts übernommen. Die Neoklassik wiederum hat diese Annahmen aus der klassischen Ökonomie übernommen, als deren Begründer Adam Smith gelten darf. Das Denken von Adam Smith und in Folge jenes der Klassik, Neoklassik sowie der neoklassischen Finanzierungstheorie ist von einer Gleichgewichtsmetapher geprägt. Wengleich es insbesondere die Leistung des frühen Keynes aus der *Treatise on Money* war, diese Metapher gerade in Bezug auf Währungstheorie aufzugeben und schließlich auch in seiner Allgemeinen Theorie nicht mehr zu verfolgen, hat sie eine Wiederbelebung nach dem II. Weltkrieg bei John Richard Hicks und seiner Schule der *Equilibrium Economics* erfahren. In Deutschland hat insbesondere Hajo Riese das Konzept des Ungleichgewichts rezipiert und die Schule des Monetär-Keynesianismus begründet.

Auch in einem anderen Bereich der Ökonomie wurden die Annahmen der Informations- und folglich Markteffizienz fallen gelassen. Mit Ronald Coase, 1937, kann der Beginn der Schule der Neuen Institutionenökonomik (NIO) datiert werden, die in Deutschland insbesondere von Dieter Schneider rekonstruiert wurde. Im Mittelpunkt dieser aspektorientierten Betrachtung steht die Institution zur Verringerung von Einkommensunsicherheiten. Wengleich die NIO einen Siegeszug durch die Ökonomie mit Vertretern wie Oliver Williamson, Armen Alchian, George A. Akerlof, Harold Demsetz und Joseph Stiglitz erlebt hat, blieb doch ein Großteil des ökonomischen Denkens dem neoklassischen Paradigma verhaftet. Die Relativität des Erfolgs der NIO hat m. E. zwei Ursachen: Einerseits ist mit der Aufgabe der Annahme informationseffizienter Märkte und rationalen Verhaltens der Akteure nicht ein neues, homogenes Theoriegebäude entstanden, sondern es bildeten sich eher kleine Theorieinseln, Geschichten die erzählt werden können, wie die des Autoverkäufers von Akerlof, etc. Andererseits kommt hinzu, dass diese Theoriebausteine häufig sich einer klaren Falsifizierbarkeit entziehen, als stets ex post das Niveau der notwendigen anzunehmenden beschränkten Rationalität willkürlich zur Legitimation von Ergebnissen manipuliert werden kann. Entscheidend ist aber ein weiterer Punkt: Obgleich die NIO mit dem Prinzipal-Agenten-Ansatz eigentlich ein bahnbrechendes Konstrukt insoweit formuliert hat, als dieses Modell dem Grunde nach die Beziehung zwischen Prinzipal und Agent selbst in den Vordergrund der Überlegungen stellen könnte, verbleibt die Betrachtung bei den Institutionen und stellt gerade nicht die Beziehung in den Vordergrund. Es ist Treppwitz der jüngsten Wirtschaftsgeschichte, dass der ständige Paria jeder ökonomischen Theorie und zugleich einer der erfolgreichsten Kaufleute überhaupt, George Soros, in seinem Werk den Begriff der Reflexivität entwickelt hat und sich damit mit den Beziehungen selbst befasst. Soros entwickelt damit ein systemisch-kybernetisches Denken, ohne dabei auf die hierzu einschlägigen Autoren (Ludwig Wittgenstein, Gregory Bateson, Martin Buber, George Spencer Brown, etc.) einzugehen.

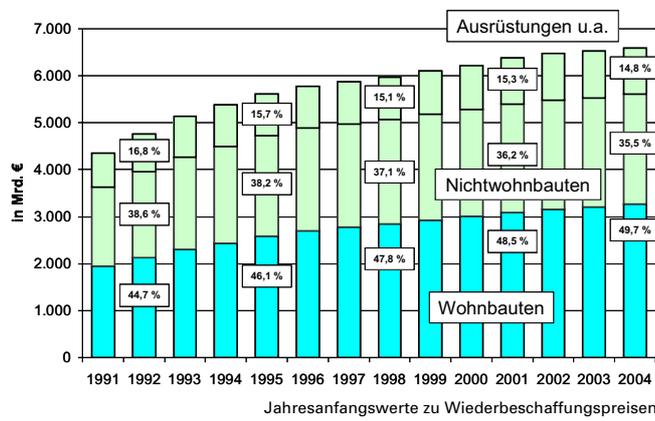
Die aktuelle Finanzkrise hat zwei positive Effekte. Einer ist bereits offensichtlich: Fragen der Immobilienfinanzierung stehen im Mittelpunkt der medialen und politischen Aufmerksamkeit. Wir erkennen nun, dass die vom IFO Gutachten festgestellte Bedeutung der Immobilienwirtschaft in Deutschland (ca. 88% des Kapitalstocks) keine abstrakte Größe ist, sondern die optimale Refinanzierung dieses Kapitalstocks von eminenter Bedeutung für Einkommen und Wohlstand der Gesellschaft ist. Abbildung 1 zeigt die Entwicklung des Anteils der Immobilien am Kapitalstock in Deutschland.

*Dokumentation,  
Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

**Abbildung 1: Anteil von Immobilienbeständen am Kapitalstock in Deutschland**



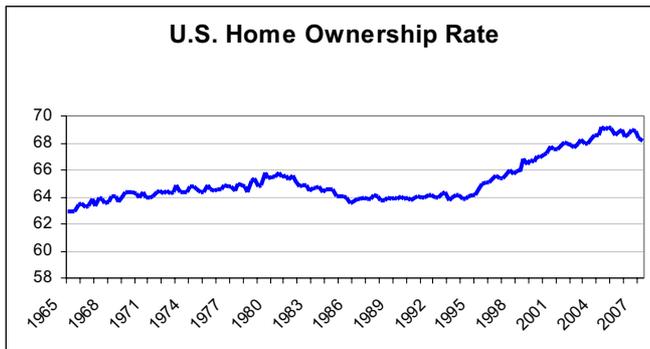
Quelle: ifo-Gutachten, nach Stat. Bundesamt

Es ist zum Zweiten zu hoffen und auch zu erwarten, dass in der Retrospektive diese Finanzkrise der Wendepunkt des beschriebenen Paradigmenwechsels weg von der neoklassischen Finanzierungstheorie ist.

**2 Wohneigentumsbildung als Ursache der Finanzkrise**

Bei der Analyse der US-amerikanischen Immobilien- und Finanzkrise ist noch unterbelichtet, dass diese auch Folge einer Politik für eine hohe Eigentumsquote ist. Wenngleich die Eigentumsquote in den U.S.A. traditionell recht hoch war, konnte in den Jahren des Aufbaus des Bubbles eine weitere Erhöhung beobachtet werden.

**Abbildung 2: Steigende Eigentumsquote i den USA**



Quelle: Census Bureau

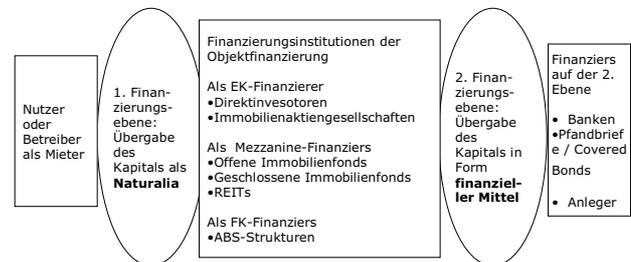
Die Kausalität der gestiegenen Eigentumsquote kann zunächst einmal anekdotisch erkannt werden. Wenn es politisches Ziel ist, mittels Subventionen (Institutionen waren auch die derweil wieder verstaatlichten Freddie Mac und Fannie Mae) die Wohneigentumsquote zu erhöhen, dann erwerben auch jene Teile der Bevölkerung Eigentum, die es sich bei marktgerechten Preisen gar nicht leisten konnten. Hinzu kommt, dass beim Zusammenfallen von Investor und Nutzer – nichts anderes ist das selbstgenutzte Wohneigentum – die Investitionsentscheidung in die Immobilie selbst nicht mehr von den spezifischen Investitionen, beispielsweise in die Ausstattung wie Möbel, unterschieden wird. Bedeutend ist auch, dass bei diesem Zusammenfallen von Investor und Nutzer, Käufer Immobilien als Vermögensgegenstand erwerben, dessen Refinanzierung nicht die Mieten, sondern die steigenden Preise sind. Dieser monetär bedingte Effekt ist in Märkten mit hohen Eigentumsquoten (Paradebeispiel: Spanien) stärker ausgeprägt als in Märkten mit hohen Mietquoten (beispielsweise: Deutschland und die Schweiz).

Wissenschaftlich lässt sich der Zusammenhang – jenseits der empirischen Evidenz – auch kausal erklären, wenn man die Vermietung von Wohnungen selbst als eine Fremdfinanzierung der Nutzung erfasst. So kann die Vermietung einer Wohnung als eine Kreditbeziehung zwischen dem Vermieter und dem Mieter

interpretiert werden, bei der der Mieter dem Kreditnehmer, der Vermieter dem Kreditgeber, der Wert der Mietsache dem Kapitalbetrag der Finanzierung und die Miete der Bedienung des Kapitalbetrags entspricht. Da der Vermieter Eigentümer der Mietsache bleibt, handelt es sich bei dieser Art der Finanzierung im Wesentlichen um eine Objektfinanzierung. Der Anteil der Subjektfinanzierung ergibt sich aus den Risiken der Verschlechterung der Mietsache sowie der notwendigen Zeit zur Inbesitznahme der Mietsache. Mit der Identifikation der Vermietung selbst als Kreditbeziehung wird eine weitere Ebene der Immobilienfinanzierung erkannt, die sich von der traditionellen Immobilienfinanzierung dadurch unterscheidet, dass hierbei nicht der Kapitalbetrag in Form finanzieller Mittel, sondern – quasi dem vorgelagert – in Naturalform übergeben wird. Diese Ebene der Finanzierung kann daher auch als 1. Ebene der Immobilienfinanzierung erkannt werden. Abbildung 3 verdeutlicht den Zusammenhang.

**Abbildung 3: Ebenen der Finanzierung**

Ebenen der Finanzierung: Finanzierung der Nutzung und der Erträge von Immobilien Finanzierungsinstitutionen für Fremdfinanziers auf der ersten Ebene:



Wenn für die Frage der optimalen Finanzierung auf der 1. Ebene auch die Rationalität und Logik der betrieblichen Finanzwirtschaft gilt, dann kann in einer ersten Überwindung des neoklassischen Paradigmas der Finanzierungsirrelevanz auf das Finanzierungspostulat von Oliver Williamson für die Frage der optimalen Finanzierung Bezug genommen werden. Demnach sind drittverwendungsfähige Objekte / Immobilien / Wohnungen mit Fremdkapital und nicht drittverwendungsfähige Objekte, auch als spezifische Objekte bezeichnet, mit Eigenkapital zu finanzieren. Abbildung 4 veranschaulicht das Finanzierungspostulat von Williamson.

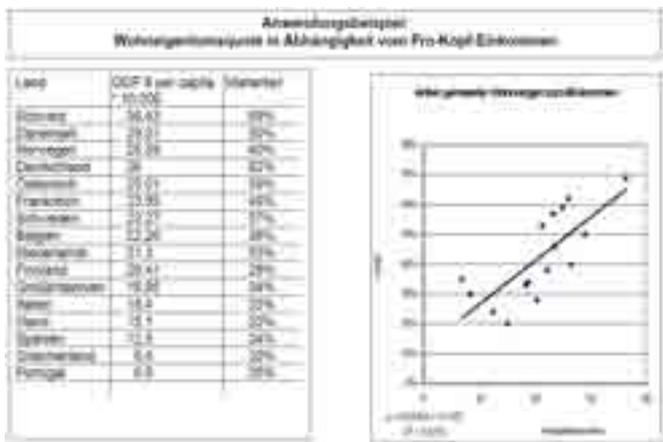
**Abbildung 4: Finanzierungsansatz von Oliver Williamson**

Aktiva		Passiva	
Spezifische Assets	Drittverwendungsfähige Assets	Eigenkapital	Fremdkapital

Bezogen auf Wohnformen bedeutet dies, dass drittverwendungsfähige Wohnformen in der Form der Vermietung auf der ersten Ebene refinanziert werden sollten und spezifische Wohnformen der eigenkapitalähnlichen Refinanzierung in Form des selbstgenutzten Wohneigentums bedürfen.

Interessanterweise kann empirisch beobachtet werden, dass Wohlstand und Fremdfinanzierung wirtschaftshistorisch und wirtschaftsgeographisch betrachtet einher gehen. Länder mit einem hohen BIP gehen daher in statistisch signifikanter Weise mit hohen Mietquoten einher. Abbildung 5 zeigt den Zusammenhang bezüglich einiger europäischer Länder auf.

Abbildung 5: Wohneigentumsquote und BIP in europäischen Ländern

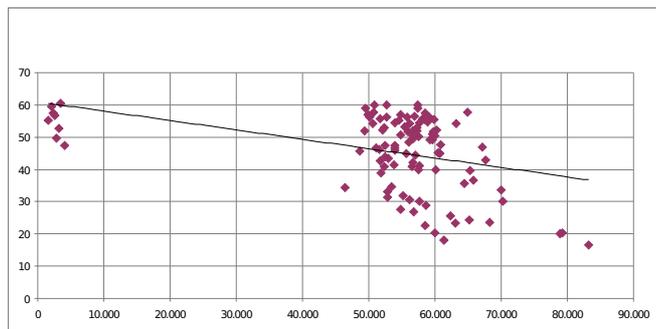


Ergebnis: Projektentwickler für Eigennutzer wird immer unbedeutender. Primat der Fremdfinanzierung auf der ersten Ebene beinhaltet komplexe Finanzierungsinstitutionen als Vermieter

Quelle: Balchin, 1996

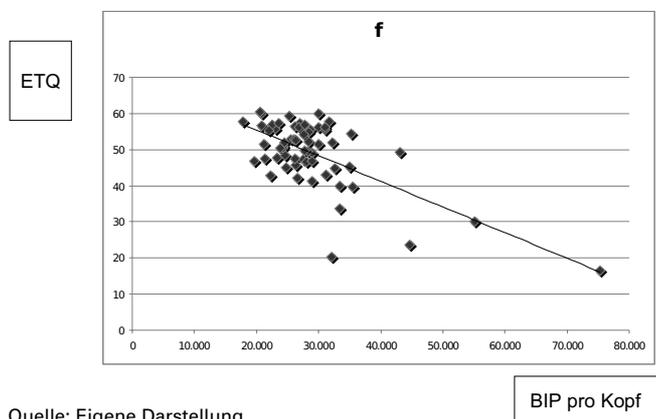
Dieser recht stabile Zusammenhang kann auch innerhalb Deutschlands empirisch nachgewiesen werden, wie Abbildung 6 zeigt. Dabei wurden bei dieser Untersuchung an der Juniorprofessur Immobilienökonomie (Bauhaus-Universität Weimar) nur die Daten der Alten Länder verwendet, um die Besonderheiten bezüglich der Neuen Länder und Berlins außer Acht zu lassen. Dabei ergibt sich ein  $R^2$  von 26%, was zunächst nicht besonders hoch erscheint. Differenziert man weiter und betrachtet beispielweise nur Ballungsräume, so erhöht sich der  $R^2$  auf rund 45%, wie Abbildung 7 zeigt.

Abbildung 6: Bruttoinlandsprodukt in jeweiligen Preisen je Erwerbstätigen zur Eigentumsquote



Quelle: Eigene Darstellung

Abbildung 7: Relation BIP pro Kopf in Ballungsräumen westdeutscher Flächenstaaten



Quelle: Eigene Darstellung

Die Bedeutung der Eigentumsquote für das Wohlstandsniveau einer Gesellschaft kann auch aus den Kapitalkosten auf der ersten Finanzierungsebene abgeleitet werden: Je höher die

Finanzierung mit Eigenkapital ist, desto höher sind die Kapitalkosten und desto geringer ist damit das Volksvermögen.

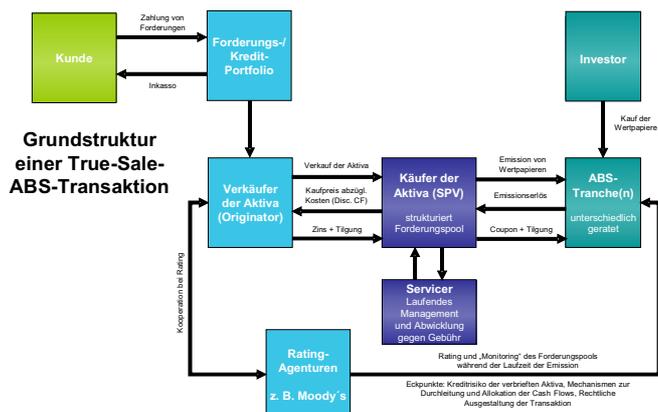
Deutschland verfügt im internationalen Vergleich über ein recht brauchbares Mietrecht sowie über weitere notwendige Rahmenbedingungen für einen funktionsfähigen Mietmarkt. Sicherlich könnten einige weitere sinnvolle Reformen insbesondere beim Mietpreisrecht erfolgen, doch würden diese Überlegungen den Rahmen dieser Ausführungen sprengen. Auch wird in Deutschland insbesondere über die Konsumgütlösung des selbstgenutzten Wohneigentums dieses steuerlich privilegiert. Wer in einer Villa von einem Verkehrswert von z. B. 2 Mio. € wohnt, spart gegenüber einem Bürger, der dieses Geld anlegt und zur Miete wohnt, erheblich an Steuern, eine steuerliche Privilegierung, die sich bei der Erbschaftsteuer fortsetzen soll. Es ist geradezu erstaunlich, dass dieser Aspekt der Konsumgütlösung vor dem Hintergrund manch anderer aktueller Diskussion in Deutschland noch gar nicht thematisiert wird.

An dieser Stelle soll die Feststellung reichen, dass auch die zivilrechtlichen und steuerlichen Regulierungen sowie Subventionen für das selbstgenutzte Wohneigentum nicht primär eine soziale oder verteilungspolitische Komponente haben, sondern – wie insbesondere am Beispiel USA und Spanien ersichtlich ist – entscheidend für die Funktionsweise von Immobilien- und Finanzmärkten sind, nachdem der auf erster Ebene zu finanzierende Kapitalstock ganz überwiegend aus Immobilien besteht.

### 3 Vehikel zur Immobilienfinanzierung als Ursache der Finanzkrise

Im Mittelpunkt der Kritik steht die Struktur der Asset Backed Securities. Die Grundidee dieser Struktur liegt in der Bündelung und Verbriefung bestimmter Forderungen. Der neoklassischen Finanzierungstheorie folgend wird in einem ersten Schritt – im Gegensatz zur Konstruktion des Pfandbriefes – die Haftung des Emittenten des Briefes von der Bonität der ABS-Struktur losgelöst, wie Abbildung 8 verdeutlicht.

Abbildung 8: Die finanzwirtschaftliche Struktur von ABS

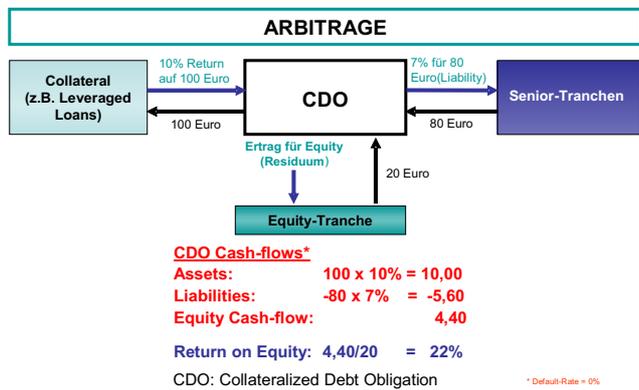


Quelle: Christian Friedrich

In einem zweiten Schritt kann dann der Pool an Rechten, der jeweils refinanziert wird, weiter aufgesplattet werden. So kann zunächst, wie Abbildung 9 verdeutlicht, ein Equity-Geber das Eigenkapital der Finanzierung insoweit darstellen, als es nachrangig bedient wird.

In einem dritten Schritt erfolgt schließlich die weitere Risikodifferenzierung der unterschiedlichen Anleger aus dem Pool heraus. Dieses entspricht dem Prinzip der horizontalen Kredit-syndizierung ohne persönliche Haftung des Kreditnehmers. So können aus einem Pool von Rechten Investoren nach dem Prinzip des Wasserfalls bedient werden. Zunächst wird der Senior-Bereich bedient und danach der jeweils folgende, soweit für die Bedienung noch etwas verbleibt. Abbildung 10 verdeutlicht das Prinzip des Wasserfalls.

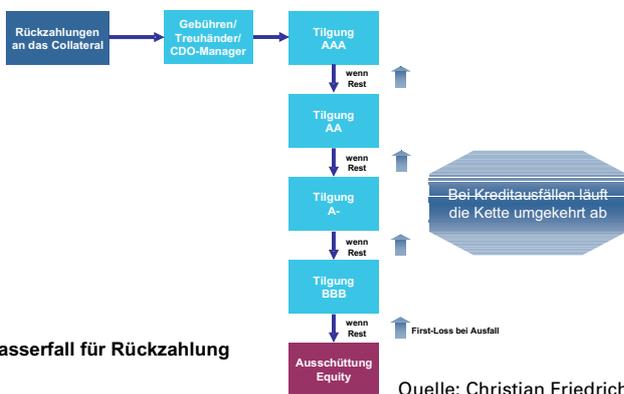
Abbildung 9: ABS mit nachrangig bedienten EK



CDO-Cash-flow ein Beispiel

Quelle: Christian Friedrich

Abbildung 10: Das Wasserfall-Prinzip



Wasserfall für Rückzahlung

Quelle: Christian Friedrich

Die Konstruktion der ABS und insbesondere das Wasserfall-Prinzip folgt insoweit neoklassischer Finanzierungstheorie als unterstellt wird, dass es für die verschiedenen Risikopositionen keiner unterschiedlichen Finanzierungsstrukturen bedarf, dass also sowohl die Tranche mit einem Rating von AAA mit der gleichen Struktur wie eine solche mit einem Rating von BBB an einem Markt gehandelt werden kann, dass also in der Terminologie von Modigliani/Miller die Finanzierungsform selbst nicht relevant ist, und sich für die jeweiligen Tranchen am Markt risikoadäquate Preise bilden werden und Investoren nach den Prinzipien der Portfolio Selection nach Markowitz dann mit den unterschiedlichen Tranchen Portfolien konstruieren können.

Die in der Krise problematischen ABS-Strukturen sind jene, die entweder bereits auf der Ebene der gepoolten Rechte zweifelhafte (subprime) Forderungen beinhalten oder wo aufgrund des Wasserfall-Prinzips mit Forderungsausfällen zu rechnen ist. Dabei können die verschiedenen Tranchen jeweils eigenständig verbrieft werden.

### 3.1 Finanzierungstheoretischer Hintergrund

Die Zusammenhänge zwischen der Nutzung und der Finanzierung von Immobilien sind bereits oben dargestellt worden. Die Erfassung von Zusammenhängen der Nutzung und Finanzierung impliziert die Überwindung des Modigliani/Miller-Theorems der Irrelevanz der Finanzierung. Wäre die Frage der Finanzierung irrelevant, könnten verschiedene Finanzierungsformen nicht unterschieden werden; es wäre nicht nur egal, wie hoch der Fremdkapitalanteil an einer Immobilienfinanzierung ist, sondern auch, über welches Vehikel sie finanziert werden; ob Investitionen über geschlossene Immobilienfonds, offene Immobilienfonds, Private Equity oder REITs erfolgen.

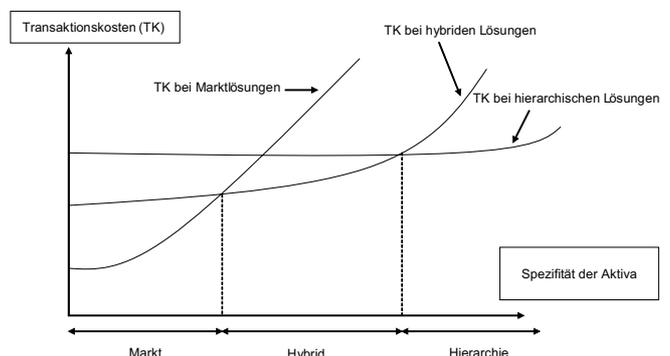
Neoinstitutionalistisch kann eine Finanzierung in Anlehnung nach Alchian / Demsetz als Regelwerk begriffen werden, bei dem Informations- und Mitbestimmungsrechte sowie Zah-

lungsansprüche festgelegt sind. Eine Finanzierung lässt sich alternativ als eine Zahlungsreihe verstehen, die mit einer Einzahlung beginnt, auf die hin Auszahlungen erfolgen. Eine Investition ist so gesehen umgekehrt eine Zahlungsreihe, die mit einer Auszahlung beginnt, der Einzahlungen folgen. Mit diesem Ansatz wird die Grundlage neoklassischer Finanzierungstheorie gelegt. Auf der neoklassischen Investitions- und Finanzierungstheorie basieren Investitionsrechnungen (z. B. DCF, VOFI-Rendite) wie auch die Quantifizierung und Transformation des Risikos in Ertrag beim Capital Asset Pricing Modell (CAPM).

Die Frage der optimalen Finanzierung einer Investition, die i. d. R. als Frage der optimalen Finanzierungsstruktur eines Unternehmens behandelt wird, führt zu einem Grundproblem der betrieblichen Finanzwirtschaft, welches an dieser Stelle nur holzschnittartig behandelt werden kann. Die Entwicklung ging von der traditionellen goldenen Bankregel, einer horizontalen Finanzierungsregel, gemäß der Fristenkongruenz zwischen Aktiva und Passiva herrschen soll, über das Leverage-Theorem, nach dem aufgrund bestimmter Verhaltensannahmen eine Optimierung der Kapitalstruktur möglich ist, mit einem Sprung hin zur Irrelevanzthese der Finanzierungsstruktur nach Modigliani/Miller von (1958). Nach diesem Meilenstein gab es eine Reihe von Weiterentwicklungen im Sinne der Erhöhung des Gehalts der Aussage mittels Reduktion der Annahmen, Modigliani/Miller (1963), Stiglitz (1974), Miller (1977) und Fama (1978), als auch im Sinne der Relativierung der Annahmen, insbesondere durch Einbeziehung von Delegationskosten als Transaktionskosten aus der Agency-Theorie – Jensen/Meckling (1976), Meyers (1977) – sowie aufgrund des Betonens einer asymmetrischen Informationsverteilung zwischen Eigentümern und Managern – Meyers/Majluf (1984).

Die „Neue Institutionenökonomik“ ist international seit einiger Zeit auf dem Vormarsch. Charakteristisch für die „Neue Institutionenökonomik“ ist zunächst, dass es jenseits der grundlegenden Annahmen, die sich mit den Begriffen „bounded rationality“ und „moral hazard“ umschreiben lassen, eine Vielzahl von Theorieansätzen gibt, als da sind: Property-Rights-Ansatz, Principal-Agent-Ansatz, Theorie relationaler Verträge, Transaktionskostenökonomie, neue Institutionenökonomik des Staates, etc. Eine fehlende homogene Theorie ist auch eine der Konsequenzen der genannten Annahmen. Dieter Schneider hat in Deutschland eine eigenständige Rekonstruktion der Institutionenökonomik geleistet, indem er den Aspekt der Reduktion von Einkommensunsicherheit zum Ausgangspunkt der Überlegungen gemacht hat und damit zugleich eine Definition dessen, was eine Institution ist, liefert: Eine Institution dient der Reduktion von Einkommensunsicherheiten und lässt sich in Regelsysteme (Ordnungen) und Handlungssysteme (Organisationen) unterscheiden, Schneider (1995). Eine Finanzierungsinstitution kann in Übereinstimmung mit der Schneiderschen Vorstellung als eine konkrete Form der institutionellen Ausgestaltung interpretiert werden.

Abbildung 11: Transaktionskosten in Abhängigkeit von der Transaktionsform



Quelle: Williamson, 1991, p. 116

Die Entwicklung der Transaktionskostenökonomie als Teil der NIO verlief zunächst parallel und unabhängig von jener der betrieblichen Finanzwirtschaft. Williamson zählt neben Klein, Crawford und Alchian zu den wichtigsten Vertretern der Transaktionskostenökonomie, deren Ursprung mit Coase ‚The Nature of the Firm‘ auf das Jahr 1937 datiert werden kann. Die den Ursprung und die Entwicklung der Transaktionskostenökonomie prägende Frage ist jene nach der optimalen Transaktion, als Alternative zwischen der Bereitstellung einer Leistung innerhalb eines Unternehmens oder über den Markt. Abbildung 11 zeigt den Zusammenhang auf.

Coase postuliert, und dies verdeutlicht die Graphik nach Williamson, einen Zusammenhang zwischen der Komplexität einer Transaktion und den Transaktionskosten in Abhängigkeit von der Transaktionsform (über Markt oder Hierarchie) und begründet damit die Existenz von Firmen als hierarchische Organisationen. Die Spezifität eines Faktors bedeutet, dass ein Akteur, der einen Faktor anbieten will, für diesen eine geringe Drittverwendungsfähigkeit hat, so dass bei einer Markttransaktion gerade auch im Zusammenhang mit der Annahme opportunistischen Verhaltens ein hohes Risiko besteht, Kosten zu versenken, was durch den Anbieter antizipiert zu hohen Transaktionskosten führt. Unterschiedliche Transaktionsformen reagieren auf die Faktorspezifität mit verschiedenen hohen Transaktionskosten, so dass die Transaktionsform funktionell zur Faktorspezifität in Relation gesetzt wird. Mit dem Aufsatz von Williamson ‚Corporate Finance and Corporate Governance‘ erfolgt 1988 die Übertragung der transaktionskostenökonomischen Überlegungen auf die Frage der optimalen Finanzierungsstruktur, indem die unterschiedlichen Finanzierungsformen, insbesondere die Finanzierung mit Fremd- und Eigenkapital als Transaktionsformen bzw. als Herrschaftsformen identifiziert werden. Abbildung 4 zeigt diesen Zusammenhang auf.

Williamsons Kernaussage kann an einem Beispiel erläutert werden: Erwirbt ein Unternehmer eine Maschine, die für seinen eigenen Bedarf zugeschnitten ist, so wird er keine Bank finden, die diese als Sicherungsobjekt für eine Finanzierung akzeptiert. Würde nämlich der Unternehmer insolvent, so hätte die finanzierende Bank eine Maschine, mit der kaum ein Dritter etwas anfangen könnte. Nicht das Risiko gemessen als Streuung des Cash-Flows des Unternehmens ist für die Fremdkapitalquote nach Williamson determinierend, sondern die Spezifität der Aktiva.

Der Fall der jeweiligen Eigenkapitalquoten im Jahr 2004 in Deutschland in der Bauindustrie (EK von 7,9%) und Pharmaindustrie (EK von 34,4%) ist ein einschlägiges Beispiel: es gibt – wenn überhaupt – nur wenige Branchen, die derartig stark ausgeprägte Zyklen und damit auch Risiken in Form von Streuung der Erträge aufweisen wie die Bauwirtschaft, und trotzdem kann sie aufgrund der hohen Drittverwendungsfähigkeit der Aktiva mit einer sehr niedrigen Eigenkapitalquote auskommen. Dagegen hat die Pharmaindustrie eine recht stabile Nachfrage, weist jedoch aufgrund der geringen Drittverwendungsfähigkeit der Aktiva eine relativ hohe Eigenkapitalquote auf. Mit dem von Williamson postulierten Zusammenhang zwischen der Drittverwendungsfähigkeit der zu finanzierenden Aktiva und der Frage, ob diese mit Fremdkapital finanziert werden können oder nicht, gelingt ihm eine plausible Erklärung für das Finanzierungsverhalten von Unternehmen bezogen auf den Einsatz von Fremdkapital, die offensichtlich auch eine empirische Relevanz hat.

Der Ansatz von Williamson hat eine weit reichende Bedeutung in der Immobilienökonomie. Einerseits ist damit die Frage der Beleihung von Immobilieninvestitionen angesprochen, weiter aber auch die Frage der Kategorie der Drittverwendungsfähigkeit für Projektentwickler und Investoren, sowie für Nicht-Immobilienunternehmen als Immobiliennutzer. Begreift man die Vermietung von Flächen als kreditäre Überlassung von Realkapital, so kann das Williamsonsche Finanzierungspostulat auch zur Klärung der Frage beitragen, ob es beispielsweise günstiger ist, eine Wohnung zu kaufen oder zu mieten.

Wenngleich die Übertragung der transaktionskostenökonomischen Grundüberlegung sich sehr gut und vielseitig in der Immobilienökonomie anwenden lässt, können wir hingegen mit diesem Konstrukt nicht Finanzierungsformen beschreiben, die sich jenseits bzw. zwischen Eigenkapital und Fremdkapital bewegen. Zwar sind wir in der Lage, terminologisch alle weiteren Finanzierungsformen, wie die breite Palette der Immobilienanlageprodukte (geschlossene Immobilienfonds, offene Immobilienfonds und Immobilienaktiengesellschaften bzw. REITs), als Mezzanine-Finanzierungsformen zu erkennen, doch ergeben sich allein aus der Übertragung des williamsonschen Finanzierungsansatzes keine Erklärungsmuster, um diese hybriden – um den transaktionskostenökonomischen Begriff zu verwenden – Formen der Finanzierung weiter zu differenzieren bzw. zu erklären. Bestehende Erklärungsmuster für Mezzanine-Finanzierungen basieren primär auf der Informationsökonomie, Rudolph (2004).

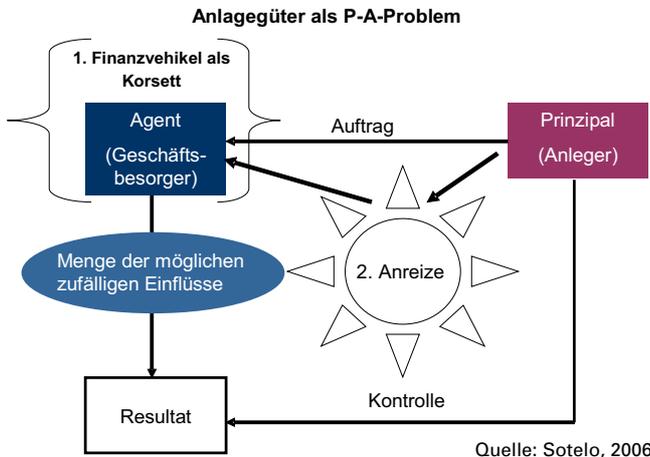
Finanzierung kann als eine Regulierung der Beziehung zwischen dem Finanzier (Prinzipal) und dem Finanzierten (Agenten) interpretiert werden. Charakteristisch für die P-A-Beziehung ist, dass es eine asymmetrische Informationsverteilung zwischen dem Agenten und dem Prinzipalen gibt. Es wird angenommen, dass der Prinzipal zwar das Ergebnis des Agenten, nicht aber seinen Einsatz beobachten kann. In der Literatur, Jensen/Meckling (1983) wird primär die Frage behandelt, mit welchen Anreizen der Prinzipal eine weitgehende Konformität der Interessen des Agenten mit den Seinigen bei möglichst geringen Kosten erreichen kann.

Obleich der unter dem Begriff des Prinzipal-Agent bekannte Ansatz als konstituierender Teil der Neuen Institutionenökonomik gilt, geht er doch zugleich deutlich über diese – in der Schneider’schen Interpretation – hinaus, insofern der P-A-Ansatz – und hier erfolgt der Wechsel der Perspektive – nicht nur die Institutionen betrachtend, welche geeignet sind, im Verhältnis Prinzipal zu Agent Einkommensunsicherheiten zu reduzieren, sondern die Herrschaftsbeziehung zwischen Prinzipal und Agent selbst thematisiert. So wird Betriebswirtschaftslehre zur Sozialwissenschaft der Herrschaftsbeziehungen und nicht der Institutionen. In der Sprache von Wittgenstein kann auch formuliert werden: Die Befassung mit den Institutionen entspricht der mit der Befassung mit den Dingen und die mit den Herrschaftsbeziehungen jener mit den Tatsachen, also den Verhältnissen zwischen den Dingen.

Wir können Finanzierung als eine Form der Beschränkung des Handlungsspielraums des Agenten durch den Prinzipal auffassen. Der primäre Unterschied zwischen verschiedenen Finanzierungsformen ist folglich der jeweilige Handlungsspielraum, den sie gewährt. Die weiteren Regulierungen einer Finanzierungsinstitution, also die der Zahlungsansprüche, Informations- und Mitbestimmungsrechte ergeben sich bei dieser Betrachtungsweise aus dem jeweiligen Handlungsspielraum. Anreize sind Kombinationen aus Zahlungsansprüchen, Informations- und Mitbestimmungsrechten innerhalb eines bestimmten Handlungsspielraums. Indem der Handlungsspielraum in den Vordergrund der Betrachtung einer Finanzierungsinstitution rückt, wird diese auch eine Institution der Herrschaft und die P-A-Beziehung zu einer Herrschaftsbeziehung.

Der im Mittelpunkt stehende Begriff des Handlungsspielraumes bedarf einer klaren Definition: Der Handlungsspielraum einer Finanzierungsinstitution umschreibt das Spektrum der Verwendungsmöglichkeiten der von den Prinzipalen an die Agenten zur Erfüllung der Aufgaben überlassenen finanziellen Mittel. Wenn beispielsweise ein Finanzier dem Agenten einen Kredit gewährt, so ist der Handlungsspielraum meistens sehr gering, sofern im Kreditvertrag die Verwendung der finanziellen Mittel klar geregelt ist. In der Immobilienwirtschaft findet sich bei Krediten, etwa bei Ankaufsfinanzierungen, häufig eine Regulierung, nach der die Mittelverwendung über einen Notar sichergestellt wird. Zeichnet ein Anleger einen geschlossenen Immobilienfonds, so steht bei Zeichnung meist fest, welche Immobilie zu welchem Preis erworben wird oder welcher Mieter

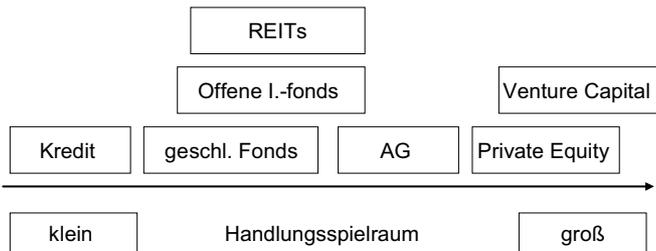
**Abbildung 12: Der Handlungsspielraum der Anlagevehikel Finanzierung als Herrschaftsform**



Quelle: Sotelo, 2006

diese für eine bestimmte Laufzeit mietet, so dass für den Agenten nur beschränkte Handlungsmöglichkeiten bestehen, der Handlungsspielraum der Agenten also bereits ausgefüllt ist. Zeichnet ein Anleger einen deutschen offenen Immobilienfonds, so regelt das Investmentgesetz (InvG) präzise, welche Investitionen im jeweiligen Umfang zulässig sind. Kauft ein Anleger einen U.S.-amerikanischen REIT, so besteht auch hier eine Regulierung bezüglich möglicher Investitionen, insoweit sich ein hoher Anteil der Erträge aus Immobilien generieren muss und auch die Immobilienbestände einen bestimmten Anteil am Gesamtvermögen darstellen. Bei Erwerb eines Anteils (Aktie) an einer Immobilienaktiengesellschaft hingegen ist der Handlungsspielraum wesentlich größer, da es praktisch keine rechtlichen Beschränkungen bei den Investitionen gibt. Abbildung 13 zeigt schematisch die steigenden Handlungsspielräume von Finanzierungsinstitutionen:

**Abbildung 13: Handlungsspielräume unterschiedlicher Finanzierungsformen**

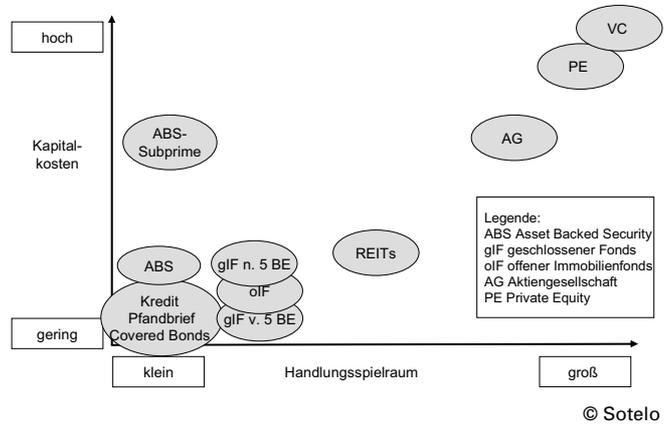


Quelle: Eigene Darstellung

Mit den genannten Finanzierungsvehikeln assoziieren wir unterschiedliche Kapitalkosten. Kredite sind zu den geringsten Kosten zu erhalten, Venture Capital ist das teuerste Kapital. Nehmen wir die Kapitalkosten als eine weitere Dimension auf und tragen diese auf der Ordinate ab, so erhalten wir folgende Graphik (Abb. 14):

Bei Abbildung 14 werden wie beim CAPM die Kapitalkosten ins Verhältnis zu einer weiteren Größe gesetzt. Statt des Risikos wird auf der Abszisse der Handlungsspielraum abgebildet. Die Kapitalkosten steigen in Abhängigkeit vom gewährten Handlungsspielraum zunächst einmal völlig unabhängig von der Volatilität des finanzierten Aktivums selbst. Ist der Handlungsspielraum groß, sind es auch die Kapitalkosten. Dies ist materiell die Folge aus der Betrachtung der Finanzierung als P-A-Beziehung. Überlässt der Prinzipal dem Agenten einen weiten Handlungsspielraum, so bedeutet dies unter den Annahmen von Bounded Rationality und Moral Hazard eine hohe Unsicherheit für den Prinzipalen, weil eben nicht klar ist, und genau

**Abbildung 14: Handlungsspielraum und Kapitalkosten**



© Sotelo

hier liegt die unbrauchbare Annahme von MM, ob die Agenten das vollziehen, was sie in den Business-Plan schreiben, und diese Unsicherheit aus dem Handlungsspielraum, die zunächst einmal losgelöst vom Risiko gemessen als Streuung des mit dem Vehikel finanzierten Aktivums ist, führt zu höheren Kapitalverzinsungsansprüchen des Prinzipals sui generis. Die Reduktion des Handlungsspielraumes mittels der Regulierung innerhalb eines Finanzierungsvehikels impliziert eine Reduktion der Unsicherheit des Prinzipals, die er mit geringeren Kapitalkosten beantwortet.

Das neue Finanzierungspostulat lautet also wie folgt: Reduziere so weit wie möglich den Handlungsspielraum eines Finanzierungsvehikels zur Minimierung der Kapitalkosten. Oder anders: Der vom Vehikel gebotene Handlungsspielraum soll von den Agenten voll ausgenutzt werden, bezahlt wird er sowieso. Schließlich folgt hieraus auch: Trenne geschäftliche Aktivitäten, die jeweils einen unterschiedlichen Handlungsspielraum benötigen und: Passe den Handlungsspielraum über den Zeitverlauf stets an die aktuelle Notwendigkeit an. Der Handlungsspielraum ist damit die Kategorie, mit welcher erklärbar wird, wieso Eigenkapital unabhängig von den finanzierten Aktiva teurer als Fremdkapital ist.

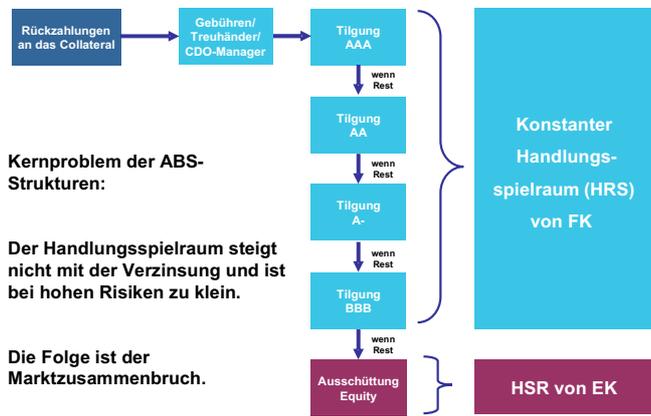
**3.2 Lektionen aus der Finanzkrise für die Gestaltung von Finanzierungsvehikeln und Immobilienanlageprodukten**

Die entscheidende Problematik aus Sicht der zuvor formulierten finanzierungstheoretischen Überlegungen ist, dass die unterschiedlichen Tranchen mit verschiedenen Risiken jeweils mit der gleichen ABS-Struktur mit geringem Handlungsspielraum refinanziert werden. (Siehe Abbildung 15). Bei Tranchen bzw. refinanzierten Pools, die nur sehr geringe Risiken beinhalten, ist dies möglich, sobald die Risiken aber steigen, ist das Vehikel mit sehr geringem Handlungsspielraum aber nicht adäquat, weil in ihm nicht mehr der hinreichende Handlungsspielraum besteht, beispielweise faule Kreditschuldner hinreichend zu betreuen. Dann muss es zum beobachteten Marktzusammenbruch der Papiere kommen. Dieser Marktzusammenbruch kann andererseits nur mittels der formulierten finanzierungstheoretischen Überlegungen erklärt werden. In einer Welt, die den Annahmen der neoklassischen Finanzierungstheorie folgt, würden die Märkte für ABS-Strukturen, die höhere Risiken refinanzieren, nicht zusammenbrechen, sondern schlichtweg die Papiere entsprechend geringer bewerten.

Selbstverständlich können diese finanzierungstheoretischen Überlegungen auch auf die Banken insgesamt angewendet werden. Banken benötigen einen beschränkten Handlungsspielraum (geregelt durch Gesetze wie z. B. KWG, etc. und überwacht durch eine effektive Bankenaufsicht), damit Anleger wie andere Banken bereit sind, Gelder in Form von Depositen anzulegen.

Die Lösung der Problematik ist also eine zweifache. Einerseits ist es gut und sinnvoll und bereits vollzogen, dass auch die USA Finanzierungsvehikel einführen, die analog zum deutschen

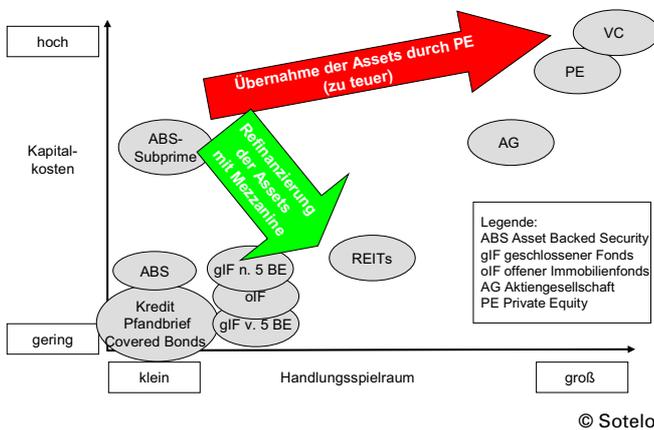
Abbildung 15: Das Kernproblem von ABS-Strukturen



Pfandbrief den Emittenten nicht mehr gegenüber dem Anleger aus der Haftung entlassen. Damit hat dieser einen eigenen Anreiz, die Risiken möglichst gering zu lassen. Wenn die Risiken zu hoch sind, wie z. B. bei ABS-Strukturen mit einem schlechten Portfolio oder ABS-Strukturen mit einer schlechten Positionierung nach dem Wasserfall-Prinzip, dann handelt es sich letztlich nicht mehr um eine Fremdkapital-, sondern um eine Mezzaninefinanzierung. Dann sind jedoch Vehikel der Fremdfinanzierung aufgrund des damit verbundenen zu geringen Handlungsspielraums nicht mehr geeignet, die Refinanzierungsstruktur zu sein. Der zweite Teil der Lösung besteht also in einem De-Leveraging auf ein gesundes Maß. Das Maß ist dann gesund, wenn der notwendige dem erforderlichen Handlungsspielraum entspricht. In der Struktur des ABS bzw. besser des Covered Bond oder des Pfandbriefes können und sollen dann jene Rechte verbleiben, die als praktisch risikolos bezeichnet werden können. Diese Argumentation kann auch bezüglich der früheren Finanzkrise im Zusammenhang mit den sogenannten Junk-Bonds Anwendung finden.

Für ein volkswirtschaftlich sinnvolles De-Leveraging ist die Existenz von adäquaten Mezzaninevehikeln von größter Bedeutung. In Ermangelung solcher funktionsfähiger Vehikel müsste die Refinanzierung eines Teils der Volumina der ABS-Strukturen über Eigenkapital bzw. Private Equity erfolgen (aufsteigender Pfeil in Abbildung 16). Dies ist zwar eine Lösung, doch keine optimale, weil der Handlungsspielraum des Eigenkapitals und damit die Kapitalkosten möglicherweise wiederum zu hoch wären.

Abbildung 16: Finanzwirtschaftliches Lösungskonzept: Herstellung des adäquaten Handlungsspielraums



Die zu teure Refinanzierung mit eigenkapitalähnlichen Vehikeln hätte einen weiteren überhöhten Preisverfall der Underlying Assets zur Folge, was volkswirtschaftlich einer Vermögensvernichtung gleich kommt. Ziel muss es daher sein, die Re-

finanzierung der suboptimal refinanzierten Subprime-ABS-Strukturen mit Mezzaninevehikeln, also Immobilienanlageprodukten zu sichern, da diese den richtigen Handlungsspielraum haben und somit die günstigste Finanzierung darstellen.

Die optimale Gestaltung von Immobilienanlageprodukten ist also eine volkswirtschaftlich sehr wichtige Aufgabe, deren Erfüllung weit über die Immobilienwirtschaft hinaus wirkt. In Deutschland verfügen wir über eine Reihe von Vehikeln. Rechtlich klar reguliert sind die offenen Immobilienfonds sowie die REITs. Weniger gesetzlich reguliert, doch durch Bauherrenere-lasse strukturiert, sind die geschlossenen Immobilienfonds.

Alle diese Vehikel sind dem Grunde nach steuertransparent. Wengleich die steuerliche Transparenz von Immobilienanlageprodukten definitorisch als ein konstitutives Merkmal dieser Vehikel erkannt werden kann, erscheint es doch sinnvoll, auch ökonomische Gründe für die Legitimität der steuerlichen Transparenz zu erfassen. So ergibt sich die ökonomische Legitimität der steuerlichen Transparenz von Immobilienanlageprodukten in Deutschland – nach der Abschaffung der Anrechenbarkeit der Körperschaftsteuer auf die Einkommensteuer mit der Steuerreform von 1999/2000 – nicht aus einer vermeintlich notwendigen Gleichbehandlung gegenüber Direktanlegern, sondern aus dem mit dem reduzierten Handlungsspielraum von Immobilienanlagevehikeln verbundenen Fremdkapitalcharakter. Schließlich gilt die Körperschaftsteuer (Ausnahme: Zinsschranke) auch nur für Eigenkapitalverzinsungen, also Gewinne, während Kreditzinsen als Kosten vom Gewinn abgezogen werden und „steuertransparent“ an die Gläubiger ausgezahlt werden, die diese letztlich als Haushalte bei der Einkommensteuerveranlagung zum individuellen Grenzsteuersatz versteuern. International sind Zinseinnahmen aus Fremdkapital oder FK-ähnlichen Finanzierungen stets für den Schuldner steuertransparent, während Gewinne (also die Verzinsung des Eigenkapitals) regelmäßig auf der Gesellschaftsebene versteuert werden. Die steuerliche Transparenz der Direktanlage steht vielmehr im Zusammenhang mit dem Belegenheitsprinzip für Immobilieneinkünfte.

Mit der Einführung der Zinsschranke hat Deutschland einen besonderen Weg eingeschlagen, auf den an dieser Stelle nicht gesondert eingegangen werden kann. Fest steht, dass mit der Zinsschranke die relative Bedeutung von steuertransparenten Immobilienanlagevehikeln weiter wachsen wird, ohne die mit der Zinsschranke verbundenen politisch-fiskalischen Ziele zu kontrahieren.

**Offene Immobilienpublikumsfonds**

Während in den letzten Jahren über die verschiedenen Reformen des Investmentrechts der Handlungsspielraum der offenen Immobilienfonds stetig zugenommen hat, war das Bundesministerium der Finanzen zu Beginn des Jahres 2007 bemüht, auf die vorangegangenen krisenhaften Erscheinungen mit einer Reduktion des Handlungsspielraums in Form der Einführung der sicherheitsorientierten Fonds zu reagieren. Die überwiegende Mehrheit der Branchenvertreter hat sich gegen die Bildung von Immobilienpublikumsfonds mit unterschiedlichen Risikomerkmale ausgesprochen, wodurch aus der großen Reform des Investmentgesetzes nunmehr eine kleine geworden ist. Offene Immobilienpublikumsfonds werden immer stärker im Wettbewerb zu Aktienfonds stehen, die sich in ihren Investitionen auf Immobilienaktien bzw. REITs fokussieren. Erst mit dem Halten indirekter Immobilienanlagevehikel anstelle der Immobiliendirektanlage kann steuerlich wegen der damit verbundenen geringeren Höhe an Transaktionskosten wirksam überhaupt erst Portfoliomangement betrieben werden. Die Angebotsstruktur der offenen Immobilienpublikumsfonds ist bislang jedoch gewillt, die Trennung der immobilien- und portfoliobezogenen Dienstleistungen nicht mit zu vollziehen.

Es ist davon auszugehen, dass im Zuge der aktuellen Liquiditätskrise der offenen Immobilienfonds sich die Marktstruktur deutlich verändern wird. Nach der letzten Reform des InvG gibt es nun einen recht klaren Mechanismus des Vorgehens nach der zunächst zeitweise beschlossenen Schließung. Wichtig er-

scheint es, alternative Finanzierungsvehikel zu etablieren, die die Objekte der offenen Fonds mit vergleichbaren Kapitalkosten refinanzieren können. Gelingt dieses nicht, kann der Prozess der Erosion der offenen Immobilienfonds vermutlich nicht aufgehalten werden. Verlängerte Zeiten der Schließung, weitere Abwertungen der Immobilien und schließlich der Verkauf von Immobilien auch unter den reduzierten Verkehrswerten wären die Folge. Die wichtigste Maßnahme ist eine Reform der Deutschen REITs mit dem Ziel, die Wahlfreiheit zur Börsenzulassung zu implementieren.

### Offene Spezialfonds

Wenngleich das Wachstum dieser Gattung kurzfristig gesichert erscheint, gibt es doch eine Reihe von Stimmen aus dem Kreise der Kunden, die – sofern deutsche REITs nicht einer Börsenpflicht unterliegen wären – die REITs lieber als Vehikel wählen würden. Dabei scheint nicht nur die mittel- bis langfristige Perspektive der höheren Fungibilität von REITs eine Rolle zu spielen, sondern auch das durchweg interne Management der REITs gegenüber dem externen Management bei offenen Spezialfonds.

### Immobilienaktiengesellschaften

Nach den beiden guten Börsenjahren 2005 und 2006 scheinen sich nicht nur die Kurse börsennotierter Werte in Relation zu den jeweiligen NAVs zu beruhigen, sondern auch die Aufnahmewilligkeit des Kapitalmarktes für Börsenneulinge ist zweifelhaft. Eine weitere Differenzierung zwischen immobilien- oder portfoliobezogenen Dienstleistern einerseits und Bestandshaltern andererseits scheint angebracht und wünschenswert. Das Marktvolumen dieser Gattung an Immobilienanlageprodukten sollte in den nächsten Jahren unterdurchschnittlich wachsen.

### Deutsche REITs

Die Deutschen REITs sind denkbar schlecht gestartet. Einerseits fiel die Einführung der REITs mit den teilweise massiven Kursrückgängen bei Immobilienaktiengesellschaften zusammen, die von der so genannten Subprime-Krise abgelöst wurden, andererseits ist der Deutsche REIT an vielen Stellen – von korrigierbaren handwerklichen Fehlern abgesehen – trotz steuerlicher Unterstützung in Form der so genannten Exit-Tax nicht geeignet, ein im internationalen Vergleich erfolgreicher REIT zu werden. So wurden gerade jene Immobilienportfolien aus den REITs ausgeschlossen, die aufgrund der Verwaltungsintensität der Bestände aber auch wegen der vorhandenen recht homogenen Portfolien heterogener Mieterschaft besonders hierfür geeignet sind: Wohnungsbestände. Weiter hat sich Deutschland – was auch mit der Dominanz der Finanzwirtschaft im Entstehungsprozess des REITs zu tun haben mag – bewusst gegen die Freizügigkeit hinsichtlich der Frage der Börsennotierung ausgesprochen. Damit wurden nicht nur die Versicherungen als Anleger vorerst ausgeschlossen, sondern es wurde auch eine Inkubationsfunktion des nicht-börsennotierten REITs verhindert, die gerade in einem so kapitalmarktschwachen Land wie Deutschland notwendig gewesen wäre. Hinzu kommen praktische, spieltheoretische Probleme, wobei es nicht zwingend im Machtbereich des Vorstands eines REITs liegt, ob das Vehikel seinen REIT-Status behalten kann. So könnten einzelne Aktionäre mittels einer bewussten Verletzung von Streubesitzkriterien eine Verhandlungsposition gegenüber anderen Mitaktionären aufbauen. Eine Problematik, die ohne Eingehung fiskalischer Risiken durch die öffentliche Hand nicht lösbar erscheint.

### Geschlossene Immobilienfonds und Private Equity

Nachdem der geschlossene Immobilienfonds das einzige Immobilienanlageprodukt ist, welches die Einkunftsart Vermietung und Verpachtung für den Endanleger darstellt, hat diese Anlagegattung eine besondere Bedeutung in jenen Zeiten erhalten, als mittels steuerlicher Anreize eine Angebotsausweitung insbesondere des Wohnungsbestandes verfolgt wurde. Auch jene geschlossenen Immobilienfonds, die transnational

im Ausland investieren, sind teilweise insoweit steuergetrieben, als bestimmte Regulierungen aus Doppelbesteuerungsabkommen ihre Grundlage bilden.

Die steuerlichen Rahmenbedingungen für geschlossene Immobilienfonds sind in der letzten Dekade sukzessive verschlechtert worden. Dies hat zu einer Erhöhung der Kapitalkosten und zu einem geringen Wachstum des Neugeschäfts insgesamt und zu einer Schrumpfung im deutschen Markt geführt. Es wäre sinnvoll, die steuerlichen Rahmenbedingungen so zu gestalten, dass eine Diskriminierung insbesondere bei der Verlustverrechnung mit der Direktanlage vermieden wird.

Wenngleich Private Equity häufig und berechtigter Weise als eigenes Anlagevehikel interpretiert wird, sind Private-Equity-Fonds häufig nicht nur bezüglich ihrer rechtlichen Ausgestaltung, sondern auch in Bezug auf den ökonomischen Funktionsmechanismus als geschlossene Immobilienfonds interpretierbar.

### Literatur:

- Alchian, A. A./Demsetz, H.: Production, Information Cost, and Economic Organization, in: American Economic Review, 1972
- Aleman Laín, Pedro / Sotelo, Ramón: La duración de los contratos y la actualización de la renta en la nueva ley de arrendamientos urbanos: una aproximación crítica desde la economía de los costes de transacción, in: La Ley, XVII, Nr. 4379, 23. 9. 1997, S. 1–5.
- Aleman, Pedro / Sotelo, Ramón: La ley y el mercado de los arrendamientos de vivienda, in: ABC, Inmobiliario, Tribuna, S. 5 v. 20.06. 2003.
- Allendorf, Georg / Bone-Winkel, Stephan / Ropeter-Ahlers, Sven-Eric / Schulte, Karl-Werner / Sotelo, Ramón: Immobilieninvestitionen, in: Immobilienökonomie, Karl-Werner Schulte (Hrsg.), 3. Aufl., München 2004, S. 627–710.
- Ambrose, B. W. und P. Linneman: REIT organizational structure and operating characteristics, The Journal of Real Estate Research, 2001, Vol. 21, Nr. 3, S. 141–162.
- Bartlsperger, Stephan et. al.: Geschlossene Immobilienfonds, 5. Aufl., Stuttgart 2007.
- Bateson, Gregory: Geist und Natur. Eine notwendige Einheit, Frankfurt a. M. 1982.
- Becker, Martin / Bone-Winkel, Stephan / Sotelo, Ramón / Väth, Arno: Real Estate Investment Trusts, in: Handbuch Immobilien Portfoliomanagement, Karl-Werner Schulte, Matthias Thomas (Hrsg.), Köln 2007, S. 509–524.
- Becker, Martin / Bone-Winkel, Stephan / Meitner, Matthias / Schäfer, Anne / Sotelo, Ramón / Väth, Arno / Westerheide, Peter: Real Estate Investment Trusts (REITs) – Internationale Erfahrungen und Best Practice für Deutschland, Teil des Abschlussberichts zum Forschungsprojekt 6/04 „Neue Assetklassen im internationalen Vergleich – Private Equity und REITs“ für Bundesministeriums der Finanzen, Berlin. Mannheim 2005.
- Berry, Jim / McGreal, Stanley / Sieracki, Karen / Sotelo, Ramon: An assessment of property investment vehicles with particular reference to German funds, in: JI. of Property Investment & Finance, Vol. 17, No. 5 1999, S. 430–443. Drukarczyk, J.: Finanzierung, 9. Auflage, 2003.
- Bierbaum, D.: Immobilien in institutionellen Portefeuilles, in: Leser, H. und R. Markus (Hrsg.), Handbuch Institutionelles Asset Management, Wiesbaden 2003, S. 599–606.
- Black, T. J.: The REIT Renaissance – The Corporatization of Income-Producing Real Estate, 1995 Washington D.C.
- Buber, Martin: Ich und Du, Stuttgart 1995.

- Buffett, Warren / Cunningham, Lawrence A.: Essays von Warren Buffett. Das Buch für Investoren und Unternehmer, München 2006.
- Peter Bujotzek: Offene Immobilienfonds im Investmentsteuerrecht, München 2007.
- Cadmus, Alan, Das REIT-Gesetz in der Praxis, in Finanzbetrieb v. 08.10.2007, Heft 10, S. 618–628.
- Campbell, R. D. / Sirmans, C. F.: Policy implications of structural options in the development of real estate investment trusts in Europe, *Journal of Property Investment Finance*, 2002, Vol. 20, Nr. 4, S. 388–405.
- Cannon, S. E. / S. Vogt: REITs and their management: An analysis of organizational structure, performance and management compensation, *The Journal of Real Estate Research*, 1995, Vol. 10, Nr. 3, S. 297–318.
- Chan, S. H., J. Erickson / K. Wang: Real estate investment trusts: structure, performance and investment opportunities, New York 2003.
- Coase, Ronald H.: The nature of the firm, in: *Economica*, N. S. Vol. 4, 1937, S. 386–405
- Deloitte: Der Regierungsentwurf zum REIT-Gesetz: Überblick, erste Analyse und offene Fragen, *Real Estate News – Aktuell*, 22. 11. 2006.
- Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Juni 2006, S. 77 f.
- Deutscher Verband: Zur Ökonomisierung der Immobilienwirtschaft – Entwicklungen und Perspektiven. Bericht der Kommission des Deutschen Verbandes für Wohnungswesen, Städtebau und Raumordnung e.V. im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung.
- Droste, Klaus: Immobilie und Kapitalmarkt – keine Gegensätze, Initiative Immobilien-Aktien, 21. 10. 2004, Frankfurt a.M.
- Fama, E. F.: Agency Problems and the Theory of the Firm, in: *Journal of Political Economy*, 88, 1980, S. 188–307.; Fama / Jensen, 1983.
- Gebert, Christian: Der Markt für offene Immobilienfonds – Struktur und Funktionsweise, Saarbrücken 2006.
- Graham, Benjamin / Dodd, David L. Dodd: Die Geheimnisse der Wertpapieranalyse, München 2008.
- Graham, Benjamin / Zweig, Jason: Intelligent Investieren, München 2005.
- Helios, Marcus / Wewel, Uwe (Hrsg.), REIT-Gesetz: Real Estate Investment Trust Gesetz, Kommentar, München 2007.
- Initiative Finanzplatz Deutschland (IFD): Warum Deutschland den G-REIT braucht – Zusammenfassung der Argumente für die Einführung eines deutschen REIT und einer Exit-Tax, Frankfurt 2006.
- Jensen, M. C./Meckling, W. H.: Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure, in: *Jl. of Financial Economics* 3, 1976, S. 305–360.
- Keynes, John Maynard: Ein Traktat über Währungsreform, Berlin 1997.
- Keynes, John Maynard: Vom Gelde, Berlin 1983.
- Keynes, John Maynard: Allgemeine Theorie der Beschäftigung, des Zinses und des Geldes, Berlin 2000.
- Knauthe, Karola, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Privatisierung von öffentlichen Wohnungsbaugesellschaften in deutsche REITs, Berlin 2007.
- Loipfinger, Stefan: Marktanalyse der Beteiligungsmodelle 2006, Rosenheim 2006.
- Ling, D.: A Random Walk Down Main Street: Can Experts Predict Return on Commercial Real Estate?, In: *Journal of Real Estate Research*, Vol. 27, No. 2 (2005).
- Modigliani, F./Miller, M. H.: The cost of capital, corporate finance, and the theory of investment, in: *American Economic Review*, 48, 1958, S. 261–297.
- Markowitz, H. M.: Portfolio Selection, in: *Jl. of Finance*, 7, 1952, S. 77 ff.
- Phyrr, S. A. et al.: Real Estate Investment – Strategy, Analysis, Decisions, 2. Auflage, New York 1989.
- Rehugler, Heinz / Morawski, J. / Füss, R., The Nature of Listed Real Estate Companies – Property or Equity Market?, In: *Financial Market and Portfolio Management*, 2008.
- Richter R./ Furubotn, E.: Neue Institutionenökonomik 3. Auflage, Tübingen 2003.
- Riese, Hajo: Theorie der Inflation. Mohr, Tübingen 1986.
- Rudolph, B.: Mezzanine Finanzierungen im Rahmen der Kapitalstrukturpolitik von Unternehmen, in: Gerke, W./ Siebert T. (Hrsg.): Aktuelle Herausforderungen des Finanzmanagements, Stuttgart 2004, S. 170 ff.
- Rottke, N.: Investitionen mit Real Estate Private Equity – Herleitung eines anreizkompatiblen Beteiligungsmodells unter Berücksichtigung der Transaktionskosten- und Agency-Theorie. Diss., Köln 2004.
- Schäfer, Daniel: Die Wahrheit über die Heuschrecken. Frankfurt am Main 2007.
- Schäfer, Jürgen: REITs. Real Estate Investment Trusts. Marktüberblick, Aufbau und Management. Investitionen in REITs. Praxisleitfaden, München 2007.
- Schlag, Alexander, Innovative Formen der Kapitalanlage in Immobilien, Kiel 1993.
- Schneider, D.: Betriebswirtschaftslehre, Bd 1 Grundlagen, 2. Auflage, München, Wien 1995. S. 23.
- Schulte, Karl-Werner / Sotelo, Ramón: Deutsche REITs – Möglichkeiten und Voraussetzungen einer Realisierung, in: *Zeitschrift für Immobilienökonomie (ZIO)*, 2/2004, S. 31–48.
- Soros, George: The Alchemy of Finance, New Jersey 1987.
- Soros, George: Das Ende der Finanzmärkte und deren Zukunft. München 2008.
- Sotelo, R.: Kauf oder Miete? Über die Relevanz des Williamson'schen transaktionskostenökonomischen Ansatzes für die Immobilienwirtschaft und -wissenschaft, in: *Wohnungswirtschaft und Mietrecht*, 11/1996, S. 679–684.
- Sotelo, Ramón: Mietrecht als Institution zur Förderung des Mietwohnungsmarkts: Grundlegende Überlegungen zur Mietrechtsreform, in: *Wohnungswirtschaft und Mietrecht*, 2/1997, S. 84–87.
- Sotelo, Ramón: Die Zusammenhänge zwischen der Immobilienennutzung und ihrer Finanzierung, in: *Der Langfristige Kredit*, 6/1998, S. 206–209.
- Sotelo, Ramón: Möglichkeiten für Immobilienaktiengesellschaften, in: *gif NEWS*, 5/2000, S. 10–11.
- Sotelo, Ramón: Immobilienaktiengesellschaften – Mythos und Möglichkeiten, in: *Grundstücksmarkt und Grundstückswert*, 1/2000, S. 24–28.
- Sotelo, Ramón: Die Bedeutung von Teileigentum und gewerblichem Mietrecht, in: *Gewerbemiete und Teileigentum*, 1/2001, S. 5–7.
- Sotelo, R.: Projektentwicklung und Investoren – welche Produkte für welche Kunden, in: Schulte, K.-W./Bone-Winkel S. (Hrsg.): *Handbuch Immobilien-Projektentwicklung*, 2. Auflage, Köln 2002, S. 699–720.
- Sotelo, Ramón: REITs – Immobilienanlageprodukte als Herrschaftsformen, in *Handbuch Real Estate Private Equity*, Dieter Rebitzer / Nico Rottke (Hrsg.), Köln 2006, S. 543–560.
- Sotelo, Ramón: Finanzierungstheorie und Immobilien – Möglichkeiten der Übertragung von Theorieansätzen am Beispiel der Vermietung von Flächen, in: *Persönlichkeiten in 25 Jahren – Lehr- und Forschungsgebiet Bauwirtschaft und Baumanagement der Bergischen Universität Wuppertal*, Festschrift für C.J. Diederichs, C. Gawlik, T. Offergeld, M. Willwerth (Hrsg.), Wuppertal 2006, S. 328–333.

- Sotelo, Ramón: Regeln schaffen Werte – Rekonstruktion von Finanzierungstheorie als ein Ergebnis der Gegenstandsorientierung der Immobilienökonomie, in: Stand und Entwicklungstendenzen der Immobilienökonomie – Festschrift zum 60. Geburtstag von Karl-Werner Schulte, Stephan Bone-Winkel et. al. (Hrsg.), Köln 2006, S. 41–54.
- Sotelo, Ramón / Bone-Winkel, Stephan / Pfeffer, Tobias / Schlump, Patrick / Becker, Martin: Bedeutung von nicht-börsegehandelten REITs für den Erfolg von REITs in Deutschland. Berlin 2006, 130 S.
- Sotelo, Ramón: To REIT or not to REIT?, in: Immobilien Manager, 12 / 2006, S. 28–29.
- Sotelo, Ramón: Der Fall Stauffer – Was geschieht, wenn Wohnungs-Reits in Deutschland tatsächlich nicht zugelassen werden?, in: FAZ v. 27. 10. 2006, Nr. 250 S. 47.
- Sotelo, Ramón: Ohne REITs drohen Steuerausfälle – Immobilienbrief, in: FAZ v. 08.09. 2006, Nr. 209 S. 43.
- Sotelo, Ramón: REITs im Land der offenen Immobilienfonds, in EXPO REAL Magazin, Juni 2006, S. 18–20.
- Sotelo, Ramón: Der Diskussionsentwurf zur Reform des Investmentgesetzes – Anmerkungen aus Finanzierungssicht, in: Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen, 60. Jg., 7-2007, S. 323–325.
- Sotelo, Ramón: REITs als Anlagevehikel für Hotelimmobilien, in: Hotel Real Estate Management – Grundlagen, Spezialbeispiele, Fallbeispiele, Jörg Frehse und Klaus Weiermair (Hrsg.), Berlin 2007, S. 235–247.
- Sotelo, Ramón: Was sind eigentlich REITs? In: StadtBauwelt 12 / 07, S. 34-39.
- Sotelo, Ramón: Die Unternehmensteuerreform, die Wohnungswirtschaft und der REIT, in: Gewerbemiete und Teileigentum, 6–7/2007, S. 197–199.
- Sotelo, Ramón: Finanzinvestoren und Immobilienwirtschaft – Einheit oder Gegensatz? In: ExpoReal-Magazin, Okt. 2007, S. 10–12.
- Sotelo, Ramón: Besser als vermutet – Die Investmentgesetzreform, in ImmobilienManager 05 – 2007, S. 23.
- Sotelo, Ramón: Der Diskussionsentwurf zur Reform des Investmentgesetzes – wesentlich besser als die Resonanz vermuten lässt, in: Immobilien Manager, 2007.
- Sotelo, Ramón: Ein eigenes Börsensegment für REITs? „Pro“, in: Immobilien Manager, 1–2 / 2007, S. 41 f.
- Sotelo, Ramón: Der Deutsche REIT und die Zinsschranke, in: Das Grundeigentum, Heft 16 – 2007, S. 106 f.
- Sotelo, Ramón: Projektentwickler und Investoren – welche Produkte für welche Kunden? In: Handbuch Immobilien-Projektentwicklung, Karl-Werner Schulte, Stephan Bone-Winkel (Hrsg.), 3. Auflage, Köln 2008, S. 677–696.
- Sotelo, Ramón: Immobilien-Anlageprodukte im Vergleich, in: Handbuch Real Estate Investment Trufts, Stephan Bone-Winkel, Wolfgang Schäfers, Karl-Werner Schulte (Hrsg.), Köln 2008, S. 65–77.
- Sotelo, Ramón: Lecciones derivadas de la crisis financiera, in: El Mundo, 213, v. 18–24 Juli 2008, S. 2.
- Sotelo, Ramón: Märkte für Immobilienanlagen und Immobilienennutzungen, in: Immobilienökonomie, Bd. IV, Volkswirtschaftliche Grundlagen, Karl-Werner Schulte (Hrsg.), München 2008, S. 67–88.
- Sotelo, Ramón: Doppelte Nulllösung – Nach der Einführung bleibt vor der Einführung, in: GoingPublic „G-REITs 2008“, Juli 2008, S. 20–21.
- Sotelo, Ramón: Zinsschranken und Denkschranken, in: Immobilienmanager 04 – 2008, S. 68–69.
- Sotelo, Ramón: The Economics of REITs, in: The Introduction of REITs in a Global Perspective, Stanley McGreal, Ramón Sotelo (Hrsg.), Wien 2008, S. 12–25.
- Sotelo, Ramón: The Introduction of REITs in Germany, in: The Introduction of REITs in a Global Perspective, Stanley McGreal, Ramón Sotelo (Hrsg.), Wien 2008, S. 114–136.
- Sotelo, Ramón / Hähndel, Konstantin: Niedrige Eigentumsquote als Wohlstandsindikator – Theorie und empirische Evidenz, in: Wohnungswirtschaft und Mietrecht, 10/2009, S. 567–574.
- Sotelo, Ramón, Schaedel / Volker: Entdeckt sich die Immobilienbranche neu? Die volkswirtschaftliche Bedeutung und die verbandspolitische Vertretung der Immobilienwirtschaft, in: Grundstücksmarkt und Grundstückswert, 02/2004, S. 65–69.
- Sotelo, Ramón / Waltz, Ulrich: Ökonomische Fundierung des Vergleichsmietensystems: Die dynamische ortsübliche Vergleichsmiete, in: Das Grundeigentum, 24/1995, S. 1513–1523.
- Spencer Brown, George: Laws of Form – Gesetze der Form, Lübeck 1997
- Stanley McGreal, Ramón Sotelo: The Introduction of REITs in a Global Perspective, Stanley McGreal, Ramón Sotelo (Hrsg.), Wien 2008.
- Striegel, Andreas (Hrsg.): REITG. Gesetz über deutsche Immobilienaktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen. Berlin 2007.
- Väth, Arno: Die Grundstücks-Investmentaktiengesellschaft als Pendant zum REIT – Entwicklung einer Konzeption auf Basis der KAGG-Novelle ‘98, Wiesbaden, 1999.
- Williamson, Oliver: Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus, Tübingen 1990.
- Williamson, Oliver: Corporate finance and corporate governance, in: The JI. of Finance 1988, S. 567–591.
- Wittgenstein, Ludwig: Werkausgabe in 8 Bänden, Frankfurt am Main 1984.

*Dokumentation,  
Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

**Abonnement Jahrgang 2010** 159,43 EUR brutto.

Sonderpreise für zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage  
im Direktbezug vom Prewest Verlag

---

[www.prewest.de](http://www.prewest.de)      [info@prewest.de](mailto:info@prewest.de)

---

**[www.gut-netzwerk.de](http://www.gut-netzwerk.de)**

---

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

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH  
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn, Fax: 02 28 / 47 09 54

# Gewerbemiete

**§§ 550, 148, 126 BGB**  
**Gewerberaumiete;**  
**Vermietung vor Gebäudefertigstellung; Schriftform;**  
**Angebot und Annahmefristen;**  
**unbestimmter Beginn der Mietzeit; Schriftform des**  
**durch Vollzug konkludent abgeschlossenen Mietvertrags**

**a) Die Verlängerung der Frist zur Annahme der auf den Abschluss eines langfristigen Mietvertrages gerichteten Erklärung bedarf nicht der Schriftform des § 550 BGB.**

**b) Zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB genügt es, wenn die Vertragsbedingungen eines konkludent abgeschlossenen Mietvertrages in einer der „äußeren Form“ des § 126 Abs. 2 BGB genügenden Urkunde enthalten sind.**

(BGH, Urteil vom 24. 2. 2010 – XII ZR 120/06)

– I. Instanz LG Nürnberg-Fürth in GuT 2006, 13 –

**1 Zum Sachverhalt:** Die Klägerin (Mieterin) verlangt Feststellung, dass der zwischen ihr und der Beklagten (Vermieterin) bestehende Mietvertrag über Gewerberäume als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen gilt.

2 Im Frühjahr 1992 verhandelten die Rechtsvorgängerin der Klägerin (im Folgenden: Klägerin) und die Beklagte über den Abschluss eines Mietvertrages über noch zu errichtende Gewerberäume. Am 16. März 1992 unterzeichnete die Beklagte eine Vertragsurkunde, die die Bedingungen des abzuschließenden Mietvertrages enthielt. Gemäß § 4 des Vertrages sollte die Mietzeit mit der Übernahme des schlüsselfertigen Mietobjekts beginnen und 15 Jahre betragen.

3 In § 14 des Vertrages heißt es unter anderem:

„Die Vertragspartei, die den Vertrag zuerst unterzeichnet, hält sich an das Vertragsangebot einen Monat ab Zugang bei der Gegenseite gebunden.“

4 Der Zeitpunkt des Zugangs der Urkunde bei der Klägerin ist nicht geklärt. Auf Wunsch der Klägerin verlängerte die Beklagte mit Schreiben vom 13. April 1992 die Frist zur Gegenzahlung und Übersendung des Mietvertrages bis zum 22. April 1992. Die Klägerin unterzeichnete den Vertrag am 22. April 1992. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die gegengezeichnete Urkunde der Beklagten noch am selben Tag zuzuging.

5 Am 9. November 1993 fand eine gemeinsame Objektbegehung statt, über die ein von beiden Parteien unterzeichnetes Abnahmeprotokoll errichtet wurde. Darin ist unter anderem festgehalten, dass an diesem Tag auf der Grundlage des Mietvertrages vom 16. März 1992 die Übergabe der Mietsache im dort vereinbarten Zustand stattgefunden und die Klägerin ab diesem Tag die im Mietvertrag vereinbarte Miete zu zahlen hat.

6 Das Landgericht Nürnberg-Fürth [GuT 2006, 13] hat der Feststellungsklage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

**7 Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg.

8 I. Das Oberlandesgericht [Nürnberg] hält das Schriftformerfordernis des § 566 BGB a.F. (= § 550 BGB n.F.) nicht für gewahrt. Zwar sei der Beginn der Mietzeit auf bestimmbare Art und Weise festgelegt worden. Das Schriftformerfordernis sei aber deshalb nicht erfüllt, weil sich aus der Urkunde nicht zweifelsfrei ergebe, ob die „Annahme“ des Angebots durch die Klägerin am 22. April 1992 noch rechtzeitig innerhalb der in § 14 des Mietvertrages vorgegebenen Annahmefrist von einem Monat erfolgt sei und damit zum Vertragsabschluss geführt habe oder ob sie verspätet gewesen sei und damit gemäß § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot gelte, das erneut einer aus der Urkun-

de ersichtlichen Annahme bedurft hätte. Zwischen der Unterzeichnung des Angebots am 16. März 1992 durch die Beklagte und der Annahme durch die Klägerin am 22. April 1992 habe nämlich ein Zeitraum von einem Monat und sieben Tage gelegen und folglich unter Berücksichtigung einer angemessenen Postlaufzeit eine deutlich längere Zeit als ein Monat nach Abgabe des Angebots. Die Vertragsurkunde lasse somit offen, ob sie lediglich zwei Angebote oder tatsächlich eine Willensübereinstimmung der Parteien enthalte. Grundsätzlich genüge es jedoch für § 126 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht, dass eine rechtsgeschäftliche Einigung der Parteien vorliege. Diese müsse sich vielmehr zweifelsfrei aus der Urkunde ergeben. Deshalb sei das Schriftformerfordernis auch dann nicht eingehalten, wenn von einem neuen Angebot der Klägerin und einer konkludenten Annahme dieses Angebots durch die Beklagte ausgegangen werde. Etwas anderes ergebe sich nicht daraus, dass die Beklagte die in der Vertragsurkunde gesetzte Annahmefrist mit Schreiben vom 13. April 1992 bis zum 22. April 1992 verlängert habe. Dieses Schreiben sei nicht Teil des Mietvertrages geworden, da es weder mit diesem verbunden noch derart in Bezug genommen worden sei, dass im Ergebnis die Urkunden als in einer Urkunde enthalten anzusehen seien.

9 Auch aus dem Zweck des § 566 BGB a.F. folge nichts anderes. Einem Erwerber des Mietobjekts müsse ein schriftlicher Vertrag vorliegen, aus dem sich ergebe, dass die Voraussetzungen der Schriftlichkeit vorlägen. Dem könne nicht entgegengehalten werden, dass es allein auf die Einhaltung der äußeren Form ankomme, da die Unterrichtungsfunktion des § 550 BGB dann nicht gegeben sei, wenn sich aus dem Vertrag ein wirksames Zustandekommen nicht ergebe.

10 II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts genügt der Mietvertrag der Schriftform und ist wirksam für die Dauer von fünfzehn Jahren abgeschlossen. Die Klage ist deshalb abzuweisen.

11 1. Zu Recht geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die vertragliche Regelung zum Beginn der Mietzeit der Schriftform genügt (§ 550 BGB i.V.m. § 578 Abs. 1 BGB). Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist die Schriftform gewahrt, wenn sich Beginn und Ende der Mietzeit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in hinreichend bestimmbarer Weise aus der Vertragsurkunde ergeben (Senatsurteile vom 29. April 2009 - XII ZR 142/07 - NJW 2009, 2195, 2197 [= GuT 2009, 173], vom 2. Mai 2007 - XII ZR 178/04 - NJW 2007, 3273, 3274 [= GuT 2007, 219] und vom 2. November 2005 - XII ZR 212/03 - NJW 2006, 139, 140 [= GuT 2006, 11]). Dies ist auch der Fall, wenn die Mietzeit - wie hier - mit der Übernahme des schlüsselfertigen Mietobjekts beginnen soll. Die Vertragsparteien haben dann das, was sie zur zeitlichen Befristung vereinbart haben, vollständig und richtig in der Vertragsurkunde niedergelegt. Unerheblich ist dabei, ob zwischen den Parteien im weiteren Verlauf Streit über den Zeitpunkt der Schlüsselfertigkeit entsteht. Ob eine Urkunde die Schriftform wahrt oder nicht, ist nämlich grundsätzlich aus der Sicht des Zeitpunkts ihrer Unterzeichnung zu beurteilen. Spätere tatsächliche Geschehnisse können die Wahrung der Form nicht mehr in Frage stellen (Senatsurteil vom 2. Mai 2007 - XII ZR 178/04 - NJW 2007, 3273, 3274 f. [= GuT 2007, 219]).

12 2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht aber angenommen, die Mietvertragsurkunde genüge nicht der Schriftform des § 550 BGB, weil sich aus ihr nicht zweifelsfrei ergebe, ob die Klägerin das schriftliche Angebot der Beklagten vom 16. März 1992 rechtzeitig innerhalb der von der Beklagten in § 14 des Mietvertrages eingeräumten Frist angenommen habe. Das Berufungsgericht ist weiter zu Unrecht davon ausgegangen, die Verlängerung der Annahmefrist gehöre zu den formbedürftigen Elementen des Mietvertrages.

13 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist es zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB grundsätzlich erforderlich, dass sich die für den Abschluss des Vertrages notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen - insbesondere Mietgegenstand, Mietzins sowie Dauer und Parteien des Mietverhältnisses - aus der Vertragsurkunde ergeben (vgl. Senatsurteile vom 29. April 2009 - XII ZR 142/07 - NJW 2009, 2195, 2196 [= GuT 2009, 173] und BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 [= GuT 2008, 284] - Tz. 18). Bei der Annahmefrist und deren Einhaltung handelt es sich jedoch nicht um solche, den Vertragsinhalt bestimmende Bedingungen. Sie betreffen vielmehr allein das Zustandekommen des Vertrages und werden mit dessen Abschluss bedeutungslos.

14 Der von § 550 BGB in erster Linie bezweckte Schutz eines späteren Grundstückserwerbers gebietet keine Ausdehnung des Schriftformerfordernisses auf solche, allein das Zustandekommen des Vertrages betreffende Regelungen. Durch § 550 BGB soll vor allem sichergestellt werden, dass ein späterer Grundstückserwerber, der kraft Gesetzes auf Seiten des Vermieters in ein auf mehr als ein Jahr abgeschlossenes Mietverhältnis eintritt, dessen Bedingungen aus dem schriftlichen Vertrag ersehen kann. Sinn und Zweck der Schriftform ist es hingegen nicht, ihm Gewissheit darüber zu verschaffen, ob der Mietvertrag wirksam zustande gekommen ist oder noch besteht (Senatsurteile BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 [= GuT 2008, 284] - Tzn. 13, 14; vom 29. April 2009 - XII ZR 142/07 - NJW 2009, 2195, 2196 [= GuT 2009, 173]; vom 19. September 2007 - XII ZR 121/05 - NJW 2007, 3346, 3347 [= GuT 2007, 353] und BGHZ 160, 97, 104 [= GuT 2004, 185 KL = WuM 2004, 534]). Eine solche Gewissheit vermag eine der Schriftform genügende Mietvertragsurkunde auch nicht zu erbringen. Denn das Zustandekommen eines Mietvertrages hängt von zahlreichen Umständen ab, die sich nicht aus der Urkunde ergeben müssen. So genügt der Schriftform ein Mietvertrag, der vorsieht, dass er erst nach Zustimmung eines Dritten wirksam werden soll, ohne dass die Zustimmung schriftlich erfolgen muss (§ 182 Abs. 2 BGB). Ebenso genügt der Schriftform ein Mietvertrag, der vorsieht, dass er nur im Falle des Eintritts einer Bedingung wirksam werden soll, oder der auf Seiten einer Partei von einem als solchen bezeichneten vollmachtlosen Vertreter unterzeichnet ist (Senatsurteile BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 [= GuT 2008, 284] - Tz. 15; 160, 97, 105 [= WuM 2004, 534]; 154, 171, 179 [= GuT 2003, 132] und vom 19. September 2007 - XII ZR 121/05 - NJW 2007, 3346, 3347 [= GuT 2007, 353]). Nichts anderes kann gelten, wenn der Erwerber aus der Urkunde nicht ersehen kann, ob das Angebot auf Abschluss des Mietvertrages von der anderen Vertragspartei rechtzeitig angenommen worden ist, etwa weil gesondert eine Annahmefrist eingeräumt oder eine in der Urkunde enthaltene Annahmefrist verlängert worden ist (vgl. KG NZM 2007, 86; Palandt/Weidenkaff BGB 69. Aufl. § 550 Rdn. 11; Regenfus JA 2008, 246, 249 f.). In allen diesen Fällen verschafft die Urkunde selbst dem Erwerber keine Gewissheit darüber, ob der Vertrag besteht, sondern lediglich darüber wie die Vertragsbedingungen lauten, in die er eintritt, falls der Vertrag besteht. Das genügt für die Schriftform des § 550 BGB.

15 b) Somit scheidet die Schriftform des Mietvertrages hier - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht daran, dass die Verlängerung der Annahmefrist und der rechtzeitige Zugang der Annahme nicht aus der Urkunde ersichtlich sind.

16 3. Die Schriftform des Mietvertrages ist folglich ohne weiteres gewahrt, wenn die Klägerin das schriftliche Angebot der Beklagten vom 16. März 1992 innerhalb der von dieser gesetzten Frist am 22. April 1992 schriftlich angenommen hat, wenn also die schriftliche Annahmeerklärung der Beklagten am 22. April 1992 zugegangen ist (§ 130 Abs. 1 Satz 1 BGB). Denn dann enthält die von beiden Mietvertragsparteien unterzeichnete Vertragsurkunde sowohl das Angebot der Beklagten als auch die rechtzeitige Annahmeerklärung der Klägerin.

17 Die Schriftform des § 550 BGB ist allerdings auch dann gewahrt, wenn die von der Klägerin gegengezeichnete Urkun-

de der Beklagten, wie diese behauptet, erst nach dem 22. April 1992 und damit nach Ablauf der Annahmefrist zugegangen ist.

18 In diesem Fall gilt die Annahmeerklärung der Klägerin gemäß § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot. Dieses neue Angebot hat die Beklagte nicht schriftlich angenommen. Der Mietvertrag ist aber spätestens mit der Übergabe der Mietsache, am 9. November 1993, die ausweislich des von den Vertragsparteien unterzeichneten Übergabeprotokolls „auf der Grundlage des Mietvertrages vom 16. 03. 92“ erfolgt ist, konkludent zustande gekommen.

19 a) In Rechtsprechung und Literatur besteht Streit darüber, ob die Schriftform des § 550 BGB gewahrt ist, wenn zwar eine von beiden Mietvertragsparteien unterzeichnete Vertragsurkunde existiert, jedoch eine Partei das formgerechte Angebot der anderen Partei verspätet angenommen hat und ein inhaltsgleicher Vertrag sodann durch Vollzug konkludent abgeschlossen worden ist.

20 Nach einer Auffassung genügt der Vertrag in diesen Fällen nicht der Schriftform des § 550 BGB (KG NZM 2007, 517 [= GuT 2007, 87]; KG OLGR 2006, 332, 333 [= WuM 2006, 193]; OLG Rostock OLGR 2005, 697; KG Grundeigentum 2003, 48, 49; OLG Dresden ZMR 1999, 104; Horst MDR 2008, 365, 366; Möller ZfIR 2008, 87, 88; Leo MietRB 2003, 15; Lindner-Figura/Hartl NZM 2003, 750, 751; Regenfus JA 2008, 246, 249; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rdn. 112). Zur Begründung berufen sich die Vertreter dieser Auffassung darauf, dass nach § 550 Satz 1 BGB der Mietvertrag in schriftlicher Form, somit in der Form des § 126 Abs. 2 BGB geschlossen sein müsse. Zur Wahrung der Form genüge folglich nicht die bloße Schriftlichkeit der Erklärungen („äußere Form“). Vielmehr müsse auch der Vertragsschluss selbst formgerecht erfolgt sein. Daran fehle es, wenn der Mietvertrag nicht durch ein schriftliches Angebot und dessen schriftliche Annahme, sondern erst später konkludent abgeschlossen worden sei.

21 Die Gegenmeinung lässt demgegenüber in Fällen der verspäteten Annahme eines Mietvertragsangebots für die Wahrung der Form nach §§ 550, 126 Abs. 2 BGB die Einhaltung der „äußeren Form“ genügen (OLG Jena NZM 2008, 572, 573; OLG Hamm ZMR 2006, 205, 206; Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiets 3. Aufl. Rdn. 304; Pfeister/Ehrich ZMR 2009, 818; Lützenkirchen WuM 2008, 119, 130; Schultz NZM 2007, 509 f.; Stiegele NZM 2004, 606, 607; Wichert ZMR 2005, 593, 594 f.; differenzierend: MünchKomm/Bieber BGB 5. Aufl. § 550 Rdn. 10). Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, die Anforderungen an die Schriftform des § 126 Abs. 2 BGB könnten schon wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung der Form des § 550 BGB - bloße vorzeitige Kündigung des im Übrigen wirksamen Vertrages - und bei Nichteinhaltung der Form von anderen Verträgen (§ 125 BGB) - Nichtigkeit der Verträge - nicht gleich streng sein. Im Übrigen könne der mit § 550 BGB in erster Linie verfolgte Zweck, den Grundstückserwerber zu schützen, allein durch die Einhaltung der äußeren Form gewahrt werden.

22 b) Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an, wonach die Einhaltung der äußeren Form zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB ausreicht.

23 aa) Nach § 126 Abs. 2 BGB genügt ein Vertrag der gesetzlichen Schriftform, wenn eine einheitliche Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet worden ist. Von der Einhaltung dieser äußeren Form zu trennen ist, ob der Vertrag unter Einhaltung der gesetzlichen Schriftform wirksam zustande gekommen ist. Das richtet sich nach den allgemeinen Regeln über den Abschluss von Verträgen (§§ 145 ff., 130 BGB). Danach kommt ein Vertrag unter Abwesenden, für den die gesetzliche Schriftform vorgeschrieben ist, grundsätzlich nur dann rechtswirksam zustande, wenn sowohl der Antrag als auch die Annahme (§§ 145 ff. BGB) in der Form des § 126 BGB erklärt werden und in dieser Form dem anderen Vertragspartner zugegangen sind (§ 130 BGB, BGH Urteile vom 18. Dezember 2007

- XI ZR 324/06 - NJW-RR 2008, 1436, 1438 f. zu § 4 VerbrKrG a.F.; vom 30. Juli 1997 - VIII ZR 244/96 - NJW 1997, 3169, 3170).

24 bb) Die Auslegung von § 550 BGB führt unter Berücksichtigung seines Schutzzwecks und seiner Rechtsfolge zu dem Ergebnis, dass § 550 BGB über die Einhaltung der äußeren Form hinaus nicht voraussetzt, dass der Vertrag durch die schriftlich abgegebenen Erklärungen zustande gekommen ist. Vielmehr genügt ein Mietvertrag auch dann der Schriftform des § 550 BGB, wenn er inhaltsgleich mit den in der äußeren Form des § 126 BGB niedergelegten Vertragsbedingungen nur konkludent abgeschlossen worden ist.

25 (1) Wie oben (II. 2. a) ausgeführt, dient § 550 BGB in erster Linie dem Informationsbedürfnis des Erwerbers, dem durch die Schriftform die Möglichkeit eingeräumt werden soll, sich von dem Umfang und Inhalt der auf ihn übergehenden Rechte und Pflichten zuverlässig zu unterrichten. Diesen Schutzzweck erfüllt eine nur der äußeren Schriftform genügende Mietvertragsurkunde, in der die von beiden Parteien unterzeichneten Bedingungen des später konkludent abgeschlossenen Vertrages enthalten sind. Eine solche Urkunde informiert den Erwerber über die Bedingungen des Mietvertrages, in die er, wenn der Mietvertrag mit diesem Inhalt zustande gekommen ist bzw. noch besteht, eintritt (vgl. OLG Jena NZM 2008, 572, 573; OLG Hamm ZMR 2006, 205, 206; Schultz NZM 2007, 509; Stiegele NZM 2004, 606, 607; Wichert ZMR 2005, 593, 595).

26 Demgegenüber ist es nicht Zweck der Schriftform, dem Erwerber Gewissheit über das Zustandekommen des langfristigen Mietvertrages oder dessen Fortbestand zu verschaffen. Diese Aufgabe könnte die Vertragsurkunde, wie oben ausgeführt (II. 2. a), auch nicht erfüllen.

27 (2) Auch die zusätzlich mit der Schriftform des § 550 BGB verfolgten Zwecke, die Beweisbarkeit langfristiger Abreden sicherzustellen und die Vertragsparteien vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen zu warnen (vgl. BGHZ 176, 301 = NJW 2008, 2178 m.w.N. [= GuT 2008, 284] - Tz. 17), werden durch die bloße Einhaltung der äußeren Form gewahrt.

28 Kommt der Vertrag trotz verspäteter Annahme mit dem schriftlich niedergelegten Inhalt konkludent zustande, ist die Beweisfunktion erfüllt. Dann sind die Vertragsbedingungen in der von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde verkörpert und können durch sie in ausreichender Weise bewiesen werden.

29 Der Warnfunktion ist dadurch Genüge getan, dass beide Parteien die Vertragsurkunde unterzeichnet haben. Insbesondere bedarf der Anbietende, der den Vertrag trotz verspäteter Annahme durchführen will, nicht einer nochmaligen Warnung durch die gesetzliche Schriftform. Auch wenn der Vertrag erst längere Zeit nach Erstellung der Mietvertragsurkunde zustande kommt, wird die Warnfunktion erfüllt. Denn die Schriftform des Vertrages ist nur gewahrt, wenn die Parteien den Mietvertrag mit dem in der Urkunde niedergelegten Inhalt abgeschlossen haben. Dazu bedarf es stets der Äußerung eines entsprechenden Willens der Parteien.

30 (3) Schließlich spricht auch die in § 550 BGB bei Nichteinhaltung der Schriftform angeordnete Rechtsfolge dafür, die Einhaltung der Schriftform nicht davon abhängig zu machen, dass der Vertrag durch die schriftlichen Erklärungen wirksam geworden ist. Denn der Mietvertrag wird auch ohne Einhaltung der Schriftform wirksam. Ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis hat nach § 550 BGB nur zur Folge, dass der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Demgegenüber sind nach der allgemeinen Regel des § 125 BGB Rechtsgeschäfte, die der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangeln, nichtig. Bei diesen Rechtsgeschäften ist die Einhaltung der Schriftform somit Voraussetzung für deren Wirksamkeit. Diese unterschiedlichen Rechtsfolgen bei fehlender Schriftform rechtfertigen die unterschiedlichen Anforderungen an der Einhaltung der Schriftform.

31 Der Senat hat bereits in seiner Entscheidung vom 14. Juli 2004 (BGHZ 160, 97, 104 [= WuM 2004, 534 = GuT 2004,

185 KL]) darauf hingewiesen, dass im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen im Rahmen des § 550 BGB geringere Anforderungen an die Schriftform zu stellen sind, als dies der Fall ist, wenn das Gesetz die schriftliche Form als Wirksamkeitsvoraussetzung vorschreibt.

32 c) Danach liegen hier auch bei konkludentem Abschluss des Mietvertrages die Voraussetzungen für die Schriftform des § 550 BGB vor.

33 Die Klägerin und die Beklagte haben ausweislich des Abnahmeprotokolls durch ausdrückliche Bezugnahme auf den „Mietvertrag vom 16. 03. 92“ den Mietvertrag zu den dort niedergelegten Bedingungen konkludent abgeschlossen. Dabei ist es unschädlich, dass sie zur Kennzeichnung des Mietvertrages nur das Datum des Angebots der Beklagten genannt haben. Denn es ist nicht ersichtlich, dass es sich um einen anderen Mietvertrag gehandelt haben könnte.

34 Die Mietvertragsurkunde erfüllt auch die Voraussetzungen der äußeren Form des § 126 Abs. 2 BGB. Sie enthält die von beiden Parteien unterzeichneten Vertragsbedingungen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### Anmerkung:

Eine „Schriftformfalle“<sup>1</sup> weniger! Das Urteil beschränkt das Schriftformerfordernis für einen langfristigen Mietvertrag auf den Vertragsinhalt.

Langfristige Mietverträge über Gewerberäume oder spätere Nachtragsvereinbarungen werden in der Praxis häufig nach mündlicher Vorbesprechung und schriftlicher Vorbereitung in der abgesprochenen Fassung vom Vermieter unterschrieben an den Mieter mit der Bitte um Gegenzeichnung und Rückgabe übersandt. Die vom Mieter gegengezeichnete Vertragsurkunde muss dem Vermieter nach §§ 148, 147 Abs. 2 BGB bis zu dem im Angebot bestimmten Zeitpunkt zugehen oder bei fehlender Bestimmung einer Annahmefrist in dem Zeitpunkt, wann er den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Eine verspätete Annahme des Antrags gilt nach § 150 Abs. 1 BGB als neuer Antrag, der unter Abwesenden nur in der Frist des § 147 Abs. 2 BGB angenommen werden kann. Wenn der Mieter den Vertrag erst nach Ablauf der Annahmefrist mit seiner Unterschrift zurückschickt, ist der Vertrag damit noch nicht zustande gekommen. Wird der Mietvertrag oder eine spätere Vertragsänderung nach verspäteter Annahme und ohne erneute schriftliche Vertragserklärung des Vermieters aber tatsächlich durchgeführt, so kommt der Mietvertrag mit den schriftlich niedergelegten Bedingungen durch stillschweigende Annahme des neuen Antrags des Mieters zustande<sup>2</sup>. Da die konkludente Annahmeerklärung des Vermieters aber nicht beurkundet ist, wird nach der bisherigen h.M.<sup>3</sup> die Schriftform des Vertrages verfehlt mit der für den Kündigungsgegner fatalen Folge, dass der langfristige Mietvertrag nach §§ 550, 580 a BGB vorzeitig kündbar ist<sup>4</sup>.

Tatsächlich wahrt dieser Vertragsschluss nicht die strenge Form des § 126 BGB<sup>5</sup>. Aus der Verweisung in § 550 BGB auf § 126 BGB folgt jedoch nicht, dass die Schriftform für langfristige Mietverträge in allem den Anforderungen des § 126 BGB genügen muss<sup>6</sup>. Die Anwendung der Vorschrift (§ 126 BGB), auf die in der Verweisungsnorm (§ 550 BGB) verwiesen wird, kann immer nur eine „entsprechende“ sein<sup>7</sup>. Der BGH hat in

1) Leo, MietRB 2003, 15.

2) BGH LM § 150 BGB Nr. 1.

3) Vgl. die Nachweise in BGH GuT 2010, 93 Rz. 20.

4) Zur Gegenansicht vgl. außer den Nachweisen in BGH (o. Fußn. 3), Rz. 21, noch Schultz, Gewerberaummieter, 3. Aufl., S. 23 f. und Festschr. Bub (PiG 80), 2007, S. 384 ff.; Hannemann, in: Hannemann/Wiegner, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 3. Aufl., § 47 Rdn. 22; Wiek, in: Hannemann/Wiek/Emmert, Handbuch des Mietrechts, 4. Aufl., § 35 Rdn. 40.

5) Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rdn. I 109a.

6) Vgl. BGHZ 160, 97, 103 = WuM 2004, 534, 536 = GuT 2004, 184 KL: „zumindest im Rahmen der durch § 566 Satz BGB a.F. vorgeschriebenen Schriftform“; a.A. KG GuT 2007, 87.

7) Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft <Studienausgabe>, 3. Aufl., S. 82.

seinem neuen Urteil bei der Auslegung des § 550 BGB die zutreffende Einschränkung gemacht, dass nach Rechtsfolge und Zweck des § 550 BGB das Schriftformerfordernis nur die wesentlichen Vertragsbedingungen, nicht aber auch das Zustandekommen des Vertrages umfasst<sup>8</sup>. Die Wahrung der „äußeren Form“ (Urkundeneinheit und eigenhändige Unterschrift) genügt<sup>9</sup>.

Die besonderen Anforderungen des § 126 BGB sind im Regelfall vor allem deshalb strikt zu beachten, weil ein Mangel der Form nach § 125 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit des Vertrages führt<sup>10</sup>. Für einen langfristigen Mietvertrag ist die Beachtung der Form aber nicht Wirksamkeitsvoraussetzung. Der Mietvertrag ist auch formlos gültig. Lediglich die Abrede der Zeitdauer für längere Zeit als ein Jahr ist nach § 550 BGB unwirksam<sup>11</sup>. Mieter und Vermieter können den formmangelhaften Vertrag nach Ablauf eines Jahres vorzeitig, d.h. wie einen auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrag kündigen. Da ein langfristiger Mietvertrag, der nicht in der Form des § 126 Abs. 2 BGB geschlossen wird, nach § 550 BGB im Gegensatz zu der in § 125 Abs. 1 BGB angeordneten Rechtsfolge nicht nichtig ist, ist es im Rahmen des § 550 BGB gerechtfertigt, die Einhaltung der Schriftform nicht auf den Abschluss des Vertrages zu erstrecken<sup>12</sup>.

Das folgt insbesondere auch aus dem Schutzzweck des § 550 BGB. Die Vorschrift bezweckt vor allem den Schutz des Informationsinteresses eines potenziellen Grundstückserwerbers, der nach § 566 BGB in den Mietvertrag eintritt<sup>13</sup>. Ein Erwerber soll nicht an langfristige, ihn belastende Vereinbarungen gebunden sein, die er aus der Mietvertragsurkunde nicht ersehen konnte<sup>14</sup>. Das RG hat den Schutzzweck der Schriftform dahin beschrieben, dass der Erwerber in die Lage versetzt werden soll, „die Mietbelastungen an der Hand der vorhandenen Urkunden zu prüfen und sich so vor nachträglicher Überraschung durch ihm nicht bekannt gegebene langfristige Mietverträge zu schützen“<sup>15</sup>. Die üblicherweise daneben noch genannte Warn- und Beweisfunktion<sup>16</sup> hat nur nachrangige Bedeutung<sup>17</sup>. Hingegen bezweckt die Schriftform nach §§ 550, 126 BGB nicht, dem Erwerber Gewissheit über das Zustandekommen des langfristigen Mietvertrages oder dessen Fortbestand zu verschaffen<sup>18</sup>.

Auch bei verspäteter schriftlicher Annahme und nachfolgendem konkludenten Vertragsschluss liegt eine von beiden Mietvertragsparteien eigenhändig unterzeichnete Urkunde vor, aus der ein potenzieller Erwerber die Vereinbarungen ersehen kann. Eine nochmalige Unterzeichnung durch den Vermieter ist für das Informationsinteresse eines künftigen Erwerbers an dem Vertragsinhalt belanglos.

Für die Einhaltung der Schriftform eines langfristigen Mietvertrages kommt es nach alledem nicht auf die Datumsangaben bei den Unterschriftenzeilen an, ob diese einen erheblichen zeitlichen Abstand haben oder wann die Unterschriften tatsächlich geleistet wurden<sup>19</sup> und wann die Annahmeerklärung dem Vertragspartner zugegangen ist.

Rechtsanwalt Karl Friedrich Wiek, Köln

8) BGH (o. Fußn. 3), Rz. 13 ff., 23 ff.

9) Anders wohl noch BGH GuT 2009, 173 Rz. 24.

10) BGHZ 160, 97, 104 = WuM 2004, 534, 536.

11) Vgl. Niendorff, Miethrecht, 5. Aufl. 1900, S. 51 f.

12) BGH (o. Fußn. 3), Rz. 30.

13) BGH (o. Fußn. 3), Rz. 14 und GuT 2008, 284 Rz. 13 sowie WuM 2007, 272, 273 Rz. 17.

14) BGHZ 154, 171, 180 = GuT 2003, 132, 135.

15) RGZ 103, 381, 384.

16) BGH (o. Fußn. 3), Rz. 27 ff. und GuT 2008, 482, 483 Rz. 17.

17) Vgl. BGHZ 136, 357, 370 = WuM 1997, 667, 670 unter II 7.

18) BGH (o. Fußn. 3), Rz. 26, 14 und GuT 2008, 284, 285 Rz. 14.

19) Nach der überholten Ansicht des OLG Rostock OLGR 2005, 697, sollte nur eine falsche Datumsangabe nach den Grundsätzen der falsa demonstratio unschädlich sein; unklar OLG Hamm ZMR 2006, 205, 207, wonach für die Schriftform eine im Mietvertrag dokumentierte rechtzeitige Unterschrift ausreicht und ein verspäteter Zugang der Annahme unschädlich ist.

## § 307 BGB

**Geschäftsraummiete; Gewerbeflächen;  
Getränkeshop im SB-Markt; AGB; Transparenzgebot;  
Umlage der Verwaltungskosten als Nebenkosten;  
Verwaltungskosten als Kosten des Betriebs**

**Die in einer Formulklausel festgelegte allgemeine Umlage von Verwaltungskosten auf den Mieter verstößt bei der Gewerbemiete nicht gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (im Anschluss an Senatsurteil vom 9. Dezember 2009 – XII ZR 109/08 [= GuT 2010, 23] – zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).**

(BGH, Urteil vom 24. 2. 2010 – XII ZR 69/08)

– Berufungsgericht OLG Rostock in GuT 2008, 200 –

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind Vertragspartner eines gewerblichen Mietverhältnisses und streiten über die Erstattung von Verwaltungskosten.

2 Die Klägerin ist Vermieterin von Gewerbeflächen in einem SB-Markt. Die Beklagte mietete noch vom Rechtsvorgänger der Klägerin im Jahr 1997 Flächen zum Betrieb eines Getränkeshops. Mit der Klage verlangt die Klägerin aufgrund von Abrechnungen für die Jahre 2002 bis 2004 Nachzahlungen auf die Nebenkosten, von denen in der Revision noch die Verwaltungskosten von jährlich (brutto) 1299,54 € im Streit stehen. Der Mietvertrag enthält insoweit die formularmäßig vereinbarte Verpflichtung des Mieters zur Übernahme von Nebenkosten, bei denen unter den „Kosten des Betriebes“ u. a. „Verwaltungskosten“ aufgeführt sind.

3 Landgericht Neubrandenburg und Berufungsgericht [OLG Rostock] haben die Klage hinsichtlich der Verwaltungskosten abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin insoweit ihren Zahlungsantrag weiter.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision führt im Umfang der Aufhebung zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

5 I. Das Berufungsgericht hat in seinem Urteil, das u. a. in GuT 2008, 200 veröffentlicht ist, die Auffassung vertreten, dass die Klausel zur Umlage der Verwaltungskosten nicht transparent und daher nach § 9 AGBG (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) unwirksam sei. Eine nähere Beschreibung des Begriffs der Verwaltungskosten fehle ebenso wie eine Begrenzung der Höhe der Belastung des Mieters. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch könne dem Begriff auch durch Auslegung kein hinreichend bestimmter Inhalt beigemessen werden. Der Umfang der Verwaltungstätigkeit richte sich nach den Besonderheiten des Objektes und könne vom Mieter nicht beurteilt werden. Neben der kaufmännischen Verwaltung könnten auch Aufgaben der technischen Verwaltung umfasst sein. Letztlich sei ein Verständnis nicht auszuschließen, dass der Begriff „Verwaltungskosten“ als eine Art Auffangregelung für alle Kosten verstanden „und missverstanden“ werde, die mit der Objektbewirtschaftung zusammenhängen und nicht speziell aufgelistet seien. Damit werde dem Mieter ein nicht einschätzbares Risiko aufgebürdet. Eine Konkretisierung könne auch nicht unter Heranziehung von § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV erreicht werden, weil die Vorschrift keine Anwendung auf Gewerberaummietverhältnisse finde. Wegen ihrer vom Gewerberaummietrecht verschiedenen Zweckrichtung könne die Vorschrift auch nicht als Auslegungshilfe herangezogen werden. Auch ein Rückgriff auf § 27 WEG verbiete sich wegen der gänzlich anderen Struktur der Verwaltung nach dem WEG.

6 II. Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

7 Im vorliegenden Fall ist nach Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB anstelle des § 9 AGBG § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB anwendbar. Der Senat hat nach Erlass des angefochtenen Urteils entschieden, dass eine in einem gewerblichen Mietverhältnis vereinbarte Formulklausel zur Umlage der „Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung“ nicht gegen das Transparenzge-

bot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt (Senatsurteil vom 9. Dezember 2009 – XII ZR 109/08 [= GuT 2010, 23] – zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Das gilt für die vorliegend vereinbarte Umlage der „Verwaltungskosten“ in gleicher Weise.

8 Die Formulklausel ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hinreichend transparent. Nach dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sind Verwender allgemeiner Geschäftsbedingungen nach Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten der Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dazu gehört auch, dass allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Abzustellen ist auf die Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners (Senatsurteil vom 16. Mai 2007 – XII ZR 13/05 – NZM 2007, 516 [= GuT 2007, 205] m.w.N.). Dem genügt die vorliegende Klausel.

9 Der in § 5 des Mietvertrages verwendete Begriff der „Verwaltungskosten“ ist hinreichend bestimmt im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (Senatsurteil vom 9. Dezember 2009 – XII ZR 109/08 [= GuT 2010, 23] – zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt m.w.N.). Entgegen dem Berufungsgericht kann zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten auf die im Wesentlichen übereinstimmenden Definitionen in § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV und § 26 Abs. 1 II. Berechnungsverordnung zurückgegriffen werden. Dass diese Regelungen für die Geschäftsraummiete nicht einschlägig sind, steht ihrer Heranziehung als Hilfsmittel zur näheren Bestimmung der umlegbaren Kosten nicht im Wege. Auch die Herausnahme der Verwaltungskosten aus den umlegbaren Kosten nach der BetrKV hindert nicht daran, im Bereich der Geschäftsraummiete zur Ausfüllung des Begriffs der Verwaltungskosten auf die vorhandene gesetzliche Definition zurückzugreifen (Senatsurteil vom 9. Dezember 2009 – XII ZR 109/08 [= GuT aaO] – zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt m.w.N.). Es trifft zwar zu, dass bei gewerblichen Mietobjekten andere Verwaltungskosten anfallen als bei der Wohnungsmiete. Daraus folgt aber nicht, dass die gesetzliche Definition bei der Gewerbemiete nicht sinnvoll anzuwenden wäre. Wenn die im Einzelfall anfallenden Verwaltungskosten auch weitere als die gesetzlich definierten Positionen erfassen, so folgt daraus allein, dass die Kosten insoweit bei Heranziehung der gesetzlichen Definition nicht umlegbar sind. Die Transparenz des Begriffs der Verwaltungskosten wird dadurch aber nicht ausgeschlossen. Verbleibende Unklarheiten gehen überdies nach § 305 c Abs. 2 BGB zu Lasten des Klauselverwenders (Senatsurteil vom 9. Dezember 2009 – XII ZR 109/08 [= GuT aaO] – zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

10 Schließlich werden durch die technische Hausverwaltung auch nicht teilweise Kosten erfasst, die der Instandhaltung und Instandsetzung nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV zuzuordnen wären. Vielmehr sind die Verwaltungskosten als Gemeinkosten von den Kosten von Dienst- oder Werkleistungen im Rahmen einer konkreten Instandhaltungsmaßnahme zu trennen (Senatsurteil vom 9. Dezember 2009 – XII ZR 109/08 [= GuT aaO] – zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

11 Auch im Hinblick auf die Höhe der entstehenden Kosten bedurfte es keiner näheren Konkretisierung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen und auch nicht der Festlegung einer Höchstgrenze. Vielmehr hatte die Klägerin, etwa wegen eines möglichen Verwalterwechsels, ein legitimes Interesse an der variablen Ausgestaltung der Kostenregelung und war die Beklagte als Geschäftsraummietlerin in der Lage, die entstehenden Kosten wenigstens im Groben abzuschätzen (vgl. Senatsurteil vom 9. Dezember 2009 – XII ZR 109/08 [= GuT aaO] – zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt m.w.N. auch zur Abgrenzung von der bisherigen Senatsrechtsprechung). Gegen die Umlage überhöhter oder nicht erforderlicher Kosten ist der Mieter schließlich durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot hinreichend geschützt (vgl. Schmid Handbuch der Mietnebenkosten 11. Aufl. Rdn. 1053 ff., 1077 m.w.N.).

12 III. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden. Denn das Berufungsgericht hat zum Anfall und zur Angemessenheit der Kosten, die von der Beklagten bestritten worden sind, aus seiner Sicht folgerichtig noch keine Feststellungen getroffen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 307 BGB**  
**Gewerberaummiete;**  
**Ladenlokal im Einkaufszentrum EKZ;**  
**Lebensmitteldiscounter;**  
**Betriebspflicht; Offenhaltungspflicht;**  
**Sortimentsbindung; Sortiments- und Konkurrenzschutz;**  
**Leerstände; Wegfall der Geschäftsgrundlage;**  
**Verwendungsrisiko des Mieters**

**Zur Wirksamkeit einer formularmäßig vereinbarten Betriebs- und Offenhaltungspflicht des Mieters eines Ladengeschäfts in einem Einkaufszentrum, wenn dem Mieter zugleich eine Sortimentsbindung auferlegt, ihm aber kein Sortiments- und Konkurrenzschutz gewährt wird.**

(BGH, Urteil vom 3. 3. 2010 – XII ZR 131/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer Vereinbarung, nach der sich die Klägerin zum Betrieb eines von der Beklagten gemieteten Ladenlokals sowie zu dessen Offenhaltung nach Maßgabe der von dieser bestimmten Öffnungszeiten verpflichtet.

2 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin mietete 1995 von der Rechtsvorgängerin der Beklagten in deren - damals baubehördlich genehmigten, aber noch nicht errichteten - Einkaufszentrum N. in H. eine Ladenfläche von über 720 qm für die Dauer von 15 Jahren ab Übergabe (September 1996). In § 1/I Nr. 2 des von der Vermieterin verwandten Formular-Mietvertrags heißt es:

„Die Vermietung erfolgt zur ausschließlichen Nutzung als:  
T-Discount

einschließlich der dazugehörigen Rand- und Nebensortimente. Der Mieter verpflichtet sich, das Sortiment entsprechend der oben angeführten Beschränkung einzuhalten. Eine Änderung der genannten Nutzung oder des Sortiments ist dem Mieter ohne vorherige Zustimmung des Vermieters nicht gestattet. Dem Mieter wird keine Sortimentsausschließlichkeit zugesichert. Konkurrenzschutz ist ausgeschlossen.“

3 In § 11/II des Formular-Mietvertrags wird eine „Betriebs-/ Offenhaltungspflicht“ des Mieters wie folgt geregelt:

„1. Der Mieter ist verpflichtet, den Mietgegenstand während der gesamten Mietzeit seiner Zweckbestimmung entsprechend ununterbrochen zu nutzen. Er wird die Mieträume weder ganz noch teilweise unbenutzt oder leerstehen lassen.

...

3. Das Geschäftslokal ist im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen zu den vom Vermieter festgelegten Öffnungszeiten offenzuhalten. Aus der bloßen Duldung abweichender Öffnungszeiten durch den Vermieter kann der Mieter keine Rechte herleiten. Zeitweise Schließungen (wie Mittagspause, Ruhetage, Betriebsferien) sind nicht zulässig, ausgenommen sind Inventuren oder Betriebsversammlungen.“

4 Die Geschäftsräume waren zunächst an die T-Discount Handels GmbH, später an die N. Lebensmittelhandels GmbH untervermietet, die dort einen Lebensmitteldiscountmarkt betrieb und als größtes Ladengeschäft des Einkaufszentrums dessen „Publikumsmagnet“ bildeten. Der Leerstand in dem Einkaufszentrum ist im Laufe des Mietverhältnisses von anfänglich 20% auf inzwischen 40% gestiegen. Die N. Lebensmittelhandels GmbH hat das Ladenlokal 2007 geräumt.

5 Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass die in § 11/II Nr. 1 und Nr. 3 des Mietvertrags bestimmte Betriebspflicht ungültig sei und sie berechtigt sei, ihr Ladengeschäft nach eigenem Belieben zu öffnen oder zu schließen.

6 Das Landgericht Halle/Saale hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht Naumburg hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die - zugelassene - Revision, mit der die Klägerin ihr erstinstanzliches Klageziel weiterverfolgt.

7 **Aus den Gründen:** Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg. Die Klage ist insgesamt nicht begründet.

8 I. Unbegründet ist bereits das Begehren der Klägerin festzustellen, die in § 11/II Nr. 1 und Nr. 3 des Mietvertrags getroffene Regelung über die Betriebspflicht sei ungültig. Denn die der Klägerin in den genannten Vertragsbestimmungen auferlegte Betriebs- und Offenhaltungspflicht ist wirksam vereinbart.

9 1. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts halten die in § 11/II Nr. 1 und Nr. 3 des Mietvertrags getroffenen Vereinbarungen einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stand.

10 Soweit § 11/II Nr. 3 des Mietvertrags zeitweilige Schließungen „wie Mittagspause, Ruhetage, Betriebsferien“ untersagt, benachteilige dies die Klägerin nicht unangemessen. Mittagspausen, Ruhetage und Betriebsferien seien im Wesentlichen auf die Interessenlage der Betreiber von kleinen, insbesondere inhabergeführten Geschäften mit keinem weiteren oder nur geringem Personalbestand zugeschnitten, für Lebensmitteldiscounter in einem Einkaufszentrum aber ebenso untypisch wie unüblich; zudem seien sie mit dem überwiegenden Interesse des Vermieters sowie mit dem Gesamtinteresse der Mieter an der vollen Funktionsfähigkeit eines Einkaufszentrums nicht vereinbar.

11 Die in § 11/II Nr. 1 und Nr. 3 Satz 1 des Mietvertrags festgelegte Betriebspflicht sei für sich genommen nicht zu beanstanden. Sie sei auch nicht deshalb unwirksam, weil § 1/I Nr. 2 Satz 2 des Mietvertrags der Klägerin zusätzlich eine Sortimentsbindung auferlege, Satz 4 dieser Regelung ihr aber „keine Sortimentsausschließlichkeit“ zusichere und Satz 5 ihr zudem ausdrücklich keinen Konkurrenzschutz gewähre. Die Sortimentsbindung diene - im Interesse aller Mieter - dem Erhalt eines für die Attraktivität eines Einkaufszentrums wichtigen „Branchenmix“. Bei dem Ausschluss des Konkurrenzschutzes gehe es dem Vermieter regelmäßig darum, sich gegen den häufigen Einwand von Mietern abzusichern, ihr Geschäft leide in Teilbereichen ihres Sortiments unter vertragswidrigem Wettbewerb. Durch das Zusammentreffen mit diesen Klauseln werde die Betriebspflicht nicht übermäßig verstärkt. Dies gelte jedenfalls in dem für die Unangemessenheitsprüfung nach § 307 BGB allein maßgebenden Regelfall. Soweit - wie in der Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig (NZM 2000, 1008 und juris Tz. 4) - hypothetisch unterstellt werde, dass ein Vermieter von Gewerbeflächen in einem Einkaufszentrum eine unmittlere Konkurrenz zu dem Gewerbebetrieb eines Mieters aktiv fördere, zugleich aber auf der Einhaltung der Betriebspflicht und der Sortimentsbindung dieses Mieters bestehe, handle es sich um eine Ausnahmesituation, der mit § 242 BGB begegnet werden könne. Der Unangemessenheitsprüfung nach § 307 BGB dürfe eine solche nur theoretische Möglichkeit aber nicht zugrunde gelegt werden.

12 2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

13 a) Die formularmäßige Vereinbarung einer Betriebs- und Offenhaltungspflicht ist im Regelfall nicht als eine im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unangemessene Benachteiligung des Mieters zu werten (so für die Offenhaltungspflicht Senatsurteil vom 29. April 1992 - XII ZR 221/90 - NJW-RR 1992, 1032 und juris Tz. 30; vgl. im Übrigen statt aller Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl.

Rdn. 695 m.w.N.). Umstände, die im vorliegenden Fall eine genteilige Beurteilung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

14 Nicht unangemessen ist - jedenfalls für sich genommen - nach wohl allgemeiner Auffassung auch eine formularmäßige Abrede, die den Mieter von Gewerberäumen an ein bestimmtes Sortiment bindet (vgl. etwa Senatsbeschluss vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714 [= WuM 2000, 593] und juris Tz. 47) oder den Vermieter von einer Verpflichtung zum Konkurrenzschutz freistellt (vgl. etwa OLG Hamburg NJW-RR 1987, 403; Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rdn. 709 m.w.N.).

15 Zweifelhaft ist die Angemessenheit der genannten Abreden in Formularverträgen dort, wo sie kumulativ vereinbart werden. So wird es in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zwar für nicht unangemessen angesehen, wenn dem Mieter von Verkaufsräumen in einem Einkaufszentrum eine Betriebspflicht auferlegt, zugleich aber die Gewährung von Konkurrenz- und Sortimentsschutz durch den Vermieter ausgeschlossen wird (OLG Rostock NZM 2004, 460, 461 und juris Tz. 65; OLG Hamburg ZMR 2003, 254 [= GuT 2003, 57] und juris Tz. 15). Unterschiedlich beantwortet wird hingegen die Frage, ob in einem Formularvertrag die Vereinbarung einer Betriebspflicht des Mieters - wie nach Auffassung der Revision auch im vorliegenden Fall geschehen - mit einer Sortimentsbindung kombiniert und zusätzlich mit einem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz wirksam verbunden werden kann (gegen eine Kumulierungsmöglichkeit OLG Schleswig NZM 2000, 1008 und juris Tz. 3 im Anschluss an Stempel Mietrecht 3. Aufl. 1988 II Rdn. 273 f. A.A. etwa Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rdn. 695, Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. II Rdn. 511; Neuhaus Handbuch der Geschäftsraummiete 3. Aufl. Rdn. 426; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete 2. Aufl. Rdn. 168; jeweils m.w.N.).

16 Diese vom Oberlandesgericht bejahte Frage kann hier indes dahinstehen. Denn der Klägerin ist in § 1/I Nr. 2 des Mietvertrags keine hinreichend konkretisierbare Sortimentsbindung auferlegt worden; jedenfalls aber ist es der Beklagten nicht zumutbar, der Klägerin im Umfang einer dort - wenn überhaupt - nur äußerst vage getroffenen Zweck- und Sortimentsbestimmung Sortiments- und Konkurrenzschutz zu gewähren: Nach § 1/I Nr. 2 des Mietvertrags erfolgt die Vermietung „zur ausschließlichen Nutzung als: T-Discount einschließlich der dazugehörigen Rand- und Nebensortimente“. „T-Discount“ ist aber keine Sortimentsbezeichnung, sondern ein Teil des Firmennamens der ersten Untermieterin. Denkbar wäre zwar, in dieser Regelung eine Beschränkung auf eine Angebotspalette zu sehen, die dem bei anderen T-Discount Filialen üblichen Sortiment entspräche. Dies setzt allerdings voraus, dass sich - trotz der für Discount-Ketten typischen Einbeziehung auch branchenfremder, aber gerade besonders preisgünstiger Angebote in das jeweils aktuelle Sortiment - eine solche Begrenzung überhaupt bestimmen ließe; ferner, dass die Klägerin bei der Abrede den Willen gehabt hätte, auch bei einer Untervermietung an künftige andere Untermieter eine solche Beschränkung des Sortiments auf eine (etwaige und) gerade für die T-Discount Filialen typische Angebotspalette hinzunehmen. Beides kann hier jedoch letztlich offen bleiben. Auch wenn sich aus der Bezugnahme auf den „T-Discount“ auf eine vage abgrenzbare Sortimentsbeschränkung schließen ließe, so hätte diese Beschränkung eine diffuse und - nicht zuletzt durch die ausdrückliche Einbeziehung von „Rand- und Nebensortimenten“ - auch umfangreich kaum begrenzbar Reichweite, die eine Sortimentsbindung jeglicher praktischen Bedeutung entzöge. Ein - als Kehrseite der Sortimentsbindung vereinbarter - Sortiments- und Konkurrenzschutz würde folglich für die Beklagte ein Risiko bergen, das die Vermietbarkeit der übrigen Ladengeschäfte im Einkaufszentrum nachhaltig beeinträchtigen und die Beklagte ihrerseits unangemessen belasten würde (vgl. dazu auch Lind-

ner-Figura/ Opreé/Stellmann Geschäftsraummieta 2. Aufl. Rdn. 168). Im Ergebnis ist deshalb - jedenfalls im vorliegenden Fall - die Kombination der Betriebspflicht mit einer etwa vereinbarten Sortimentsbindung und dem Ausschluss jedes Sortiments- und Konkurrenzschutzes unter dem Aspekt des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zu beanstanden.

17 b) An dieser Beurteilung ändert auch die in § 1/II Nr. 3 Satz 1 und 3 des Mietvertrags vereinbarte Verpflichtung der Klägerin zur Offenhaltung ihres Geschäfts nichts. Die Offenhaltungspflicht benachteiligt die Klägerin aus den bereits vom Oberlandesgericht aufgeführten Gründen nicht unangemessen. Für die Inhaltskontrolle von Formularverträgen, die - wie hier - gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, sind die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche nach § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB angemessen zu berücksichtigen. Es entspricht verbreiteter Übung und den Erwartungen des Publikums, dass ein Discount-Markt mit der größten Ladenfläche in einem Einkaufszentrum während der Öffnungszeiten des Zentrums durchgehend - also ohne Mittagspausen, Ruhetage oder Betriebsferien - offengehalten wird. Der Umstand, dass in § 1/II Nr. 3 des Mietvertrags - jedenfalls ausdrücklich - (nur) Schließungen wegen „Inventuren oder Betriebsversammlungen“ von dieser generellen Offenhaltungspflicht ausgenommen werden, begründet keine Unwirksamkeit der mietvertraglichen Regelung. Ebenso wie „Mittagspause, Ruhetage und Betriebsferien“ nur als Beispiele für eine - vom Mieter gewillkürte, aber objektiv nicht unerlässliche und deshalb - unzulässige Geschäfts-schließung genannt werden, sind umgekehrt „Inventur und Betriebsversammlungen“ ersichtlich nur beispielhaft für eine - nach dem Betriebsablauf notwendige und deshalb - zulässige Ausnahme von der Offenhaltungspflicht erwähnt. Andere - notwendige - Schließungen, wie sie etwa durch die von der Revision angeführten, dem Mieter obliegenden Schönheitsreparaturen oder Instandhaltungsmaßnahmen erforderlich werden könnten, werden durch diese Beispiele nicht ausgeschlossen. Das ergibt sich bereits aus der Auslegung des Vertrags, der dem Mieter, wenn er ihm Reparatur- oder Instandhaltungsmaßnahmen auferlegt, die Möglichkeit zu deren Durchführung nicht unnötig verstellen darf; es folgt im Übrigen auch aus § 275 Abs. 1 BGB.

18 II. Die Klage ist auch insoweit unbegründet, als die Klägerin die Feststellung begehrt, sie sei berechtigt, ihr von der Beklagten gemietetes Ladengeschäft nach eigenem Belieben zu öffnen und zu schließen.

19 1. Die Klägerin kann dieses Begehren nicht auf die Unwirksamkeit der ihr in § 11/II Nr. 1 und Nr. 3 des Mietvertrags auferlegten Betriebs- und Offenhaltungspflicht stützen. Denn diese Verpflichtung der Klägerin ist, wie dargelegt, wirksam vereinbart.

20 2. Auch kann sich die Klägerin für ihr Klagebegehren nicht auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen.

21 a) Nach Auffassung des Oberlandesgerichts trägt bei der Vermietung von Gewerberäumen - im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter - grundsätzlich der Mieter das Risiko einer wirtschaftlich gewinnbringenden Verwendung der gewerblich genutzten Mietsache. Diese Risikoverteilung ändere sich nicht dadurch, dass das vermietete Geschäft in einem Einkaufszentrum liege und nicht nur der Mieter, sondern auch der Vermieter von einem wirtschaftlichen Erfolg des Gesamtprojekts ausgegangen sei. Für die Annahme einer vertraglichen Vereinbarung, nach der ausnahmsweise der Vermieter anstelle des Mieters das Verwendungs- und Gewinnerzielungsrisiko für ein vermietetes Ladengeschäft tragen sollte, bedürfe es konkreter Anhaltspunkte, die hier jedoch fehlten. Die im Mietvertrag geregelten Rechte und Pflichten des Mieters zur Nutzung von Werbeflächen an den Fassaden oder zur Anbringung von Leuchtreklamen über Schaufenstern und Eingangstür begründeten keine einheitliche Gestaltung der Geschäfte, die auf eine solche Risikoverlagerung schließen lassen könnte. Ebenso ließe sich weder aus der vereinbarten Pflichtmitgliedschaft in einer Werbe-

gemeinschaft noch aus der Verpflichtung des Mieters zur Mitteiligung der von ihm erzielten Umsätze, aus der Zustimmungspflichtigkeit von Ausverkäufen oder aus der Erwähnung eines „Center-Managers“ in der Nebenkostenregelung auf ein Gesamtmanagement mit einheitlicher Vermarktungsstrategie schließen; auch insoweit fehlte es mithin an Anhaltspunkten für eine Vereinbarung, mit der die Beklagte eine umfassende unternehmerische Verantwortung für die Einzelgeschäfte übernommen habe.

22 b) Diese Ausführungen sind frei von Rechtsirrtum.

23 Es erscheint bereits zweifelhaft, ob die Parteien bei Abschluss des Mietvertrags von einem im Wesentlichen konstant bleibenden Einwohnerbestand in H. oder von einer künftigen Vollvermietung des Einkaufszentrums als Geschäftsgrundlage des Mietvertrags oder der darin vereinbarten Betriebs- und Offenhaltungspflicht ausgegangen sind. Denn bereits bei Eröffnung des Einkaufszentrums (1996) standen 20% der Ladenfläche leer. Auch hatte der vom Oberlandesgericht als Ursache für den in der Folgezeit ansteigenden Leerstand festgestellte Bevölkerungsschwund in dem betroffenen Stadtteil von H. bereits 1992 - mithin deutlich vor Abschluss des Mietvertrags (1995) - eingesetzt. Es ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich, dass den Parteien diese Entwicklung, die bis 2005 zu einem Einwohnerschwund von 40% und bis 2007 zu einem Leerstand im Einkaufszentrum von 40% führte, nicht bekannt oder - als Möglichkeit - nicht ersichtlich gewesen sei. Die Frage kann indes dahinstehen. Denn die Beklagte hätte sich, auch wenn die Parteien die Möglichkeit einer solchen Bevölkerungs- und Leerstandsentwicklung bedacht hätten, redlicherweise nicht darauf einlassen müssen, den Fortbestand einer bestimmten Einwohnerzahl oder die Vollvermietung als Bedingung - sei es des Mietvertrags, sei es der Betriebspflicht der Klägerin - mietvertraglich zu fixieren.

24 Wie der Senat wiederholt dargelegt hat, fällt es in den Verantwortungsbereich des Mieters von Gewerberaum, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäfts in der von ihm gewählten Lage abzuschätzen. Das umfasst bei der Anmietung eines Ladenlokals in einem erst noch zu errichtenden Einkaufszentrum neben der Chance, in einem später florierenden Zentrum erhöhte Gewinne zu erzielen, auch das Risiko eines Scheiterns des Gesamtobjekts mit entsprechenden negativen Folgen für das gemietete Einzelgeschäft (Senatsurteile vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714 [= WuM 2000, 593] Tz. 45 ff. und vom 19. Juli 2000 - XII ZR 252/98 - juris Tz. 17 ff.). Es geht nicht an, einen nach der gesetzlichen Lastenverteilung in die Risikosphäre des Mieters von Gewerberäumen fallenden Umstand als gemeinsame Geschäftsgrundlage der Mietvertragsparteien anzusehen und damit das Risiko des Eintritts oder Nichteintritts dieses Umstandes über die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ganz oder teilweise auf den Vermieter zu verlagern.

25 Allerdings können die Parteien des Mietvertrags die gesetzliche Risikoverteilung vertraglich ändern und vereinbaren, dass der Vermieter das Geschäftsrisiko des Mieters - ganz oder zum Teil - übernimmt. Ob das der Fall ist, ist durch Auslegung der getroffenen Vereinbarungen zu ermitteln (Senatsurteile vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714 [= WuM aaO] Tz. 46 und vom 19. Juli 2000 - XII ZR 252/98 - juris Tz. 22 ff.). Das Oberlandesgericht hat dem Inhalt des von den Prozessparteien geschlossenen Mietvertrags mit Recht keine solche von der gesetzlichen Risikoverteilung abweichende Vereinbarung entnommen. Entgegen der Auffassung der Revision lässt sich eine solche Vereinbarung auch nicht in dem Zusammentreffen der mietvertraglichen Regelungen über die Betriebs- und Offenhaltungspflicht sowie über die Sortimentsbindung des Mieters einerseits und dem Fehlen eines Sortiments- und Konkurrenzschutzes durch den Vermieter andererseits (§ 11/II Nr. 1 und Nr. 3 des Mietvertrags i. V. m. § 1/I Nr. 2 des Mietvertrags) erblicken. Schon generell kann aus einer Kumulation von Betriebs- und Offenhaltungspflicht, Sortimentsbindung sowie Abschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz noch nicht oh-

ne weiteres auf einen Willen des Vermieters geschlossen werden, den Mieter von dem Risiko einer wirtschaftlich gewinnbringenden Nutzung des vom Mieter gemieteten Ladengeschäfts zu entlasten. Im vorliegenden Fall erscheint, wie dargelegt, der Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz durch die Beklagte zudem nur als eine wirtschaftlich naheliegende Folge der der Klägerin eingeräumten Nutzung des Ladengeschäfts als „T.-Discount einschließlich der dazugehörigen Rand- und Nebensortimente“. Soweit in dieser Zweckbestimmung überhaupt eine Sortimentsbeschränkung zu finden ist, hätte angesichts deren kaum verlässlich begrenzbarer Reichweite ein damit korrespondierender Konkurrenz- und Sortimentsschutz für die Beklagte schwer kalkulierbare Risiken bei der Vermietung der übrigen Ladengeschäfte mit sich gebracht. Der Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz beugt dem vor; eine Vereinbarung über die Verlagerung des Nutzungs- und Gewinnerzielungsrisikos der Klägerin auf die Beklagte liegt darin nicht.

26 3. Schließlich kann die Klägerin ihr Klagebegehren auch nicht, wie die Revision meint, auf § 242 BGB stützen.

27 a) Nach den Darlegungen des Oberlandesgerichts hat die Beklagte keine vorvertraglichen Pflichtverletzungen - etwa durch fehlerhafte Angaben zur Konzeption des Einkaufszentrums oder zum Mietobjekt - begangen, die es als treuwidrig erscheinen ließen, wenn die Beklagte die Klägerin weiter an der vereinbarten Betriebs- und Offenhaltungspflicht festhielte. Auch seien für § 242 BGB relevante Vertragsverletzungen der Beklagten - etwa Versäumnisse bei der Vermietung der anderen Ladengeschäfte des Einkaufszentrums - nicht substantiiert vorgetragen. Der Leerstand im Einkaufszentrum, der von ursprünglich 20% auf nunmehr 40% angestiegen sei, sage nichts über die Qualität und Quantität der Vermietungsaktivitäten der Beklagten aus. Er sei für Ostdeutschland nicht untypisch und auf einen massiven Bevölkerungsrückgang in dem Stadtteil von H., in dem das Einkaufszentrum belegen sei, zurückzuführen (von 1992 bis 2005 um rund 40%). Ein angeblich nicht ausreichend attraktiver „Branchenmix“ im Einkaufszentrum sei nicht hinreichend substantiiert vorgetragen und falle - ebenso wie die Neu-Eröffnung eines Supermarktes sowie eines weiteren neuen Einkaufszentrums in der Nachbarschaft - in den wirtschaftlichen Risikobereich der Klägerin. Die Klägerin könne sich ihrer Betriebspflicht auch nicht unter Hinweis auf § 242 BGB mit der Behauptung entziehen, bei „sich ständig verstärkender Mieterflucht“ könne sie die Einrichtung des Geschäfts nicht auf dem ihr im Mietvertrag als Minimum vorgeschriebenen mittleren Branchenstandard halten, ohne selbst in erhebliche finanzielle Schwierigkeiten zu geraten. Denn dieser Einwand sei verspätet und im Übrigen auch unsubstantiiert.

28 b) Auch diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

29 Soweit die Revision geltend macht, die Klägerin könne wegen des Leerstandes im Einkaufszentrum das Geschäft nicht mehr rentabel betreiben, kann sie damit nicht durchdringen. Das Oberlandesgericht hat diesen Vortrag mit Recht als verspätet zurückgewiesen. Denn die Klägerin hat in I. Instanz zwar den zunehmenden Leerstand, nicht aber dessen - erstmals in der Berufungsbegründung erwähnte - Auswirkungen auf die Rentabilität des Geschäfts (nach der Berufungsbegründung: auf die wirtschaftliche Möglichkeit, bei der Geschäftseinrichtung einen zumindest mittleren Branchenstandard einzuhalten) angesprochen. Zudem ist dieser Vortrag, wie das Oberlandesgericht zu Recht rügt, hinsichtlich der finanziellen Auswirkungen des Leerstandes auf die Klägerin völlig unsubstantiiert. Schließlich greift der Einwand auch in der Sache nicht durch: Die Unzumutbarkeit, eine geschuldete Leistung zu erbringen, hat - für sich genommen - nur nach Maßgabe des § 275 Abs. 2 BGB befreiende Wirkung. Dies setzt voraus, dass die Erbringung der Leistung - hier der weitere Betrieb des Ladengeschäfts durch die Klägerin - einen Aufwand erfordert, der zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers in einem groben Missverhältnis steht. Dafür ist hier - mangels Spezifizierung der sich für die Klägerin aus dem weiteren Betrieb des Ladengeschäfts ergebenden Kosten, aber auch

mangels jeglicher Darlegung des wirtschaftlichen Interesses der Beklagten am weiteren Betrieb eines Discount-Marktes im Einkaufszentrum - nichts ersichtlich. Im Übrigen könnte sich in der vorliegenden Fallkonstellation eine Unzumutbarkeit für die Klägerin, das Ladengeschäft weiter zu betreiben, allenfalls aus den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder aus einem Verhalten der Beklagten ergeben, das es rechtsmissbräuchlich erscheinen ließe, die Klägerin weiter an ihrer Betriebs- und Offenhaltungspflicht festzuhalten. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt, wie dargelegt, bereits angesichts der gesetzlichen Verteilung des Nutzungs- und Gewinnerzielungsrisikos und in Ermangelung einer abweichenden Vereinbarung nicht in Betracht. Für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten ist, wie das Oberlandesgericht zu Recht anmerkt, substantiiert nichts vorgetragen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 546, 313, 242, 138 BGB**  
**Gewerberaumiete; Café im Wohn- und Geschäftshaus;**  
**Geschäftsgrundlage; vorgesehene Mieterstruktur;**  
**Verwendungsrisiko des Mieters;**  
**Kündigungsvereinbarung bei Zahlungsverzug**

**Zur Anwendbarkeit der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Änderung der vorgesehenen Mieterstruktur.**

(BGH, Urteil vom 17. 3. 2010 – XII ZR 108/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von der Beklagten Räumung und Herausgabe von Gewerbemieträumen.

2 Mit Vertrag vom 20. Februar 2005 vermietete die Klägerin an die Beklagte Räume im Erdgeschoss eines sechsgeschossigen im Bau befindlichen Gebäudes zum Betrieb eines Cafés für zehn Jahre mit einmaliger Verlängerungsoption zu Gunsten der Beklagten. Nachdem sich die von der Klägerin geplante Vermarktung der ersten vier Obergeschosse als Büroraum nicht realisieren ließ, veranlasste sie im Sommer 2005 den Ausbau dieser Geschosse als Wohnraum.

3 Ab September 2006 geriet die Beklagte mit der Zahlung der monatlich in Höhe von 3114,30 € geschuldeten Miete in Rückstand. Sie zahlte im September 2006 nur einen Teilbetrag von 1000 € und in den Monaten Oktober bis November 2006 keine Miete. Am 12. November 2006 schlossen die Parteien unter Hinweis auf die schwierige wirtschaftliche Situation der Beklagten eine Vereinbarung, mit der der Mietzins rückwirkend ab September 2006 für sechs Monate bis zum 28. Februar 2007 um monatlich 1000 € inklusive Mehrwertsteuer reduziert wurde. Weiter stundete die Klägerin den von der Beklagten anerkannten Mietzinsrückstand von 4269,21 € zinslos bis Ende Februar 2007. Bei Verzug der Beklagten mit der reduzierten Miete sollte dieser Rückstand innerhalb von fünf Werktagen zur vollen Zahlung fällig sein. Im Gegenzug ließ sich die Klägerin ein bis zum 28. Februar 2007 bestehendes ordentliches Kündigungsrecht mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten einräumen. Gestützt auf dieses Kündigungsrecht erklärte sie mit Anwaltsschreiben vom 29. Januar 2007 die ordentliche Kündigung des Mietvertrages.

4 Mit Schreiben vom 23. Juli 2007 und vom 15. Februar 2008 kündigte die Klägerin den Mietvertrag fristlos wegen Zahlungsverzugs.

5 Das Landgericht München I hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht München die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

6 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

7 I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe des Mietobjekts.

8 Die ordentliche Kündigung vom 29. Januar 2007 sei unwirksam, weil das am 12. November 2006 vereinbarte ordentliche Kündigungsrecht und dessen Ausübung in hohem Maße treuwidrig (§ 242 BGB), wenn nicht gar sittenwidrig (§ 138 Abs. 1 BGB) seien.

9 Geschäftsgrundlage des Mietvertrages sei die gewerbliche Nutzung der ersten vier Obergeschosse als Büroraum gewesen. Das ergebe sich daraus, dass eine solche Nutzung ursprünglich von der Klägerin geplant und in der Flächenzusammenstellung des Bauwerks, die gemäß § 15 Nr. 2 des Mietvertrages als Anlage 3 dessen wesentlicher Bestandteil geworden sei, auch so ausgewiesen gewesen sei. Für die Klägerin habe sich aus den Umständen des Vertragsschlusses klar ergeben, dass die Beklagte besonderen Wert auf die Lage des Cafés in einem Wohn- und Geschäftshaus gelegt habe. Dieser Umstand bewirke zwar keine Einstandspflicht der Klägerin nach Gewährleistungsrecht gemäß §§ 537 ff. BGB, auch liege kein Fehler der Mietsache vor. Zur Anwendung kämen aber die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB. Zwar trage im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache, zu dem vor allem die Chance gehöre, mit dem Mietobjekt Gewinne zu erzielen. Diese Risikoverteilung gelte auch dann, wenn die Lage des Mietobjekts in einem bestimmten Umfeld maßgeblicher Grund für die übereinstimmende Erwartung des Mieters und des Vermieters gewesen sei, von dem Umfeld werde eine geschäftslebende Wirkung ausgehen. Unter diese Rechtsprechung lasse sich der vorliegende Fall allerdings nicht subsumieren. Hier falle es in den Risikobereich der Klägerin, die geplante Vermarktung der ersten vier Obergeschosse als Gewerbeeinheiten zu realisieren. Dadurch, dass ihr dies nicht gelungen sei, sei eine wesentliche Veränderung der Geschäftsgrundlage eingetreten. Die Beklagte habe deshalb eine Anpassung des Mietvertrages verlangen können. Dies sei der juristisch nicht versierten und anwaltlich nicht vertretenen Beklagten nicht bewusst gewesen, wohl aber der Klägerin, die als eine am Markt langjährig tätige Bauunternehmerin von dem Interessenkonflikt zwischen künftigen Wohnungseigentümern und Gaststättenbetreibern gewusst habe. Deshalb sei davon auszugehen, dass die Klägerin zum Zeitpunkt der Vereinbarung des Sonderkündigungsrechts bereits den Vorsatz gehabt habe, es auszuüben. Dieses Verhalten widerspreche den Grundsätzen von Treu und Glauben, insbesondere der Verpflichtung der Klägerin zu eigener Leistungstreue, weshalb ihr die Berufung auf das eingeräumte ordentliche Kündigungsrecht zu versagen sei.

10 Vor dem Hintergrund der bewussten Ausnutzung der wirtschaftlichen Situation der Beklagten und ihrer juristischen Unkenntnis sei die Einräumung und Ausübung des Kündigungsrechts darüberhinaus sittenwidrig, § 138 Abs. 1 BGB.

11 Auch die außerordentlichen Kündigungen wegen Zahlungsverzuges vom 23. Juli 2007 und vom 15. Februar 2008 seien unwirksam. Die Klägerin habe schon nicht dargetan, für welche Zeiträume die Beklagte Zahlungen in welcher Höhe schulde. Sie könne aber auch deshalb nach Treu und Glauben nicht fristlos kündigen, weil sie sich selbst nicht vertragstreu verhalten habe, indem sie die von ihr geschuldete Mitwirkung an der Vertragsanpassung abgelehnt habe.

12 II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Klägerin hat, wie das Landgericht zu Recht entschieden hat, gemäß § 546 BGB einen Anspruch auf Herausgabe und Räumung des Mietobjekts und Herausgabe der Schlüssel. Denn die Klägerin hat den Mietvertrag wirksam mit Schreiben vom 29. Januar 2007 gestützt auf das im Nachtrag vom 12. November 2006 vereinbarte Sonderkündigungsrecht ordentlich gekündigt.

13 1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts verstoßen die Vereinbarung des Sonderkündigungsrechts und dessen Ausübung weder gegen § 242 BGB noch gegen § 138 Abs. 1 BGB.

14 a) Das Berufungsgericht ist bei der Bewertung des Verhaltens der Klägerin als treu- bzw. sittenwidrig zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Klägerin wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zur Anpassung des Mietvertrages verpflichtet gewesen sei. Eine solche Verpflichtung der Klägerin bestand nicht.

15 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin der Beklagten nicht zugesichert, dass die über den Mieträumen gelegenen vier Stockwerke als Büroraum genutzt werden würden; es handelte sich insoweit lediglich um eine gemeinsame Vorstellung der Parteien im Sinne einer Geschäftsgrundlage. Das Berufungsgericht verkennt nicht, dass für die Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage grundsätzlich kein Raum ist, soweit es um Erwartungen und Umstände geht, die nach den vertraglichen Vereinbarungen in den Risikobereich einer der Parteien fallen.

16 Zu Unrecht meint das Berufungsgericht allerdings, bei der gemeinsamen Vorstellung der Parteien, die vier Stockwerke über den Mieträumen würden als Büroraum genutzt, handele es sich um ein von der Klägerin übernommenes Risiko.

17 Nach ständiger Rechtsprechung des Senats trägt bei der Gewerberaummiete grundsätzlich der Mieter das Verwendungsrisiko bezüglich der Mietsache (Senatsurteile vom 29. September 1999 - XII ZR 313/98 - NZM 2000, 36, 40; vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714, 1716 [= WuM 2000, 593]; vom 19. Juli 2000 - XII ZR 176/98 - NJW-RR 2000, 1535, 1536; vom 26. Mai 2004 - XII ZR 149/02 - NJW-RR 2004, 1236 [= GuT 2004, 164] und vom 21. September 2005 - XII ZR 66/03 - NJW 2006, 899, 901 [= GuT 2006, 19]). Dazu gehört vor allem das Risiko, mit dem Mietobjekt Gewinne erzielen zu können. Erfüllt sich die Gewinnerwartung des Mieters nicht, so verwirklicht sich damit ein typisches Risiko des gewerblichen Mieters. Danach fällt es in den Verantwortungsbereich des Mieters, als Unternehmer die Erfolgsaussichten eines Geschäfts in der gewählten Lage abzuschätzen. Das umfasst auch das Risiko einer Veränderung der Mieterstruktur im Umfeld des Mietobjekts.

18 Unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung muss im vorliegenden Fall die Klägerin lediglich ihr eigenes Risiko für die Vermietbarkeit und beabsichtigte Vermarktung der anderen Mieteinheiten tragen. Nicht aber trägt sie ein eigenes unternehmerisches Risiko für die hierauf gestützte Gewinnerwartung der Beklagten. Zwar können die Parteien die Risikoverteilung vertraglich ändern und vereinbaren, dass der Vermieter das Geschäftsrisiko des Mieters - ganz oder zum Teil - übernimmt. Für eine solche Vereinbarung liegen hier keine Anhaltspunkte vor. Weder aus einer unterstellten Zusage der Klägerin, noch aus der übereinstimmenden Vorstellung der Parteien, dass die über den Mieträumen gelegenen vier Stockwerke als Büroeinheiten genutzt werden, noch aus der Bezeichnung der Einheiten als „Büro“ in der Gesamtflächenzusammenstellung, die dem Mietvertrag als Anlage beigefügt war, lässt sich herleiten, dass die Klägerin ein eigenes unternehmerisches Risiko für die auf die Vermietung der ersten vier Stockwerke als Büroeinheiten gestützte Gewinnerwartung der Beklagten übernehmen wollte.

19 b) Auch die weiteren von dem Berufungsgericht angeführten Umstände vermögen ein treu- oder sittenwidriges Verhalten der Klägerin nicht zu begründen. Weder die besonderen Interessen der Klägerin an einer vorzeitigen Beendigung des befristet abgeschlossenen Mietvertrages noch die angenommene geschäftliche Unerfahrenheit der beklagten GmbH führen dazu, dass die Vereinbarung des Sonderkündigungsrechts und dessen Ausübung treu- oder sittenwidrig sind. Denn die Klägerin war zu diesem Zeitpunkt zur fristlosen Kündigung des Mietvertrages gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 a BGB berechtigt, weil die Beklagte sich mit mehr als zwei Monatsmieten in Verzug befand. Die Beklagte hatte sich bis dahin auch weder auf eine Min-

derung noch auf etwaige Gegenansprüche berufen. Durch die Vereinbarung eines nur ordentlichen Kündigungsrechts mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten war die Beklagte sogar besser gestellt. Schon deshalb kann in dieser Vereinbarung kein treu- oder sittenwidriges Verhalten der Klägerin gesehen werden, auch dann nicht, wenn die Beklagte geschäftlich unerfahren war.

20 2. Da die ordentliche Kündigung der Klägerin vom 29. Januar 2007 wirksam war, kommt es für den Räumungs- und Herausgabeanspruch nicht darauf an, ob die außerordentlichen Kündigungen vom 23. Juli 2007 und vom 15. Februar 2008 zu Recht erfolgt sind.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### § 1056 BGB

#### Pacht landwirtschaftlicher Flächen vom Nießbraucher; Beendigung des Nießbrauchs; Kündigungsrecht eines Grundstückserwerbers

**Das Kündigungsrecht des Eigentümers, der nach der Beendigung des Nießbrauchs in einen von dem Nießbraucher abgeschlossenen Pachtvertrag als Verpächter eingetreten ist, geht ohne besondere Vereinbarung nicht auf einen Erwerber über.**

(BGH, Urteil vom 27. 11. 2009 – LwZR 12/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist seit dem 23. September 2003 Eigentümer landwirtschaftlicher Flächen. Einen Teil davon pachtete der Vater des Beklagten im Jahr 1971 von dem damaligen Eigentümer K. D. Das Pachtverhältnis ging zwischenzeitlich auf der Pächterseite auf den Beklagten über. Es wurde mehrfach verlängert, zuletzt mit einer im Jahr 2002 geschlossenen Vereinbarung bis zum 1. Oktober 2025. Hierbei handelte auf der Verpächterseite der frühere Eigentümer K. D. als Nießbraucher, nachdem er das Eigentum im Jahr 1995 unter Vorbehalt eines lebenslänglichen Nießbrauchs auf S. D., seinen Neffen, übertragen hatte. Im Zusammenhang mit dem Verkauf der Flächen von S. D. an den Kläger mit Vertrag vom 24. Juli 2003 verzichtete K. D. auf sein Nießbrauchsrecht. Die Eintragung in das Grundbuch erfolgte ebenfalls am 23. September 2003, jedoch zeitlich vor der Umschreibung des Eigentums auf den Kläger.

2 K. D. verstarb am 21. Oktober 2006. Gestützt auf die Regelung in § 1056 Abs. 2 BGB, kündigte der Kläger das Pachtverhältnis mit Schreiben vom 10. November 2006 sowie nochmals mit Schreiben vom 2. Oktober 2007.

3 Der auf Räumung und Herausgabe der Flächen zum 1. Oktober 2008, hilfsweise zum 30. September 2009, gerichteten Klage hat das Amtsgericht Plön - Landwirtschaftsgericht - im Hilfsantrag stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

4 **Aus den Gründen:** I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts [OLG Schleswig] hat der Kläger ein Sonderkündigungsrecht nach §§ 1056 Abs. 2, 1061 BGB. Dieses könne er daraus ableiten, dass der Pachtvertrag auf der Verpächterseite von dem ursprünglichen Eigentümer K. D. als Nießbraucher geschlossen worden sei und nach dessen Tod dem späteren Eigentümer S. D. ein solches Kündigungsrecht zugestanden habe, welches bei dem Verkauf der Flächen auf den Kläger entweder kraft Gesetzes oder durch Abtretung übergegangen sei.

5 II. Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Dem Kläger stand kein Recht zur vorzeitigen Kündigung des Landpachtvertrags (§ 585 Abs. 1 BGB) zu.

6 1. Ohne Erfolg bleibt die Revision allerdings insoweit, als sich die Verurteilung des Beklagten auch auf denjenigen Teil

der Flächen erstreckt, hinsichtlich dessen der Beklagte in einem vorangegangenen Rechtsstreit zwischen den Parteien die Feststellung seines Pachtrechts bis zum 1. Oktober 2025 verlangt hat.

7 a) Der Urteilstenor des Vorprozesses lautet auf die Feststellung, dass der Beklagte bis zum 30. September 2009 Pächter der Teilfläche ist. Dem liegt die Rechtsauffassung des dort erkennenden Gerichts zugrunde, dass der Grundstücksteil von dem Pachtvertrag erfasst, dieser aber durch die Kündigung des Klägers vom 10. November 2006 beendet worden ist. Durch die Abweisung der zeitlich weitergehenden Klage ist mit Rechtskraftwirkung (§ 322 Abs. 1 ZPO) festgestellt, dass insoweit ein Pachtverhältnis zwischen den Parteien nicht (mehr) besteht (vgl. BGH, Urte. v. 1. Dezember 1993, VIII ZR 41/93, NJW 1994, 657, 659 m.w.N.; Musielak, ZPO, 7. Aufl., § 322 Rdn. 58). Der Beklagte ist daher in Ermangelung eines Besitzrechts zur Räumung und Herausgabe der Teilfläche verpflichtet (§§ 985, 596 Abs. 1 BGB). Der Bestimmung eines Leistungszeitpunkts (vgl. § 257 ZPO) bedarf es nicht mehr, nachdem der Anspruch im Laufe des Revisionsverfahrens fällig geworden ist (RGZ 88, 178 f.; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 29. Aufl., § 257 Rdn. 1; Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., § 257 Rdn. 7).

8 b) Keine Bindungswirkung entfaltet die frühere Entscheidung dagegen, soweit hier über die fortbestehende Berechtigung des Beklagten zur Nutzung der übrigen Flächen zu befinden ist. Denn die Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung betraf, weil sich der Klageanspruch nicht auf die übrigen Flächen bezog, ein im Vorprozess vorgreifliches Rechtsverhältnis, dessen Entscheidung nicht in Rechtskraft erwuchs (vgl. BGHZ 123, 137, 140; Senat, Urte. v. 14. Juli 1995, V ZR 171/94, NJW 1995, 2993 - jew. m.w.N.).

9 2. Als zutreffend erweist sich der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach ein von dem Nießbraucher - zulässigerweise (§ 1030 Abs. 1 BGB) - eingegangenes Pachtverhältnis nach der Beendigung des Nießbrauchs einem dem Grundstückseigentümer zustehenden Kündigungsrecht nach § 1056 Abs. 2 BGB unterliegt. Das gilt in gleicher Weise, wenn, wie hier, der ursprüngliche Vertragsabschluss durch den Eigentümer erfolgt ist und dieser später das Eigentum unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs auf einen Dritten überträgt, weil in einem solchen Fall der Nießbrauchsberechtigte (weiterhin) Verpächter ist (BGH, Urte. v. 7. September 2005, VIII ZR 24/05, NJW 2006, 51, 52 [= WuM 2005, 769]). Deshalb war auch die Verlängerung des Pachtvertrags durch K. D. im Jahr 2002 wirksam.

10 a) Der Nießbrauch endete nicht erst mit dem Tod des Nießbrauchers am 21. Oktober 2006 (vgl. § 1061 Satz 1 BGB), sondern bereits mit der Löschung im Grundbuch am 23. September 2003. Dem hält die Revisionserwiderung ohne Erfolg entgegen, das Berufungsgericht habe das Erlöschen des Nießbrauchs allein auf Grund der Eintragung im Grundbuch als wirksam erachtet und dabei verkannt, dass es zusätzlich einer Erklärung des Berechtigten bedürfe, dass er das Recht aufgabe (§ 875 Abs. 1 BGB). Diese Erklärung lag hier vor. Nach den unangegriffenen tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts erfolgte die Löschung aufgrund der Bewilligung von K. D. (§ 19 GBO). Diese enthält regelmäßig zugleich die materiell-rechtliche Aufgabeerklärung (Senat, BGHZ 60, 46, 52; BayObLG DNotZ 1975, 685, 686 m.w.N.; MünchKommBGB/Kohler, 5. Aufl., § 875 Rdn. 9; Palandt/Bassenge, BGB, 68. Aufl., § 875 Rdn. 3). Umstände, die hier ausnahmsweise das Fehlen der erforderlichen Willenserklärung nahe legen könnten, werden von der Revisionserwiderung nicht aufgezeigt und sind im Hinblick darauf, dass das Grundstück nach den vertraglichen Bestimmungen lastenfremd veräußert werden sollte (vgl. § 3 des Kaufvertrages), auch nicht ersichtlich.

11 b) Im Zeitpunkt der Löschung des Nießbrauchs lagen indes noch nicht die Voraussetzungen für eine Kündigung des Pachtvertrags vor. Da das Erlöschen auf einem Verzicht des Berechtigten beruhte, war die Kündigung nach § 1056 Abs. 2 Satz 2

BGB erst von der Zeit an zulässig, zu welcher der Nießbrauch ohne den Verzicht erloschen wäre, hier also mit dem Tod des (früheren) Nießbrauchers (vgl. Planck/Brodmann, BGB, 5. Aufl., § 1056 Anm. 3b; Wacke, FS Gernhuber, 489, 512).

12 3. Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht jedoch eine Befugnis des Klägers zur Kündigung des Pachtvertrags an. Diese ergibt sich weder aus eigenem Recht (a) noch aus übergegangenem Recht des Veräußerers (b).

13 a) Die Vorschrift des § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB weist das Kündigungsrecht dem Eigentümer zu, ohne zu präzisieren, in welchem Zeitpunkt das Eigentum bestehen muss. Die Auslegung der Norm ergibt, dass ein rechtsgeschäftlicher Erwerber, der erst nach der Beendigung des Nießbrauchs Eigentümer wird, nicht zu einer Kündigung berechtigt ist.

14 aa) Schon der Wortlaut des Gesetzes spricht gegen die Einbeziehung des Erwerbers in den Anwendungsbereich des § 1056 Abs. 2 BGB. Die Vorschrift in § 1056 Abs. 1 BGB erklärt für den Fall der Beendigung des Nießbrauchs nicht nur die Bestimmung des § 566 BGB, sondern auch diejenige des § 567b BGB, durch die die Rechtsfolgen einer Weiterveräußerung von vermietetem Wohnraum durch den Erwerber geregelt werden, für entsprechend anwendbar. Das Gesetz unterscheidet somit zwischen dem Eigentümer zur Zeit der Beendigung des Nießbrauchs und einem späteren Erwerber. Diese Differenzierung wird in § 1056 Abs. 2 BGB nicht aufgegriffen.

15 bb) Zudem erfahren durch die Vorschriften in § 1056 Abs. 1 BGB lediglich die Rechtsbeziehungen des Pächters zu demjenigen, der bei der Beendigung des Nießbrauchs Eigentümer ist, sowie zu dem Nießbraucher eine Regelung, nicht aber die Rechtsbeziehungen zu dem späteren Erwerber. Dieser tritt nämlich bei einer nach der Beendigung des Nießbrauchs erfolgenden Veräußerung des Grundstücks unmittelbar nach § 566 Abs. 1 BGB (i.V.m. § 593b BGB) in die Verpächterstellung ein; der Verweisung auf diese Bestimmung in § 1056 Abs. 1 BGB sowie in § 567b Satz 1 BGB bedarf es insoweit nicht (Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 1056 Rdn. 4; Staudinger/Frank, BGB <2009>, § 1056 Rdn. 14; Erman/Jendrek, BGB, 12. Aufl., § 567b Rdn. 2; MünchKomm-BGB/Häublein, 5. Aufl., § 567b Rdn. 1). Auch die Vorschrift des § 567b Satz 2 BGB gewinnt für das Verhältnis von Pächter und Erwerber keine Bedeutung, weil hierdurch lediglich eine fortbestehende Haftung des Nießbrauchers für den Fall angeordnet wird, dass der Erwerber die sich aus dem Pachtverhältnis ergebenden Pflichten nicht erfüllt. Die ausschließliche Geltung der allgemeinen pachtrechtlichen Vorschriften lässt die Zuerkennung eines Kündigungsrechts nach § 1056 Abs. 2 BGB zugunsten des Erwerbers fern liegend erscheinen.

16 cc) Auch der Regelungszweck steht diesem Kündigungsrecht entgegen.

17 (1) Vorrangiges Ziel der Bestimmung des § 1056 BGB ist es, einen Interessenausgleich zwischen Eigentümer und Pächter für die Zeit nach der Beendigung des Nießbrauchs herbeizuführen. Der gesetzliche Eintritt des Eigentümers in die Verpächterstellung soll den besitzenden Pächter davor bewahren, sofort nach dem Erlöschen des Nießbrauchs einem Herausgabeanspruch ausgesetzt zu sein (vgl. § 986 Abs. 1 BGB; dazu Senat, BGHZ 109, 111, 114 [= WuM 1990, 29]; a.A. Schubert, JR 1990, 419, 420). Dieser wäre für den Pächter, der im Vertrauen auf das - möglicherweise langfristige - Pachtverhältnis das Grundstück unter Einsatz seines Vermögens bewirtschaftet, regelmäßig mit erheblichen wirtschaftlichen Nachteilen verbunden. Andererseits liefen die aus dem Eigentum resultierenden Befugnisse (§ 903 BGB) leer, wenn der Eigentümer auf Dauer an einen die Nutzung des Grundstücks betreffenden schuldrechtlichen Vertrag gebunden wäre, auf dessen Zustandekommen und Inhalt er keinen Einfluss hatte. Aus diesem Grund gewährt ihm § 1056 Abs. 2 BGB die Befugnis, auch einen befristeten Pachtvertrag vorzeitig durch Kündigung zu beenden (vgl. Staudinger/Frank, aaO, § 1056 Rdn. 16). Eine unzumutbare Belastung des Pächters ergibt sich hieraus nicht. Die von dem Ei-

gentümer zu beachtende gesetzliche Kündigungsfrist (vgl. für die Landpacht § 594a BGB) erlaubt es ihm, sich rechtzeitig auf das bevorstehende Ende seines Besitzrechts einzustellen. Zudem wird der Pächter durch die Möglichkeit, den Eigentümer verbindlich zu der Erklärung darüber aufzufordern, ob er von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht (§ 1056 Abs. 3 BGB), vor einem ungewissen Schwebezustand geschützt.

18 (2) Damit ist die Interessenlage desjenigen, der das Grundstück nach der Beendigung des Nießbrauchs durch Rechtsgeschäft erwirbt, nicht vergleichbar. Er kann sich anlässlich der Kaufverhandlungen regelmäßig über das Bestehen eines Pachtverhältnisses erkundigen. Ergibt sich, dass das Grundstück ganz oder teilweise auf bestimmte Zeit verpachtet ist, kann er seine weiteren Dispositionen, insbesondere sein Preisgebot, an diesem Umstand ausrichten oder ganz von dem Kauf Abstand nehmen, z. B. weil er das Grundstück selbst nutzen will (vgl. Wacke, FS Gernhuber, 489, 498). Einer Möglichkeit, den nach § 566 Abs. 1 BGB i.V.m. § 593b BGB übernommenen Pachtvertrag einseitig aufzulösen, bedarf es für den Erwerber, der sich in Kenntnis der bestehenden Verpachtung zu dem Kauf entschlossen hat, nicht. Jede andere Beurteilung führte zu einer nicht gerechtfertigten Besserstellung des Erwerbers in den Fällen, in denen das Grundstück nicht durch den Eigentümer, sondern durch den Nießbraucher verpachtet worden ist.

19 dd) Dieses Auslegungsergebnis gilt in gleicher Weise für die Vorschrift in § 1056 Abs. 2 Satz 2 BGB, auch wenn dort die Person des Kündigungsberechtigten nicht ausdrücklich benannt wird. Denn dort wird lediglich für einen Sonderfall der Beendigung des Nießbrauchs (Verzicht) eine von § 1056 Abs. 2 Satz 1 BGB abweichende Rechtsfolge begründet, durch die ein Zusammenwirken von Eigentümer und Nießbraucher zu Lasten des Pächters verhindert wird (Mugdan, Materialien zum BGB, Bd. 3, S. 756; MünchKomm-BGB/Pohlmann, 5. Aufl., § 1056 Rdn. 1; Soergel/Stürner, aaO, § 1056 Rdn. 8; Staudinger/Frank, aaO, § 1056 Rdn. 20). Dafür, dass zusätzlich die Kündigungsberechtigung auf den Erwerber ausgedehnt werden soll, lassen sich dem Gesetz keine Anhaltspunkte entnehmen, zumal nach dem Wegfall des Nießbrauchs die Gefahr eines kollisiven Verhaltens nicht mehr besteht.

20 ee) Danach kommt ein eigenes Kündigungsrecht des Klägers nicht in Betracht. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts fanden die Löschung des Nießbrauchs und die Eintragung des Eigentums des Klägers in das Grundbuch zwar an demselben Tag (23. September 2003) statt; die Löschung ging jedoch der Eigentumseintragung zeitlich voraus. Das Eigentum des Klägers war somit zu keinem Zeitpunkt mit dem Nießbrauch belastet. Im Übrigen wäre der Fall, dass die Löschung des Nießbrauchs der Eigentumsumschreibung nachgefolgt wäre, nicht anders zu beurteilen gewesen, da sich aus dem Vertrag ergab, dass der Kläger das Grundstück frei von der Belastung durch den Nießbrauch erwerben sollte. Unter diesen Umständen kommt der Reihenfolge der Eintragung, die zu dem vertragsgemäßen Zustand geführt haben, keine Bedeutung zu.

21 b) Der Kläger konnte den Pachtvertrag auch nicht aus kraft Gesetzes oder vertraglich übergegangenem Recht des Veräußerers S. D. wirksam kündigen.

22 aa) Ob diesem, wie die Revision meint, kein Kündigungsrecht zustand, weil er dem von K. D. abgeschlossenen Pachtvertrag persönlich beigetreten ist (vgl. Senat, BGHZ 109, 111, 117 [= WuM 1990, 29]), kann ebenso offen bleiben wie die Frage, ob S. D. im Jahr 1995 zeitlich vor der Eintragung des Nießbrauchs als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden und deshalb nach § 566 Abs. 1 BGB i.V.m. § 593b BGB als Verpächter in den Vertrag eingetreten ist. Denn selbst wenn S. D. ein Kündigungsrecht zugestanden hätte, wäre der Kläger mit dem Erwerb des Grundstücks nicht in diese Rechtsposition eingetreten.

23 bb) Ein Übergang des aus § 1056 Abs. 2 BGB folgenden Kündigungsrechts nach den allgemeinen pachtrechtlichen Vorschriften (§§ 593b, 566 Abs. 1 BGB) scheidet aus.

24 (1) In welche Rechte und Pflichten aus dem Pachtverhältnis der Erwerber eintritt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Während der Bundesgerichtshof - bezogen auf Verpflichtungen - einen Grundstücksbezug in dem Sinne fordert, dass die Verpflichtung regelmäßig nur von dem jeweiligen Grundstückseigentümer erfüllt werden kann (BGHZ 141, 160, 166 [= WuM 1999, 397]), stellt das Schrifttum überwiegend darauf ab, ob die Pflicht oder das Recht aus dem Pachtverhältnis oder aus einem rechtlich davon getrennten Vertrag zwischen den Parteien resultiert (AnwK-BGB/Riecke, § 566 Rdn. 17; Bamberger/Roth/Herrmann, BGB, 2. Aufl., § 566 Rdn. 23; Erman/Jendrek, aaO, § 566 Rdn. 9; Staudinger/Emmerich, BGB <2006>, § 566 Rdn. 40; differenzierend MünchKomm-BGB/Häublein, aaO, § 566 Rdn. 33).

25 (2) Beide Ansichten führen hier zu demselben Ergebnis, dass nämlich das Kündigungsrecht nach § 1056 Abs. 2 BGB nicht kraft Gesetzes auf einen Erwerber übergeht. Denn dieses Kündigungsrecht weist weder einen konkreten Bezug zu dem Pachtobjekt auf, noch findet es seine Grundlage in der zwischen dem ursprünglichen Verpächter (Nießbraucher) und dem Pächter getroffenen Vereinbarung. Als ein auf die Fälle der Vermietung oder Verpachtung des Grundstücks durch den Nießbraucher beschränktes Recht trägt es vielmehr der besonderen Situation Rechnung, die sich im Fall der Beendigung des Nießbrauchs auf Grund des in § 1056 Abs. 1 BGB angeordneten gesetzlichen Vertragsübergangs für den Eigentümer ergibt (vgl. vorstehend unter 3. a. cc. (1)).

26 (3) Ein Übergang des Kündigungsrechts lässt sich auch nicht deshalb bejahen, weil die Kündigung des Pachtvertrags nach herrschender Auffassung nicht zu dem nächstmöglichen Termin nach dem Eintritt der Voraussetzungen ausgesprochen werden muss, sondern auch noch zu einem späteren Zeitpunkt möglich ist (KG OLGE 18, 150, 152; Palandt/Bassenge, aaO, § 1056 Rdn. 2; PWW/Eickmann, BGB, 4. Aufl., § 1056 Rdn. 10; RGRK/Rothe, BGB, 12. Aufl., § 1056 Rdn. 3; Soergel/Stürner, aaO, § 1056 Rdn. 7; Staudinger/Frank, aaO, § 1056 Rdn. 16; Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., § 118 I 1). Dieser Ansicht liegt die Vorstellung von fortbestehendem Eigentum in der Person des ursprünglich zu der Kündigung Berechtigten zugrunde. Dass ein noch nicht ausgeübtes Kündigungsrecht bei einer späteren Veräußerung des Grundstücks ohne besondere Abrede, sondern kraft Gesetzes auf den Erwerber übergeht, wird, soweit ersichtlich, nicht vertreten und erscheint angesichts der dargestellten Interessenlage auch nicht angezeigt.

27 cc) Das Kündigungsrecht ist schließlich nicht in dem Grundstückskaufvertrag vom 24. Juli 2003 auf den Kläger übertragen worden (§§ 413, 398 BGB).

28 (1) Das Berufungsgericht hat angenommen, den Regelungen in § 5 des Kaufvertrages sei zu entnehmen, dass sämtliche Eigentümerrechte und damit auch das Kündigungsrecht nach § 1056 Abs. 2 BGB auf den Kläger übergehen sollten. Diese Auslegung erweist sich als rechtsfehlerhaft und ist daher für das Revisionsgericht nicht bindend. Zwar ist die trichterliche Auslegung einer Individualvereinbarung revisionsrechtlich nur beschränkt überprüfbar, nämlich darauf, ob gesetzliche Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind oder wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen wurde (st. Rspr., siehe nur Senat, BGHZ 111, 110, 115; Urt. v. 23. Januar 2009, V ZR 197/07, NJW 2009, 1810, 1811 [= GuT 2009, 195]). Ein solcher Fehler, der auch ohne ausdrückliche Revisionsrüge Berücksichtigung findet (Senat, Urt. v. 8. Dezember 1989, V ZR 53/88, WPM 1990, 423, 424; Urt. v. 14. Oktober 1994, V ZR 196/93, WPM 1995, 263, 264), liegt hier vor. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts lässt bereits der - für die Auslegung in erster Linie maßgebliche (BGHZ 121, 13, 16; BGH, Urt. v. 27. November 1997, IX ZR 141/96, NJW 1998, 900, 901) - objektiv erklärte Parteiwille, wie er in dem Wortlaut der von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen Vertragsbestimmungen zum Ausdruck kommt, nicht den Schluss auf eine Abtretung des Kündigungsrechts an den Kläger zu. Da weitere Feststellungen nach Lage der Dinge nicht zu erwarten

sind, kann der Senat die Auslegung selbst vornehmen (BGHZ 65, 107, 112; 124, 39, 45; Senat, Urt. v. 14. Dezember 1990, V ZR 223/89, NJW 1991, 1180, 1181).

29 (2) Durch die Bestimmung in § 5 Abs. 2 des Kaufvertrages wird lediglich angeordnet, dass die Nutzungen und Lasten des Grundstücks mit der Übergabe auf den Erwerber übergehen. Eine Aussage dazu, dass darüber hinaus ein bei der Übergabe bereits bestehendes oder erst künftig zur Entstehung gelangendes Recht zur Kündigung des Pachtverhältnisses übertragen werden soll (dazu BGH, Urt. v. 10. Dezember 1997, XII ZR 119/96, NJW 1998, 896, 897 [= WuM 1998, 99]), wird in der Regelung nicht getroffen; sie würde auch nicht in den Kontext der vornehmlich die wirtschaftliche Zuordnung des Grundstücks betreffenden Vertragsklausel passen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 5 Abs. 7 und 8 des Kaufvertrags. Denn diese Bestimmungen erschöpfen sich in der Erklärung des Erwerbers, dass ihm die bestehenden schuldrechtlichen Nutzungsverträge bekannt sind und er über seinen gesetzlichen Vertragseintritt belehrt worden ist. Eine auf die Übertragung eines Kündigungsrechts gerichtete Willenserklärung ist darin nicht enthalten.

30 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO. Der Umstand, dass der Beklagte in Bezug auf eine Teilfläche unterlegen ist, kann angesichts des Größenverhältnisses der Teilfläche (ca. 0,8 ha) zu den von dem Pachtverhältnis insgesamt erfassten Flächen (ca. 50 ha) bei der Verteilung der Kosten unberücksichtigt bleiben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 133 BGB; VO (EG) 1782/2003 Art. 33 ff.  
Hofpachtvertrag; Landpachtvertrag; Auslegung von  
Vereinbarungen im Altvertrag zur Übertragung  
landwirtschaftlicher Beihilfen nach Pachtende;  
Veränderungen im System der Beihilfen; GAP-Reform;  
Agrarpolitik; Vertragsfreiheit**

**Die Veränderung des Systems der landwirtschaftlichen Beihilfen von den produktionsbezogenen Prämien zu den von der Bewirtschaftung entkoppelten Zahlungsansprüchen schließt es nicht aus, Vereinbarungen zur Übertragung der damaligen Prämien-, Förderungsansprüche und Quotenrechte auf den Verpächter oder auf einen von diesem benannten Betriebsnachfolger in Altpachtverträgen auch auf Zahlungsansprüche anzuwenden.**

(BGH, Urteil vom 24. 4. 2009 – LwZR 11/08)

**Aus dem Tenor:** Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, diejenigen Zahlungsansprüche, die nach der VO (EG) 1782/2003 des Rates vom 29. September 2003, des Gesetzes zur Durchführung einer einheitlichen Betriebsprämie in der Fassung vom 30. Mai 2006 und der Betriebsprämienführungsverordnung vom 26. Oktober 2006, die in der Zeit des Hofpachtvertrages vom 26. November 2001 entstanden und dem Beklagten als Betriebsinhaber anteilig nach der Hektarzahl der nach dem Hofpachtvertrag bewirtschafteten Fläche zugeteilt worden sind, bei Beendigung des Vertragsverhältnisses auf den Kläger oder nach dessen Wahl auf einen von diesem benannten Betriebs- oder Pachtachfolger zu übertragen.

1 **Zum Sachverhalt:** Mit schriftlichem Vertrag vom 26. November 2001 verpachtete der Kläger an den Beklagten einen Hof nebst Acker und Weideland mit einer Gesamtfläche von 30,5331 ha mit den Wirtschaftsgebäuden und dem toten und lebenden Inventar unter Verwendung eines Vertragsmusters für sechs Jahre bis zum 30. Juni 2008. Dieser Vertrag enthält in § 24 folgende Bestimmung:

2 „(1) Die Vertragsparteien verpflichten sich, an der Erlangung und Sicherung von Prämien- und Förderungsansprüchen sowie Quotenrechten (Referenzmengen) für den Betrieb bzw.

Betriebsinhaber wechselseitig mitzuwirken und dafür erforderliche Erklärungen auch gegenüber Dritten - insbesondere Behörden - abzugeben.

3 (2) Der Pächter tritt bei Pachtbeginn in bestehende Ansprüche und Rechte im Sinne des Abs. 1 ein, bzw. diese sind auf ihn zu übertragen, soweit der Eintritt bzw. die Übertragung rechtlich möglich und zulässig ist. Unter der gleichen Voraussetzung gehen solche Ansprüche und Rechte bei Pachtende auf den Verpächter oder nach seiner Wahl auf einen Betriebsnachfolger über, bzw. sind auf den Verpächter oder den Nachfolger zu übertragen. In den Fällen der Sätze 1 und 2 gilt die wechselseitige Mitwirkungs- und Erklärungspflicht des Absatzes 1 entsprechend.“

4 Am gleichen Tag schlossen die Parteien einen weiteren Landpachtvertrag über ein Flurstück mit einer Größe von 3,1754 ha mit der gleichen Laufzeit unter Verwendung eines anderen Musters, das eine dem § 24 des Hofpachtvertrages entsprechende Regelung nicht enthält.

5 Die Parteien streiten darüber, ob der Beklagte die Zahlungsansprüche, die diesem im Zuge der GAP-Reform unter Einbeziehung auch der auf Grund der Pachtverträge bewirtschafteten Flächen und der für die Bewirtschaftung des gepachteten Viehbestands zuvor erhaltenen Beihilfen zugewiesen worden sind, bei Beendigung des Pachtverhältnisses auf den Kläger oder einen von diesem benannten Betriebsnachfolger übertragen muss.

6 Der Kläger hat eine Feststellungsklage erhoben, die das Amtsgericht Meldorf (Landwirtschaftsgericht) abgewiesen hat. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht Schleswig zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag weiter.

7 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, dass der Kläger weder aus § 596 Abs. 1 BGB noch aus § 24 Abs. 2 des Hofpachtvertrags von dem Beklagten die Übertragung der Zahlungsansprüche verlangen könne.

8 Der weite Wortlaut der formularvertraglichen Regelung lasse zwar eine solche Auslegung zu. Ihr stehe jedoch entgegen, dass die nach Art. 33 ff. VO (EG) 1782/2003 den Bewirtschaftern zugewiesenen Zahlungsansprüche den früher gewährten Beihilfen nicht gleichartig, sondern in entscheidungserheblichen Punkten wesensverschieden seien. Die Zahlungsansprüche seien nicht wie die früheren, an eine bestimmte Produktion geknüpften Beihilfen Reflex einer Bewirtschaftung der Pachtsache. Ihre Geltendmachung (Aktivierung) sei auch nicht mehr an bestimmte Flächen gebunden, vielmehr seien die Zahlungsansprüche dem Betriebsinhaber zur freien Verfügung zugewiesen worden. Diese Unterschiede verböten es, die vertragliche Regelung zur Übertragung der Ansprüche die früheren Beihilfen auf die jetzigen Zahlungsansprüche anzuwenden.

9 Ein Anspruch des Klägers auf Übertragung der Zahlungsansprüche ergebe sich auch nicht nach den Grundsätzen über die ergänzende Vertragsauslegung; denn es könne nicht angenommen werden, dass die Parteien eine Verpflichtung zur Übertragung der Zahlungsansprüche vereinbart hätten, wenn sie schon bei Vertragsschluss an die Entkoppelung dieser Ansprüche gedacht hätten. Der geltend gemachte Anspruch folge auch nicht aus den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage oder von Treu und Glauben (§ 242 BGB), weil eine Pflicht zur Übertragung des einheitlichen Zahlungsanspruchs dazu führte, dass der Pächter nicht nur den aus der Bewirtschaftung des Pachtgegenstands, sondern auch den aus der Bewirtschaftung seines Vermögens entstandenen, sog. betriebsindividuellen Teil des Zahlungsanspruchs an den Verpächter herausgeben müsste.

10 Da sich aus dem Hofpachtvertrag der geltend gemachte Anspruch nicht herleiten lasse, stelle sich die Frage nicht, ob dessen Regelungen auch für die Zusatzpachtflächen gelten sollten.

11 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung im Wesentlichen nicht stand.

12 1. Die Auslegung des § 24 des Hofpachtvertrages durch das Berufungsgericht ist fehlerhaft. Das Revisionsgericht hat die tatrichterliche Auslegung rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen - unabhängig davon, ob diese eine Individualvereinbarung oder eine vorformulierte Klausel darstellen - stets darauf zu prüfen, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind (BGHZ 135, 269, 273 [= WuM 1997, 380]). Liegt ein solcher Fehler vor, ist es an das Ergebnis der tatrichterlichen Auslegung nicht gebunden (BGHZ 131, 136, 138; 149, 337, 353; 152, 153, 156).

13 2. So ist es hier. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die grundlegenden Änderungen im Recht der landwirtschaftlichen Beihilfen durch die GAP-Reform verböten es, Vereinbarungen in vor der Reform abgeschlossenen Pachtverträgen (Altverträgen) über die damals gewährten Beihilfen auf die nunmehrigen Zahlungsansprüche anzuwenden, verstößt sowohl gegen gesetzliche als auch gegen allgemein anerkannte Auslegungsgrundsätze. Die Revision rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht, indem es maßgebend auf den veränderten Subventionszweck abgestellt hat, sich von einem für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen nicht relevanten Gesichtspunkt hat leiten lassen und dabei den nach § 133 BGB zu ermittelnden Regelungswillen der Vertragsparteien vernachlässigt hat.

14 a) Das Berufungsgericht hat fehlerhaft die für die Auslegung von Gesetzen geltenden Grundsätze auf die Ermittlung des Sinngehalts rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen übertragen.

15 Ziel der Auslegung von Gesetzen ist es, den in der Norm zum Ausdruck kommenden objektivierten Willen des Gesetzgebers zu ermitteln, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den die Norm hineingestellt ist (BGHZ 46, 74, 76; 49, 221, 223). Diese Auslegung muss sich daran orientieren, dass Gesetze in die Verfassungs- und Rechtsordnung eingebettet sind. Die Berücksichtigung des veränderten Zwecks der Beihilfen für die Landwirtschaft nach der VO (EG) 1782/2003 bei der Auslegung des § 596 Abs. 1 BGB entspricht dem Gebot zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung, nach der die Auslegung nationaler Rechtsvorschriften so weit wie möglich an Wortlaut und Zweck des Gemeinschaftsrechts auszurichten ist, um das mit dem Recht der Europäischen Union angestrebte Ergebnis zu erreichen (vgl. EuGH NJW 2005, 2839, 2840).

16 Für die Auslegung von Vereinbarungen ist dagegen der erklärte Wille der Vertragsparteien und nicht der durch die GAP-Reform veränderte Zweck der Beihilfen maßgebend. Vertragliche Vereinbarungen sind nämlich nicht so auszulegen, dass sie sich möglichst systemkonform in die gesamte - hier durch die GAP-Reform für die Gewährung von Beihilfen an die Landwirtschaft wesentlich veränderte - Rechtsordnung einfügen; denn die Parteien schließen Rechtsgeschäfte nach ihren Interessen und nicht zur Verwirklichung eines vom Gesetz- oder Verordnungsgeber verfolgten Zwecks ab (vgl. Flume, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Bd., 3. Aufl., S. 309).

17 b) Das Berufungsgericht hat es unterlassen, den in der Vereinbarung zum Ausdruck kommenden Vertragswillen zu ermitteln, in der sich die Parteien gegenseitig verpflichtet haben, bei Pachtbeginn die Prämien-, Förderungsansprüche und Quotenrechte auf den Pächter und bei Pachtende auf den Verpächter oder den von diesem benannten Betriebsnachfolger zu übertragen. Damit hat es gegen § 133 BGB verstoßen, der das Gericht bei der Auslegung von Willenserklärungen verpflichtet, den erklärten wirklichen Willen zu erforschen (BGHZ 124, 64, 68). Die auf den Willen verweisende gesetzliche Auslegungsregel in § 133 BGB verbietet es, eine rechtsgeschäftliche Regelung gegen den tatsächlichen oder den erklärten Willen einer Partei nach rein objektiven Gesichtspunkten auszulegen (vgl.

BGHZ 19, 269, 273; Flume, aaO, S. 308; jurisPK-BGB, Reichold, 4. Aufl., § 133 Rdn. 9; Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl., v. § 116 Rdn. 9, 10).

18 3. Die Veränderung des Systems der landwirtschaftlichen Beihilfen von den früheren produktionsbezogenen Prämien zu den jetzigen davon entkoppelten Zahlungsansprüchen schließt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts (ebenso allerdings OLG Celle RdL 2007, 212 = AUR 2007, 364, 365 m. zutr. abl. Anm. von Jeinsen) nicht aus, einem aus Vereinbarungen in Altpachtverträgen, in denen sich der Pächter gegenüber dem Verpächter zur (Rück-)Übertragung der Ansprüche auf Beihilfen verpflichtet hat, ersichtlichen Vertragswillen Rechnung zu tragen und die vertragliche Regelung auch auf die neuen Zahlungsansprüche anzuwenden.

19 a) Die Zahlungsansprüche sind derartigen rechtsgeschäftlichen Regelungen nämlich nicht entzogen. Sie sind zwar im Grundsatz personenbezogene Beihilfen, die nach den beihilfefähigen Hektarzahlen und den im Bezugszeitraum von 2000 bis 2002 erhaltenen Direktzahlungen (dazu BMELV AUR 2006, 89, 90) festgestellt und denjenigen, die im ersten Jahr der Anwendung der Betriebsprämienregelung Betriebsinhaber waren, zugewiesen worden sind. Vereinbarungen in Pachtverträgen über landwirtschaftliche Betriebe oder Nutzflächen, in denen sich der Pächter gegenüber dem Verpächter verpflichtet, bei Pachtende diese Ansprüche auf den Verpächter oder einen anderen von diesem ihm benannten Betriebsinhaber zu übertragen, sind jedoch auch nach der GAP-Reform möglich (vgl. BMELV, Die EU-Agrarreform - Umsetzung in Deutschland <2006>, S. 17; Schmitte, MittBayNot 2004, 95, 97; Krämer, NotBZ 2005, 2008, 216, 220). Der Umstand, dass die Zahlungsansprüche nach Art. 46 VO (EG) 1782/2003 an andere Betriebsinhaber übertragbar, verpfändbar und pfändbar sind (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 23. Oktober 2008, VII ZB 92/07, RdL 2009, 52, 53), lässt auch solche Vereinbarungen zwischen Verpächtern und Pächtern über die Übertragung von Zahlungsansprüchen bei Pachtbeginn und -ende zu.

20 b) Rechtsgeschäftliche Verpflichtungen des Pächters, Zahlungsansprüche bei Beendigung des Pachtverhältnisses auf den Verpächter oder den neuen Pächter zu übertragen, können nicht nur in den nach dem Inkrafttreten der GAP-Reform abgeschlossenen Verträgen vereinbart werden oder in den bereits im Hinblick auf die GAP-Reform angepassten Pachtverträgen begründet worden sein (dazu Schmitte, MittBayNot 2004, 95, 97; von Jeinsen, AUR 2007, 367), sondern sich auch aus Altverträgen ergeben, die noch vor dem Hintergrund des früheren Rechts über die Beihilfen für die Landwirtschaft abgeschlossen wurden. Der durch Auslegung zu ermittelnde Vertragswille kann nämlich auch darin bestehen, dass die Parteien im Vertrag ihre Interessen so geregelt haben, dass die Vereinbarung zur Erleichterung der Fortführung der Bewirtschaftung durch den Nachfolger des Pächters alle diesem Zweck dienenden Ansprüche auf Beihilfen - gleich welcher Art sie auch seien - erfassen sollte. Eine solche Abrede erstreckt sich auf die neuen Zahlungsansprüche. Ein solcher Vertragswille ist auch dann zu berücksichtigen, wenn die Parteien bei Vertragsabschluss den Inhalt künftiger Gesetzesänderungen nicht vorhersehen konnten und gleichwohl Verpflichtungen begründeten, die auch bei Änderungen der dem Vertragsabschluss zugrunde liegenden Gesetzeslage Bestand haben sollten (vgl. Flume, aaO, S. 522; Medicus, Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag <1978>, S. 629, 645; MünchKomm-BGB/Busche, 5. Aufl., § 133 Rdn. 22).

21 III. Der Senat kann die von dem Berufungsgericht unterlassene Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen selbst vornehmen, weil weitere tatsächliche Feststellungen hierzu nicht in Betracht kommen (vgl. BGHZ 65, 107, 112; 109, 19, 22; 121, 284, 289). Für den Hofpachtvertrag ergibt sich das aus den Feststellungen im Berufungsurteil, dass es sich bei der Regelung in § 24 des Vertrags um eine formularvertragliche, in solchen Verträgen übliche Bestimmung handele, die den Parteien geläufig gewesen sei und die sie nicht besprochen hätten. Der gesondert

geschlossene Landpachtvertrag über Einzelflächen ist ebenfalls ein Formularvertrag; Vortrag der Parteien über Besprechungen zum Inhalt dieses Vertrags ist in dem Berufungsurteil nicht widergegeben und von den Parteien im Revisionsverfahren auch nicht als übergangen gerügt worden.

22 1. Der Feststellungsantrag hat in Bezug auf die Zahlungsansprüche Erfolg, die dem Beklagten auf die nach dem Hofpachtvertrag bewirtschafteten Flächen zugewiesen worden sind. Der Beklagte ist nach § 24 des Vertrages verpflichtet, diese Zahlungsansprüche bei Beendigung des Pachtverhältnisses auf den Kläger oder den von diesem benannten Betriebsnachfolger zu übertragen.

23 a) § 24 ist eine vorgedruckte Vertragsbestimmung in einem von den Parteien verwendeten Vertragsmuster. Solche von Dritten vorformulierten Vertragsbestimmungen sind - unabhängig von der Zahl der Verwendungen durch die Parteien - All-gemeine Geschäftsbedingungen (BGH, Urt. v. 23. Juni 2006, VII ZR 277/04, ZIP 2005, 1604, 1605; Urt. v. 24. November 2005, VII ZR 87/04, MDR 2006, 510) und als solche einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (BGH, Urt. v. 25. Juni 1992, IX ZR 24/92, NJW 1992, 2629; Urt. v. 9. Mai 2001, VIII ZR 208/00, NJW 2001, 2165, 2166; Urt. v. 8. November 2002, V ZR 78/02, VIZ 2003, 240, 241). Gemessen daran ist der Anspruch auf Übertragung der Zahlungsansprüche begründet.

24 b) Auszugehen ist auch bei vorformulierten Vertragsbestimmungen von dem Wortlaut der Bestimmung und dem diesem zu entnehmenden objektiv erklärten Parteiwillen (vgl. BGHZ 121, 14, 16; 124, 39, 44). § 24 Abs. 1 enthält zwar eine auf die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gewährten Beihilfen (Prämien- und Förderungsansprüche und Quotenvorrechte) bezogene Vereinbarung, nach der sich die Parteien gegenseitig dazu verpflichteten, an deren Erlangung und Sicherung wechselseitig mitzuwirken. Der Wortlaut der für den erhobenen Anspruch einschlägigen Regelung in § 24 Abs. 2 des Vertrages, nach der sämtliche Ansprüche und Rechte bei Pachtbeginn auf den Pächter und bei Pachtende auf den Verpächter oder den Betriebsnachfolger übertragen werden sollten, soweit dieses rechtlich möglich und zulässig sei, spricht jedoch bereits dafür, dass die Übertragungspflicht nicht von der Ausgestaltung und dem Zweck der Beihilfen abhängig sein, sondern der jeweilige Betriebsinhaber die Beihilfen unabhängig davon erhalten sollte, ob diese - wie vormals - auf die Produktion des verpachteten Betriebes und die von diesem bewirtschafteten Flächen bezogen waren oder - wie jetzt - als ein davon unabhängiger Anspruch auf eine Beihilfe zum Einkommen ausgestaltet sind.

25 c) In die gleiche Richtung weist der wirtschaftliche Zweck des Vertrags, der - soweit nicht bereits der Wortlaut klar und eindeutig ist - bei der Auslegung zu berücksichtigen ist (BGHZ 20, 109, 110). Dieser ist in § 6 Abs. 1 des Hofpachtvertrages niedergelegt, in dem sich die Vertragsparteien in einer Generalklausel über die gesetzlichen Vorschriften hinaus wechselseitig dazu verpflichtet haben, alles zu tun, um bei Pachtbeginn und Pachtende eine vorübergehende Ertragsminderung zu vermeiden und eine reibungslose Fortführung der Wirtschaft zu ermöglichen. Der Zweck der vertraglichen Regelungen ist danach die Sicherung der Fortführung des verpachteten Betriebes. Das Ziel wäre jedoch gefährdet, wenn auf Grund der Veränderung der Ausgestaltung und des Zwecks der Beihilfen während der Pachtzeit der Beklagte die ihm auf Grund der Bewirtschaftung des verpachteten Betriebes zugewiesenen Zahlungsansprüche bei Pachtende „mitnehmen“ könnte und der Betriebsnachfolger seinerseits erst Zahlungsansprüche erwerben müsste, um eine Ertragsminderung zu vermeiden.

26 d) Das Ergebnis wird schließlich bestärkt durch das Gebot einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Vertragsauslegung (BGHZ 131, 136, 138; 137, 69, 72; 149, 337, 353). Bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten ist danach derjenigen der Vorzug zu geben, die zu einem vernünftigen, wider-

spruchsfreien und den Interessen beider Vertragsparteien gerecht werdenden Ergebnis führt (BGH, Urt. v. 14. Dezember 2005, XII ZR 241/03, NJW-RR 2006, 337, 338 [= GuT 2006, 68]).

27 Dem entspricht allein die Auslegung des § 24 des Vertrages, nach der der Beklagte die ihm auf Grund der Bewirtschaftung des verpachteten Betriebes zugewiesenen Zahlungsansprüche insgesamt auf den Verpächter zu übertragen hat. Die Revision weist in diesem Zusammenhang zu Recht auf den Umstand hin, dass mit dem Hofpachtvertrag der gesamte Betrieb mit den Flächen und dem lebenden und toten Inventar verpachtet wurde. Die Zahlungsansprüche, die dem Beklagten zugewiesen wurden, weil er bei der ersten Beantragung der Prämie im Jahre 2005 Pächter des Betriebes war, beruhen daher sowohl in ihrem flächenbezogenen als auch in dem betriebsindividuellen Teil nach § 6 Abs. 1 BetrPrämDurchfG auf der Nutzung gepachteten Vermögens. Eine Verpflichtung des Beklagten zur Übertragung dieser Zahlungsansprüche stünde somit auch nicht der vom Berufungsgericht angezogene Umstand entgegen, dass dem Kläger dadurch Beihilfen zugute kämen, die nicht aus der Bewirtschaftung der Pachtsache, sondern des eigenen Vermögens des Pächters entstanden sind.

28 Demgegenüber führte die gegenteilige, von den Vorinstanzen vertretene Ansicht, nach der die Zahlungsansprüche bei dem Pächter verbleiben, zu einem durch den Systemwechsel der Beihilfen für die Landwirtschaft bedingten Zufallsgewinn des beklagten Pächters. Das Ergebnis entspräche weder dem weit gefassten Wortlaut der in § 24 Abs. 2 vereinbarten Übertragungspflicht noch dem aus § 6 Abs. 1 ersichtlichen Zweck der Bestimmung. Entgegen den vertraglichen Vereinbarungen, wie sie hier in §§ 6 und 24 getroffen worden sind, sämtliche aus der der Bewirtschaftung der Pachtsache entstandenen Ansprüche endgültig dem Pächter zuzuweisen, wäre kein vernünftiges, widerspruchsfreies und den Interessen beider Vertragsparteien gerecht werdendes Ergebnis.

29 2. Keinen Erfolg hat die Revision dagegen in Bezug auf die Zahlungsansprüche, die dem Beklagten auf das nach dem Landpachtvertrag über Einzelflächen genutzte Flurstück zugeteilt worden sind.

30 a) Die Parteien haben hier einen anderen Formularvertrag verwendet, der keine dem § 24 des Hofpachtvertrages entsprechende Verpflichtung des Pächters zur Übertragung der Ansprüche auf Beihilfen enthält. Es wird in dem Vertrag - auch in den handschriftlichen Ergänzungen - nicht auf die dazu im Hofpachtvertrag getroffenen Regelungen verwiesen. Die für die Pflichten der Parteien nach der Beendigung des Pachtverhältnisses einschlägige Regelung in § 15 entspricht vielmehr in Satz 1 der gesetzlichen Bestimmung in § 596 Abs. 1 Satz 1 BGB. Sie ist daher nicht anders auszulegen als die gesetzliche Vorschrift. Für diese hat der Senat bereits entschieden, dass die Pflicht, die Pachtsache in einem fortgesetzter ordnungsgemäßer Bewirtschaftung entsprechenden Zustand herauszugeben, sich nicht auf die dem Pächter nach der VO (EG) 1782/2003 zugewiesenen Zahlungsansprüche erstreckt (Urt. v. 24. November 2006, LwZR 1/06, RdL 2007, 94, 95 [= GuT 2007, 146]).

31 b) Der gegensätzliche Vortrag der Parteien dazu, ob das mit dem Landpachtvertrag überlassene Grünland mit den durch den Betriebspachtvertrag zur Nutzung überlassenen Flächen eine nicht nur wirtschaftliche, sondern auch räumliche Betriebseinheit bildete oder ob der Beklagte diese Weideflächen von seiner Hofstelle aus mit eigenen Tieren bewirtschaftet hat, ist für die Auslegung des Landpachtvertrages in Bezug auf die hier streitige Pflicht zur Übertragung der Zahlungsansprüche ohne Bedeutung. Selbst wenn die Parteien eine rechtliche Einheit der Verträge gewollt hätten, änderte das nichts daran, dass sie für die mit dem Landpachtvertrag dem Beklagten überlassene Fläche von den Regelungen im Hofpachtvertrag abweichende vertragliche Verpflichtungen in Bezug auf die Rückgabe der Pachtsache und die Übertragung der Ansprüche auf landwirtschaftliche Beihilfen getroffen haben. Haben die Parteien je-

doch für einzelne Pachtgegenstände unterschiedliche, rechtlich zulässige und daher wirksame Regelungen vereinbart, so gelten diese unabhängig davon, ob die Verträge nach dem Willen der Parteien zu einer rechtlichen Einheit verbunden werden sollen oder nicht.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 346 BGB; § 5 BetrPrämDurchfG**  
**Ausgleichsleistung; vormaliger Pächter als Erwerber**  
**landwirtschaftlicher Flächen; Rücktritt des Veräußerers;**  
**Einbehalt erwirtschafteter Betriebsprämien;**  
**GAP-Reform**

**Bei der Rückabwicklung eines Kaufvertrages über landwirtschaftliche Flächen ist der Käufer grundsätzlich nicht verpflichtet, Zahlungsansprüche nach dem Betriebsprämiendurchführungsgesetz, die ihm im Hinblick auf die Bewirtschaftung dieser Flächen zugeteilt worden sind, an den Verkäufer oder einen von diesem zu benennenden Dritten zu übertragen.**

(BGH, Urteil vom 22. 1. 2010 – V ZR 170/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte erwarb von der mit der Privatisierung der ehemals volkseigenen land- und forstwirtschaftlichen Flächen in den neuen Bundesländern beauftragten Klägerin durch notariellen Vertrag vom 26. Februar 2002 landwirtschaftliche Flächen in Mecklenburg-Vorpommern zu einem nach dem Ausgleichsleistungsgesetz ermäßigten Preis. Es wurde ein Rücktrittsrecht der Klägerin für den Fall vereinbart, dass der Abschluss des Vertrages auf falschen Angaben des Beklagten beruht oder dass der Beklagte seinen für den Erwerb maßgeblichen Wohnsitz nicht in der Nähe der Betriebsstätte beibehält.

2 Nachdem die Klägerin auf dieser Grundlage von dem Kaufvertrag zurückgetreten ist, verlangt sie Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises die Rückübertragung und Herausgabe der landwirtschaftlichen Flächen, die Feststellung, dass sich der Beklagte in Annahmeverzug befindet sowie die Feststellung, dass der Beklagte verpflichtet ist, die ihm aus der Bewirtschaftung der verkauften Flächen ab Rechtskraft der Entscheidung zustehenden Ansprüche nach dem Betriebsprämiendurchführungsgesetz auf einen von der Klägerin zu benennenden Dritten zu übertragen.

3 Die Klage ist in den Vorinstanzen [LG Neubrandenburg; OLG Rostock] erfolgreich gewesen. Mit der von dem Senat (nur) hinsichtlich des die Ansprüche nach dem Betriebsprämiendurchführungsgesetz betreffenden Feststellungsantrags zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf dessen Abweisung weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, nach Rückabwicklung des Kaufvertrages sei ein Anspruch des Beklagten auf Einbehalt der im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung der verkauften Ackerflächen bestehenden Zahlungsansprüche nach dem Betriebsprämiendurchführungsgesetz unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ersichtlich. Ob dem Beklagten die Ansprüche als Pächter zu belassen gewesen wären, könne dahinstehen, weil der früher bestehende Pachtvertrag durch den notariellen Kaufvertrag aufgehoben worden sei.

5 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt es nicht darauf an, ob sich ein Recht des Beklagten finden lässt, die ihm zugewiesenen Zahlungsansprüche nach dem Betriebsprämiendurchführungsgesetz zu behalten. Die Feststellung seiner Verpflichtung, diese Ansprüche an einen von der Klägerin zu benennenden Dritten abzutreten, erfordert vielmehr einen entsprechenden Anspruch der Klägerin. Hieran fehlt es.

6 1. Die aufgrund der Reform der Gemeinsamen Agrarpolitik der Europäischen Union (GAP-Reform) erlassenen Verordnungen enthalten ebenso wenig wie das zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts erlassene Betriebsprämien-durchführungsgesetz Vorschriften, nach der Zahlungsansprüche mit der Beendigung des Rechts, bestimmte landwirtschaftliche Flächen zu nutzen, auf den neuen Eigentümer oder Bewirtschafter übergehen oder auf diesen zu übertragen sind (vgl. BGH, Urt. v. 24. November 2006, LwZR 1/06, NJW-RR 2007, 1279, 1280 [= GuT 2007, 146] Rdn. 10).

7 2. Aus der Vorschrift des § 346 Abs. 1 BGB, die bestimmt, dass die Vertragsparteien nach einem Rücktritt die empfangenen Leistungen zurückzugewähren und die gezogenen Nutzungen herauszugeben haben, folgt ein solcher Übertragungsanspruch ebenfalls nicht.

8 a) Bei den Zahlungsansprüchen nach dem Betriebsprämien-durchführungsgesetz handelt es sich nicht um eine aufgrund des Kaufvertrages empfangene Leistung. Dem Beklagten sind von der Klägerin keine solchen Ansprüche oder andere Beihilfen, sondern nur das Eigentum und der Besitz an den landwirtschaftlichen Flächen übertragen worden. Die Zahlungsansprüche sind weder rechtliche Bestandteile dieses Eigentums (§ 96 BGB) noch bilden sie mit den herauszugebenden landwirtschaftlichen Flächen eine wirtschaftliche Einheit, die nur als Ganzes zurückgewährt werden könnte.

9 Wie der Bundesgerichtshof im Zusammenhang mit der Beendigung von Pachtverträgen ausgeführt hat, handelt es sich bei Zahlungsansprüchen nach dem Betriebsprämien-durchführungsgesetz um eine dem Betriebsinhaber zugewiesene, personenbezogene Beihilfe. Ihre erstmalige Zuweisung erfolgte zwar flächenbezogen und setzte somit die Bewirtschaftung landwirtschaftlicher Flächen voraus. In der Folge sind die Zahlungsansprüche aber nicht an die Bewirtschaftung bestimmter Flächen oder an eine konkrete landwirtschaftliche Nutzung gebunden, vielmehr kann der Betriebsinhaber über sie (auch ohne eine Fläche) verfügen und diese entweder durch Veräußerung oder durch Aktivierung auf anderen Flächen nutzen (vgl. näher BGH, Urt. vom 24. November 2006, LwZR 1/06, NJW-RR 2007, 1279, 1281 f. [= GuT 2007, 146]; Urt. v. 24. April 2009, LwZR 11/08, NJW-RR 2009, 1714, 1715 [= GuT 2010, 104]). Die Zuordnung auf den Betriebsinhaber hindert eine Einbeziehung der Ansprüche in den pachtrechtlichen Herausgabeanspruch (BGH, Beschl. vom 24. November 2006, LwZR 1/06, a. a. O., S. 1281 [= GuT 2007, 146] Rdn. 27) ebenso wie in einen landwirtschaftliche Flächen betreffenden Rückgewähranspruch nach § 346 BGB.

10 b) Aus der in § 346 Abs. 1 BGB enthaltenen Verpflichtung, gezogene Nutzungen herauszugeben, folgt der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch ebenfalls nicht.

11 Bei den Zahlungsansprüchen handelt es sich nicht um Nutzungen der verkauften Ackerflächen. Der Begriff der Nutzung umfasst neben den Früchten zwar auch die Vorteile, welcher der Gebrauch der Sache gewährt (§ 100 BGB). Allerdings fallen Vorteile, die nicht durch den Gebrauch, sondern nur mittels der Sache gewonnen werden, nicht darunter (vgl. RGRK-Kregel, BGB, 12. Aufl., § 100 Rdn. 4; Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB <2004>, § 100 Rdn. 4). Um einen solchen, nur mittels der Sache erzielten Vorteil handelt es bei den Zahlungsansprüchen nach dem Betriebsprämien-durchführungsgesetz schon deshalb, weil die Bewirtschaftung landwirtschaftlicher Flächen nur eine von mehreren Voraussetzungen für deren erstmalige Zuteilung war.

12 Im Übrigen haben die Parteien die Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe von Nutzungen durch die Regelung in § 8 des Kaufvertrages („Rechtsfolgen bei Beendigung des Vertrages“) abbedungen; denn darin hat die Klägerin für den Fall eines Rücktritts auf die Geltendmachung eines Nutzungsentgelts für die Ausübung des Besitzes durch den Käufer nach Eingang des Kaufpreises verzichtet. Dieser Verzicht umfasst zwar nur die während der Besitzzeit gezogenen Nutzungen, stünde also der Pflicht zur Herausgabe von Vorteilen, die dem Be-

klagten nach Rückgabe der Flächen verbleiben, nicht entgegen. Jedoch kann es sich bei solchen Vorteilen nicht um Nutzungen im Rechtssinne (§ 100 BGB) handeln. Bestehen sie nach Aufgabe des Besitzes fort, belegt dies, dass sie nicht aus der Sache oder deren Gebrauch gezogen werden, sondern (ursprünglich) nur mittels der Sache erlangt worden sind.

13 3. Ein Anspruch der Klägerin auf Übertragung der Zahlungsansprüche folgt schließlich nicht aus einer ergänzenden Auslegung des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrages.

14 Es fehlt an der hierfür notwendigen planwidrigen Regelungslücke. Eine solche kann nur angenommen werden, wenn die Parteien mit den getroffenen Regelungen ein bestimmtes Ziel erreichen wollten, dies wegen der Lückenhaftigkeit des Vereinbarung aber nicht gelungen ist. Hingegen darf die ergänzende Vertragsauslegung nicht herangezogen werden, um einem Vertrag aus Billigkeitsgründen einen zusätzlichen Regelungsgehalt zu verschaffen, den die Parteien objektiv nicht vereinbaren wollten (vgl. Senat, Urt. v. 13. Februar 2004, V ZR 225/03, WPM 2004, 2125, 2126 m.w.N.).

15 Vorliegend fehlt jeglicher Anhaltspunkt dafür, dass die Parteien eine Verpflichtung des Käufers begründen wollten, im Zusammenhang mit der Bewirtschaftung der verkauften Flächen erlangte staatliche Beihilfen bei einer Rückabwicklung des Kaufvertrages auf die Klägerin oder einen von ihr zu benennenden Dritten zu übertragen. Der Vertrag enthält keine Verpflichtungen des Käufers, die sicherstellen sollen, dass die Bewirtschaftung der verkauften Flächen bei einer Rückabwicklung des Kaufvertrages unverändert fortgeführt werden kann, insbesondere keine Vereinbarung, nach der der Käufer alle diesem Zweck dienenden Ansprüche auf Beihilfe an die Klägerin oder einen neuen Erwerber der Flächen zu übertragen hat (vgl. zur Annahme eines solchen Parteiwillens: BGH, Urt. vom 24. April 2009, LwZR 11/08, NJW-RR 2009, 1714, 1715 f. [= GuT 2010, 104] Rdn. 20).

16 Der Einwand der Revisionserwidern, der Beklagte habe kein schutzwürdiges Interesse daran, die ihm letztlich durch falsche Angaben zugeteilten Ansprüche nach dem Betriebsprämien-durchführungsgesetz zu behalten, ist als reine Billigkeits-erwägung nicht geeignet, eine planwidrige Regelungslücke aufzuzeigen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

### § 1 FIERwV

**Erwerb von Forstwirtschaftsfläche als Ausgleichsleistung; AusgLeistG; Lebensmittelpunkt nahe der Betriebsstätte; Ortsansässigkeit; sekundäre Beweislast; MRRG**

**a) Der Lebensmittelpunkt des Erwerbers ist nicht allein anhand formaler Gesichtspunkte wie der polizeilichen Meldung, sondern in wertender Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände zu bestimmen.**

**b) Dabei müssen sich zwar nicht sämtliche Lebensbeziehungen des Erwerbers auf einen Ort konzentrieren. Sie müssen sich aber an einem Ort in der Nähe der Betriebsstätte so verdichten, dass ein Engagement des Erwerbers vor Ort erkennbar wird.**

(BGH, Urteil vom 25. 9. 2009 – V ZR 13/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte bewarb sich bei der Klägerin unter Vorlage eines Betriebskonzepts um den Erwerb forstwirtschaftlich genutzter Flächen nach § 3 AusgLeistG. In einer Erklärung vom 28. Juli 2001 verpflichtet er sich dazu, seinen Hauptwohnsitz in die Nähe der Betriebsstätte zu verlegen. Auf dieser Grundlage verkaufte ihm die Klägerin mit notariellem Vertrag vom 25. Februar 2002 etwa 276 ha forstwirtschaftlich genutzte Flächen im Landkreis Parchim für 264.729,99 €. Sie ist nach dem Vertrag zum Rücktritt berechtigt, wenn der Beklagte seinen Hauptwohnsitz nicht in die Nähe der Betriebs-

stätte verlegt und dort nicht für die Dauer von 20 Jahren nach Abschluss des Vertrags beibehält. Der Beklagte hat eine Wohnung in Frankfurt am Main, wo er als Jurist bei einer Großbank angestellt und außerdem als Rechtsanwalt zugelassen ist. Er ist seit dem 25. Februar 2004 mit Hauptwohnsitz in dem Ortsteil K. des in der Nähe der erworbenen forstwirtschaftlichen Flächen gelegenen Orts C. gemeldet, wo er separate Wohnräume im Haus seines Bruders hat.

2 Mit Schreiben vom 3. März 2005 trat die Klägerin vom Vertrag zurück. Sie verlangt dessen Rückabwicklung sowie die Feststellung, dass sich der Beklagte seit dem 26. Mai 2005 in Verzug mit der Annahme der Rückzahlung des Kaufpreises befindet. Sie meint, der Beklagte habe seinen Hauptwohnsitz nur formal nach K. verlegt, in der Sache aber in Frankfurt am Main belassen.

3 Das Landgericht Schwerin hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht Rostock die Klage abgewiesen. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hält den Rücktritt für unwirksam. Der Beklagte habe nicht versäumt, seinen Hauptwohnsitz in die Nähe der Betriebsstätte zu verlegen. Der Begriff des Hauptwohnsitzes sei so auszulegen wie der gleiche Begriff in § 1 Abs. 3 FIERwV. Der Kaufvertrag der Parteien diene der Umsetzung von § 3 AusglLeistG und sei dem Verwaltungsprivatrecht zuzuordnen. Solche Verträge seien in Übereinstimmung mit den Vorschriften zu verstehen, die ihnen zugrunde lägen. Nach § 1 Abs. 3 FIERwV sei auf den Lebensmittelpunkt des Käufers abzustellen. Für die Auslegung dieser Vorschrift wiederum komme es nicht darauf an, wie der Begriff des Lebensmittelpunkts in § 12 MRRG verstanden werde. Denn der Ordnungsgeber habe sich von dem Melderecht abheben wollen. Neben dem Ort der Wohnung, an dem man sich „quantitativ“ am meisten aufhalte, seien unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Regelung auch Aspekte einzubeziehen, die besondere Bindungen zu einem Ort belegen. Dabei spielten die Lage der Wohnräume, die hauptsächliche Ausübung des Berufs, die gesellschaftliche Verankerung, soziales und politisches Engagement, familiäre Bindungen und ähnliche Kriterien eine Rolle. Diese müssten in einer Gesamtschau miteinander abgewogen werden. Dabei ergebe sich hier, dass der Beklagte seinen Hauptwohnsitz in K. habe.

5 II. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung im entscheidenden Punkt nicht stand.

6 1. Die Klägerin kann nach § 346 Abs. 1 BGB von dem Beklagten verlangen, ihr - Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises - die verkauften Flächen aufzulassen, ihre Eintragung als Eigentümerin zu bewilligen und ihr die Flächen herauszugeben, weil sie von dem Vertrag auf Grund des darin vorgesehenen Rücktrittsrechts wirksam zurückgetreten ist. Ferner ist nach § 256 ZPO festzustellen, dass sich der Beklagte seit dem 26. Mai 2005 gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug befindet, weil er das Rückzahlungsangebot der Klägerin unberechtigt zurückgewiesen hat.

7 2. Der Rücktritt der Klägerin setzt nach § 9 Nr. 2 Buchstabe e des Kaufvertrags der Parteien voraus, dass es der Beklagte versäumt, seinen Hauptwohnsitz innerhalb von zwei Jahren nach Abschluss des Kaufvertrags in die Nähe der Betriebsstätte zu verlegen. Diese Voraussetzung ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts eingetreten.

8 a) Der in der Rücktrittsklausel verwendete Begriff des Hauptwohnsitzes ist, was das Berufungsgericht nicht verkennt, nicht autonom auszulegen. Der Kaufvertrag der Parteien dient dazu, dem Beklagten den verbilligten Erwerb forstwirtschaftlich genutzter Flächen unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 8 AusglLeistG in der vor dem Inkrafttreten des Flächenerwerbsänderungsgesetzes (vom 3. Juli 2009, BGBI. I S. 1688) am 11. Juli 2009 geltenden, für den vorliegenden Fall nach § 7 Ausgl-

LeistG maßgeblichen Fassung zu ermöglichen. Bei dem Abschluss und der Ausgestaltung der dazu nach § 10 Abs. 1 FIERwV abzuschließenden Kaufverträge ist die Klägerin als die von der Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben nach §§ 7 Satz 1 und 14 Satz 1 FIERwV beauftragte Privatisierungsstelle nicht frei, sondern an die Vorgaben des Gesetzes gebunden (Senat, Urt. v. 4. Mai 2007, V ZR 162/06, ZOV 2007, 30; Urt. v. 10. Juli 2009 V ZR 72/08, juris). Sie hat deshalb den Bestand des Erwerbs mit der Rücktrittsklausel, wie nach § 3 Abs. 8 Satz 1 Buchstabe b AusglLeistG a.F. mit § 4 Abs. 2 Satz 1 FIERwV a.F. geboten, davon abhängig gemacht, dass der Beklagte ortsansässig wird, indem er in der Nähe der Betriebsstätte seinen Hauptwohnsitz begründet. Ob der Beklagte seinen Hauptwohnsitz in C. begründet hat, bestimmt sich deshalb nach dem für die Auslegung von § 4 Abs. 2 Satz 1 FIERwV a.F. nach § 7 Abs. 2 AusglLeistG maßgeblichen § 1 Abs. 3 FIERwV.

9 b) Danach ist Hauptwohnsitz der Lebensmittelpunkt des Berechtigten, hier des Beklagten.

10 aa) Wie der Lebensmittelpunkt zu bestimmen ist, wird im Ansatz unterschiedlich beurteilt. Einem Hinweis der Begründung des Entwurfs der Flächenerwerbsverordnung auf das Melderecht (BR-Drucks. 741/95 S. 31) wird teilweise entnommen, dass von der Regelung in dem heutigen, inhaltlich unverändert aber auch schon bei Erlass der Flächenerwerbsverordnung geltenden § 12 Abs. 2 Sätze 1 und 5 MRRG auszugehen und der Lebensmittelpunkt nach dem Schwerpunkt der Lebensbeziehungen des Erwerbers zu bestimmen sei (OLG Rostock, Urt. v. 6. Dezember 2007, 7 U 57/06, unveröff., Umdruck S. 8 f.; OLG Dresden, Urt. v. 28. Oktober 2008, 9 U 1663/07, unveröff., Umdruck S. 7, dazu Senatsbeschl. v. 7. Mai 2009, V ZR 222/08, unveröff.). Teilweise wird aus der erwähnten Textstelle der Entwurfsbegründung der Schluss gezogen, dass gerade nicht von dem Melderecht auszugehen sei. Nach einer Meinung ist der Lebensmittelpunkt stattdessen wie der Wohnsitz nach § 7 BGB zu ermitteln (in diesem Sinne: OLG Brandenburg, Urt. v. 5. Juni 2008, 5 U 61/07, juris, Rdn. 59, dazu Senatsbeschl. v. 8. Januar 2009, V ZR 122/08, unveröff.; KG, Urt. v. 6. November 2008, unveröff. Umdruck S. 11 f., anhängig bei dem Senat unter V ZR 236/08; Witt, Der Flächenerwerb in den neuen Bundesländern, 1996, S. 31). Nach anderer Ansicht ist er, wie auch das Berufungsgericht meint, in Anlehnung an die Rechtsprechung des Senats zu § 5 Abs. 3 SachenRBERG (Urt. v. 13. Mai 2005, V ZR 191/04, NJW-RR 1005, 1256, 1257 [= WuM 2005, 605 KL]) eigenständig zu bestimmen (OLG Rostock, Urt. v. 7. August 2008, 3 U 20/08, unveröff., dazu Senatsbeschl. v. 28. Mai 2008, V ZR 170/08, unveröff.).

11 bb) Diese Frage bedarf keiner Entscheidung. Die unterschiedlichen Ansätze führen nämlich nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen (OLG Naumburg AUR 2005, 334, 335 = AUR 2006, 30). Es besteht im Gegenteil Einigkeit darüber, dass der Lebensmittelpunkt des Erwerbers nach § 3 AusglLeistG ebenso wie der eines Nutzers im Rahmen von § 5 Abs. 3 SachenRBERG (dazu Senat, Urt. v. 13. Mai 2005, V ZR 191/04, aaO) nicht allein anhand formaler Gesichtspunkte wie der polizeilichen Meldung, sondern in wertender Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände zu bestimmen ist. Einigkeit besteht auch darüber, dass es der Annahme des Lebensmittelpunkts nicht entgegensteht, wenn sich der Erwerber zeitweilig an anderer Stelle aufhält (vgl. dazu den Fall OLG Brandenburg, Urt. v. 5. Juni 2008, 5 U 61/07, juris; hiervon geht auch der zu diesem Urteil ergangene Senatsbeschl. v. 8. Januar 2009, V ZR 122/08, unveröff., aus). Entscheidend ist vielmehr, dass sich der Schwerpunkt seiner Lebensbeziehungen in der Nähe der Betriebsstätte befindet.

12 c) Davon geht auch das Berufungsgericht aus. Seine tatrichterliche Würdigung ist revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar (dazu: BGH, Urt. v. 14. Oktober 2003, VI ZR 425/02, NJW-RR 2004, 425, 426; Senat, Urt. v. 26. November 2004, V ZR 119/04, MittBayNot 2005, 395; Urt. v. 5. Mai 2006,

V ZR 236/05, NJW-RR 2006, 1242; Urt. v. 16. Januar 2009, V ZR 133/08, NJW 2009, 1262, 1264, vorgesehen für BGHZ 179, 238). Sie ist in diesem Rahmen aber zu beanstanden.

13 aa) Der Schwerpunkt der Lebensbeziehungen einer Person lässt sich zwar nur mit einer wertenden Betrachtung der relevanten Umstände feststellen. Diese wertende Betrachtung darf aber nicht den Zweck aus dem Blick verlieren, zu dem die jeweilige Vorschrift eine Feststellung des Lebensmittelpunkts verlangt. Im Rahmen von § 5 Abs. 3 SachenRBerG geht es z. B. nicht darum, abstrakt den Lebensmittelpunkt des Nutzers zu ermitteln. Sie ist nur ein Hilfsmittel, um die eigentlich entscheidende Frage zu beantworten, ob dem Nutzer das von ihm auf einem fremden Grundstück errichtete Wohnhaus am 3. Oktober 1990 als Wohnung gedient hat. Auch § 3 Abs. 8 AusglLeistG a.F. und § 4 Abs. 2 Satz 1 FlErwV a.F. knüpfen nicht abstrakt an den Hauptwohnsitz des Erwerbers an. Der verbilligte Walderwerb nach § 3 Abs. 8 Satz 1 Buchstabe b AusglLeistG a.F. soll vielmehr nicht jedem offen stehen, sondern nur dem Erwerber, der in der Nähe der Betriebsstätte auch ortsansässig werden will. Das Erfordernis der Ortsansässigkeit soll ausschließen, dass Personen ohne regionalen Bezug Flächen erwerben und mit einem Betriebsleiter vor Ort bewirtschaften. In Konkurrenz zu den örtlichen Interessenten sollen andere Personen Flächen nur dann verbilligt pachten und erwerben können, wenn sie sich selbst vor Ort engagieren (Senat, Urt. v. 4. Mai 2007, V ZR 162/06, ZOV 2007, 30, 33; Zilch, in Motsch/Rodenbach/Löffler/Schäfer/Zilch, Kommentar zum Entschädigungs- und Ausgleichleistungsgesetz, 1995, § 3 AusglLeistG Rdn. 58 u. 61). Ein solches Engagement setzt zwar nicht voraus, dass sich sämtliche Lebensbeziehungen des Erwerbers auf einen Ort konzentrieren (Senat, Urt. v. 4. Mai 2007, aaO S. 32 f.; diese Sicht liegt auch dem Senatsbeschl. v. 7. Mai 2009, V ZR 222/08, unveröff., zu OLG Dresden, Urt. v. 28. Oktober 2008, 9 U 1663/07, zugrunde). Sie müssen sich aber an einem Ort in der Nähe der Betriebsstätte so verdichten, dass das erforderliche Engagement vor Ort erkennbar wird.

14 bb) Ein solches Engagement vor Ort lässt sich allerdings nicht, das ist dem Berufungsgericht einzuräumen, an Äußerlichkeiten wie Größe und Komfort der dort eingerichteten Wohnung festmachen (a. M. OLG Rostock, Urt. v. 7. August 2008, 3 U 20/08, unveröff., für den Senatsbeschl. v. 28. Mai 2009, V ZR 170/08, zu diesem Urteil kam es hierauf nicht an). Erforderlich, aber ausreichend ist vielmehr, dass der Erwerber seine Betriebsstätte nicht nur sporadisch und nur bei Bedarf aufsucht. Er muss Bindungen an den Ort in der Nähe der Betriebsstätte aufbauen und unterhalten, die über das rein Geschäftliche hinausgehen. So war der Erwerber in dem erwähnten Fall des OLG Dresden (Urt. v. 28. Oktober 2008, aaO) in örtlichen Vereinigungen engagiert; er machte mit seiner Familie Urlaub auf dem Hof und war nach Angaben von Angestellten seines westdeutschen Hofes im Sommer „wochenlang“ abwesend, weil er sich auf dem ostdeutschen Hof aufhielt. Ohne ein derartiges über das Geschäftliche hinausgehendes Engagement vor Ort hat ein Erwerber keinen für die Zwecke des § 3 AusglLeistG ausreichenden Schwerpunkt seiner Lebensbeziehungen vor Ort.

15 cc) Ein solches Engagement hat der Beklagte nicht substantiiert vorgetragen.

16 (1) Das war allerdings zunächst auch nicht seine, sondern Aufgabe der Klägerin. Sie stützt ihre Ansprüche auf den von ihr erklärten Rücktritt und hat deshalb darzulegen und zu beweisen, dass der Grund für den Rücktritt eingetreten ist und der Beklagte seinen Wohnsitz nicht innerhalb der in der Rücktrittsklausel vorgesehenen Zwei-Jahres-Frist nach K. verlegt hat. Zu berücksichtigen ist indessen, dass die Klägerin außerhalb dieses für ihr Rücktrittsrecht ausschlaggebenden Geschehens steht und die für die Beurteilung der Frage, wo der Beklagte seinen Lebensmittelpunkt hat, relevante Umstände nicht kennt.

17 (2) Bei einem derartigen Informationsdefizit des Gläubigers kann der Schuldner nach den in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Grundsätzen der sekundären

Darlegungslast (dazu: BGHZ 120, 320, 327 f.; 145, 170, 184; BGH, Urt. v. 17. Februar 2004, X ZR 108/02, WPM 2005, 571, 573; Urt. v. 27. April 2009, II ZR 253/07, WPM 2009, 1145, 1146) gehalten sein, auf Grund eines erwidlungsfähigen Primärvortrags des Gläubigers seinerseits zu dem Geschehen vorzutragen. Voraussetzung dafür ist, dass der Schuldner dazu in der Lage und ihm das zuzumuten ist (BGHZ 145, 170, 184). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Umstände, anhand derer sein Lebensmittelpunkt zu bestimmen ist, kennt allein der Beklagte. Nur er kann Auskunft darüber geben, ob und wie er sich in dem erforderlichen Umfang vor Ort engagiert. Vortrag dazu ist ihm auch zumutbar. Die Klägerin durfte dem Beklagten die Waldflächen verbilligt nur verkaufen, wenn er nach § 3 Abs. 8 AusglLeistG a. F. erwerbsberechtigt war. Das war der Beklagte nach § 8 Abs. 8 Satz 1 Buchstabe b AusglLeistG nur, wenn er in der Nähe der Waldflächen ortsansässig wurde. Die Klägerin hat dem Beklagten die Waldflächen nach § 9 Nr. 1 des Vertrags auch nur in der Erwartung verkauft, der Beklagte werde die gesetzlichen Voraussetzungen seiner Erwerbsberechtigung herstellen. Sie kann deshalb von ihm erwarten, dass er sich hierzu im Streitfall substantiiert äußert.

18 (3) Die Klägerin selbst hat substantiierten Primärvortrag dazu gehalten, dass der Beklagte seinen Wohnsitz nicht nach K. verlegt, sondern in Frankfurt am Main behalten hat. Danach hält sich der Beklagte, quantitativ betrachtet, den deutlich überwiegenden Teil des Jahres in Frankfurt am Main auf, wo er als Angestellter einer Großbank und als Rechtsanwalt arbeitet. Eine eigene Wohnung hat der Beklagte auch nur dort. In K. stehen ihm demgegenüber nur eigene Räume im Hause seines Bruders zur Verfügung. Diese von dem Beklagten eingeräumten Umstände ergeben nicht, dass sich der Beklagte sichtbar vor Ort engagiert und damit seinen Lebensmittelpunkt (auch) in der Nähe seiner Betriebsstätte begründet hat. Es war deshalb Aufgabe des Beklagten, zusätzliche Umstände vorzutragen, aus denen sich das ableiten ließe. Daran fehlt es. Er hat zwar vorgebracht, seine Betriebsstätte des Öfteren aufgesucht und mit dem Betriebsleiter Einzelheiten besprochen zu haben. Solche Kontakte gehen nicht über das geschäftlich Nötige hinaus. Seinem Vortrag ist auch sonst kein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen, dass und wie sich der Beklagte in seinem Betrieb oder in anderer Weise vor Ort sozial oder in anderer Weise sichtbar engagiert. Seine Kontakte beschränken sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auf die Familie seines Bruders und auf ein „gelegentliches Bierchen“ mit (Jagd-) Bekannten. Das vermag das Erfordernis der Ortsansässigkeit, um dessen Feststellung es hier letztlich geht, nicht auszufüllen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

#### §§ 596, 280 BGB

#### Pacht; Landwirtschaftssache; Rückgabe gepachteten Weinbergs nach Rodung der Weinstöcke

**Die Rückgabe eines gepachteten Weinbergs im Zustand einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung kann nach einer Rodung der Rebstöcke die Wiederbepflanzung mit Rebstöcken erfordern.**

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Versäumnisurteil vom 24. 4. 2009 – LwZR 3/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist Eigentümer eines 18.338 qm großen Weinbergs. Seine Rechtsvorgänger verpachteten mit Vertrag vom 17. Dezember 1973 eine als „Weinbergsgelände“ bezeichnete unbestockte Teilfläche von 5000 qm an den Rechtsvorgänger der Beklagten. Dieser bepflanzte die Fläche im Jahr 1975 mit Reben. Das Pachtverhältnis endete am 30. November 1996. Der Rechtsvorgänger der Beklagten gab die Fläche an diesem Tag zurück, nachdem er zuvor die Rebstöcke gerodet hatte. Wiederbepflanzungsrechte wurden ihm auf seinen Antrag zugebucht; er hat sie weder verbraucht noch mobilisiert.

2 Mit der Behauptung, die Fläche sei 1996 noch ertragsfähig und nicht abgängig gewesen, hat der Kläger Schadensersatz in Höhe von 42.743,69 € nebst Zinsen, hilfsweise die Verurteilung des Rechtsvorgängers der Beklagten zur Übertragung der Wiederbepflanzungsrechte, sowie je 19.096,44 € nebst Zinsen als entgangenen Gewinn für die Jahre 1998 bis 2003, die Feststellung der Verpflichtung des Rechtsvorgängers der Beklagten zur Zahlung weiteren Schadensersatzes und schließlich dessen Verurteilung zur Vorlage der Erntemeldungen für die Jahre 1994 bis 1996 verlangt. Das Amtsgericht Alzey - Landwirtschaftsgericht - hat den Rechtsvorgänger der Beklagten lediglich zur Übertragung der Wiederbepflanzungsrechte auf den Kläger verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben.

3 Mit der von dem Senat zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von je 19.096,44 € nebst Zinsen für die Jahre 1998 bis 2003 sowie die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz weiteren Schadens.

4 **Aus den Gründen:** I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts [OLG Koblenz] entsprach die Bepflanzung mit Rebstöcken der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung der Pachtfläche. Nach der Beendigung des Pachtverhältnisses sei der Rechtsvorgänger der Beklagten zur Rückgabe der Fläche in dem Zustand verpflichtet gewesen, der einer bis dahin fortgesetzten ordnungsgemäßen Bewirtschaftung entsprochen habe. Diese Pflicht habe der Rechtsvorgänger der Beklagten nicht verletzt. Denn nach dem Ergebnis der vor dem Landwirtschaftsgericht und dem Berufungsgericht durchgeführten Beweisaufnahme stehe fest, dass die Rebanlage im Jahr 1996 abgängig gewesen sei und somit die Rodung der Rebstöcke ordnungsgemäßer Bewirtschaftung entsprochen habe. Sie stelle deshalb auch keine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung dar.

5 Das hält der rechtlichen Nachprüfung in dem angefochtenen Umfang nicht stand.

13 [...] II. 3. Für die neue Verhandlung und Entscheidung weist der Senat auf Folgendes hin:

14 a) Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Pächter seiner Pflicht, die Pachtsache nach Beendigung des Pachtverhältnisses in dem Zustand zurückzugeben, der einer bis zur Rückgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirtschaftung entspricht (§ 596 Abs. 1 BGB), dann genügt, wenn sich die Pachtsache dabei in einem nach landwirtschaftlich fachlichen Kriterien ordnungsmäßigen Zustand befindet, selbst wenn dieser Zustand weniger gut ist als bei Vertragsbeginn (Hötzel in Faßbender/Hötzel/Lukanow, Landpachtrecht, 3. Aufl., § 596 BGB Rdn. 4). Ebenfalls zutreffend hat es bei einem Verstoß gegen diese Pflicht eine Schadensersatzpflicht des Pächters wegen positiver Vertragsverletzung (nunmehr § 280 Abs. 1 BGB) angenommen, wenn der Pächter die Schlechterfüllung zu vertreten hat (Staudinger/von Jeinsen, BGB <2005>, § 596 Rdn. 28; Faßbender/Hötzel/Lukanow, aaO, Rdn. 31; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, Landpachtrecht, 4. Aufl., § 596 Rdn. 20).

15 b) Allerdings hat es das Berufungsgericht jedoch bei der Feststellung bewenden lassen, dass die Rodung der Rebstöcke durch den Beklagten der ordnungsmäßigen Bewirtschaftung der Pachtfläche entsprochen habe. Damit steht jedoch noch nicht fest, ob auch die Rückgabe der gerodeten Fläche den Anforderungen des § 596 Abs. 1 BGB genüge. Möglich ist, dass die bis zur Rückgabe fortgesetzte ordnungsmäßige Bewirtschaftung nach der Rodung die Wiederbepflanzung mit Rebstöcken erforderte. Ob dieser von dem Kläger in der Revisionsinstanz aufgezeigte Gesichtspunkt bei der neuen Verhandlung und Entscheidung zu berücksichtigen ist, und wenn ja, mit welchem Ergebnis, muss das Berufungsgericht klären.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 6, 29 BJagdG; § 9 NdsJagdG  
Jagdrecht; Jagdpacht; Jagdbezirk;  
Ersatzanspruch für Wildschäden; Wildschweine;  
Hausgrundstück im befriedeten Bezirk;  
Föderalismusreform**

a) § 29 BJagdG gewährt keinen Ersatzanspruch für Wildschäden, die auf solchen Grundflächen entstehen, die in einem so genannten befriedeten Bezirk (hier gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 und 6 NdsJagdG) liegen und auf denen gemäß § 6 BJagdG die Jagd ruht.

b) Dies gilt auch dann, wenn das einschlägige Landesjagdgesetz, wie in Niedersachsen - im Unterschied zu den meisten anderen Bundesländern -, keine ausdrückliche Regelung enthält, dass Wildschäden auf solchen Grundstücken nicht zu erstatten sind.

(BGH, Urteil vom 4. 3. 2010 – III ZR 233/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist in der niedersächsischen Ortschaft B. Eigentümer eines Grundstücks, das nach seiner Darstellung Teil eines gemeinschaftlichen Jagdbezirks im Sinne des § 8 Abs. 1 des Bundesjagdgesetzes (BJagdG) ist. Die Beklagte ist Jagdpächterin in diesem Bezirk; in dem mit der Jagdgenossenschaft geschlossenen Pachtvertrag übernahm sie die Verpflichtung, Wildschaden zu ersetzen.

2 Am 19. Oktober 2007 lief eine Rotte Wildschweine durch B. und verursachte an dem das Grundstück des Klägers umgebenden Zaun einen Schaden, der nach den Feststellungen eines Wildschadenschätzers etwa 1200 € betrug. Einen Ausgleich dieses von ihm bei der Samtgemeinde S. am 23. Oktober 2007 angemeldeten Schadens lehnte diese mit Bescheid vom 27. November 2007 ab.

3 Der Kläger verlangt von der Beklagten Zahlung von 1200 € nebst Zinsen sowie 78,90 € außergerichtliche Anwaltskosten. Das Amtsgericht Bremervörde hat seine Klage abgewiesen; auf seine Berufung hat das Landgericht Stade die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt sie weiterhin die Abweisung der Klage.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen eines Wildschadensersatzanspruchs nach § 29 Abs. 1 Satz 1, 3 BJagdG als erfüllt angesehen, eine Haftung unter dem Gesichtspunkt einer unerlaubten Handlung dagegen mangels Verschuldens verneint. Es hat seiner Beurteilung zugrunde gelegt, dass das Grundstück des Klägers Teil eines gemeinschaftlichen Jagdbezirks im Sinne des § 8 Abs. 1 BJagdG sei. Dies habe das Amtsgericht als unstreitig festgestellt; die Beklagte habe sich dagegen nicht rechtzeitig gewandt. Darüber hinaus könne sie dem Anspruch des Klägers nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass sich sein Grundstück in einem befriedeten Bezirk befinde und dort die Jagd gemäß § 6 Satz 1 BJagdG ruhe. Ein Ersatzanspruch auch für Wildschäden auf befriedeten Grundstücken sei weder in § 29 BJagdG noch - anders als in zahlreichen anderen Bundesländern - durch niedersächsisches Landesrecht ausdrücklich ausgeschlossen worden; daraus folge im Umkehrschluss eine entsprechende Schadensersatzverpflichtung der Jagdgenossenschaft beziehungsweise des Jagdpächters. Mit der Zuerkennung eines derartigen Anspruchs werde zugleich ein Ausgleich dafür geschaffen, dass die Fläche des befriedeten Bezirks, auch wenn dort nicht gejagt werden dürfe, jedenfalls zum Wert des gemeinschaftlichen Jagdbezirks beitrage.

5 II. Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

6 Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Voraussetzungen für einen Wildschadensersatzanspruch nach § 29 Abs. 1 Satz 1, 3 BJagdG vorliegen, insbesondere das Grundstück des Klägers Teil eines gemeinschaftlichen Jagdbezirks im Sinne des § 8 Abs. 1 BJagdG ist. Auch bei Zugrundelegung dieses - erst in zweiter Instanz von der Beklagten bestrittenen - Umstands kann der Kläger sein Zahlungsbegehren nicht auf § 29 BJagdG stützen. Sein Hausgrundstück mit Garten unterfällt der Vorschrift

des § 9 Abs. 1 Nr. 2 und 6 des Niedersächsischen Jagdgesetzes (NdsJagdG) und stellt damit einen befriedeten Bezirk dar, in dem nach § 6 BJagdG die Jagd ruht und damit nicht ausgeübt werden darf. Wildschäden, die in solchen Bezirken entstehen, unterfallen aber nicht dem Anwendungsbereich des § 29 Abs. 1 BJagdG.

7 1. Nach dem Wortlaut des § 29 Abs. 1 Satz 1 BJagdG ist Voraussetzung für einen Wildschadensersatzanspruch lediglich, dass ein zu einem gemeinschaftlichen Jagdbezirk gehörendes oder einem gemeinschaftlichen Jagdbezirk angegliedertes Grundstück durch Schalenwild, Wildkaninchen oder Fasane beschädigt wird; dagegen ist die Ersatzfähigkeit von Wildschäden in befriedeten Bezirken nicht ausdrücklich ausgeschlossen.

8 In Anlehnung an diesen Wortlaut wird von Teilen der Literatur die Auffassung vertreten, dass zumindest in den Ländern (wie Niedersachsen), in denen der Ersatz von Wildschäden in befriedeten Bezirken nicht durch das jeweilige Landesrecht ausgeschlossen ist, derartige Schäden zu ersetzen sind (vgl. Heinen, Das Jagdrecht in Niedersachsen, 2. Aufl. 1981, § 29 BJagdG, Erl. III, 1; Rose, Jagdrecht in Niedersachsen, 30. Aufl. 2008, § 6 BJagdG Erl. 4 und § 29 BJagdG Erl. 2, sowie ders., Jagdrecht in Nordrhein-Westfalen, 2004, § 29 BJagdG/§ 32 LJagdG, Erl. 2; Mitzschke/Schäfer, Kommentar zum Bundesjagdgesetz, 4. Aufl. 1982, § 29 Rn. 23, 24, anders noch die Voraufl. Anm. 13; wohl auch Schulz, Das Jagdrecht in Mecklenburg-Vorpommern <Stand 2005> § 6 BJagdG Erl. 3, der den Abschluss der Ersatzpflicht durch das Landesjagdgesetz als „Erweiterung“ ansieht; Belgard, Wildschadensersatz in befriedeten Bezirken, RdL 1974, 225 f.; unklar Rühling/Selle, Das Bundesjagdgesetz 1953, bejahend § 6 Anm. 3, verneinend § 29 Anm. 2).

9 Nach der Gegenmeinung sind Wildschäden, die auf Grundflächen entstehen, die in einem befriedeten Bezirk liegen, nach § 29 Abs. 1 BJagdG nicht zu ersetzen (vgl. AG Mülheim, JE IX Nr. 77, S. 28; Schuck/Stamp, aaO, § 29 Rn. 9; Leonhardt, Jagdrecht, <Stand 2009> § 29 BJagdG Erl. 2; Schandau, Das Jagdrecht in Nordrhein-Westfalen, 5. Aufl. <Stand 4. 2001> § 29 BJG, § 32 LJG, Erl. III; Staudinger/Belling, aaO, § 835 Rn. 6; Kümmerle/Nagel, Jagdrecht in Baden-Württemberg, 9. Aufl. 2003, Erl. zu §§ 29, 30 BJagdG, S. 179; Metzger, in: Lorz/Metzger/Stöckel, Jagdrecht Fischereirecht, 3. Aufl. 1998, § 6 BJagdG Rn. 2; Drees, aaO, S. 11 f).

10 Der Senat schließt sich der letzteren Auffassung an.

11 2. Gegen das Normverständnis des Berufungsgerichts und der erstgenannten Literaturmeinung sprechen maßgeblich die für die Normierung einer verschuldensunabhängigen Wildschadenshaftung nach § 29 Abs. 1 BJagdG maßgeblichen Gesichtspunkte und deren Zweckrichtung sowie der erkennbar darauf beruhende gesetzgeberische Wille.

12 a) Der Anordnung der Wildschadenshaftung in dieser Bestimmung liegt die Erwägung zugrunde, dass der Grundeigentümer aufgrund des gesetzlich begründeten Wegfalls seiner Jagdbefugnis zugunsten des Jagdausübungsberechtigten bestimmte Beeinträchtigungen durch Wild nicht durch Jagd abwehren kann und darf und dadurch entstehende Beschädigungen hinnehmen muss. Auf den Wildbestand kann er keinen Einfluss nehmen. Dagegen ist es dem Jagdausübungsberechtigten eher möglich, durch geeignete Maßnahmen wie Bejagung und Fütterung Wildschäden zu vermeiden. Die Wildschadenshaftung soll somit einen Ausgleich dafür darstellen, dass dem Grundeigentümer ausreichende Abwehrmöglichkeiten gegen das Schaden verursachende Wild versagt sind (vgl. Staudinger/Belling, BGB, Neubearbeitung 2008, § 835, Rn. 3 m.w.N.; Drees, Wild- und Jagdschaden, 7. Aufl. 1993, S. 11; Mitzschke/Schäfer, aaO, § 29 Rn. 6; Rühling/Selle, aaO, § 29 Anm. 2). Diese Haftungszurechnung kommt dem bürgerlich-rechtlichen Aufopferungsgedanken zumindest sehr nahe (vgl. Schuck/Stamp, Bundesjagdgesetz, 2010, § 29, Rn. 5; Belling, aaO.; Münch-KommBGB/Wagner, 5. Aufl. 2009, § 835, Rn. 10; Erman/Schiesmann, BGB, 12. Aufl. 2008, § 835, Rn. 2).

13 Eine solche Konstellation besteht aber für befriedete Bezirke gerade nicht. Nach § 6 Satz 1 BJagdG ruht dort die Jagd; es besteht im Allgemeinen nur die Möglichkeit, das Wild von dem Grundstück abzuhalten oder es zu verschrecken (vgl. § 26 BJagdG), wobei zu solchen Maßnahmen faktisch nur die jeweiligen Eigentümer und Besitzer der betroffenen Grundstücke in der Lage sind. Darüber hinaus ist diesem Personenkreis - sogar ohne Jagdschein - aufgrund landesrechtlicher Vorschriften eine (etwa auf bestimmte Tierarten wie Fuchs, Marder oder Wildkaninchen, vgl. nur § 9 Abs. 5 NdsJagdG) beschränkte Jagdausübung gestattet (vgl. § 6 Satz 2 BJagdG).

14 b) Des Weiteren ist Folge der Befriedung, dass der Eigentümer derartiger Grundstücke gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 BJagdG der Jagdgenossenschaft nicht angehört. Er nimmt deshalb einerseits an der Verteilung des Reinertrags aus der Jagdnutzung nicht teil, weil diese gemäß § 10 Abs. 3 BJagdG auf den Kreis der Jagdgenossen beschränkt ist; andererseits ist er aber auch nicht verpflichtet, zu dem aus der Genossenschaftskasse geleisteten Wildschadensersatz beizutragen (vgl. zu den Vor- und Nachteilen der Befriedung auch VGH Mannheim, NuR 1993, 133 f sowie die dazu ergangene Revisionsentscheidung BVerwG, JE II Nr. 125 S. 23 f).

15 c) Ausgehend von dieser Sach- und Interessenlage ist kein Grund dafür ersichtlich, bei der Zuerkennung von Wildschadensersatzansprüchen zwischen Grundstücken, die zu keinem Jagdbezirk gehören und deren Eigentümer keine Ansprüche aus § 29 BJagdG herleiten können, und Grundstücken, die zwar einem Jagdbezirk angehören, jedoch in einem befriedeten Bezirk liegen, zu differenzieren. In beiden Fällen ruht die Jagd (§ 6 BJagdG) und eine Jagdausübung kommt nicht in Betracht; zudem sind die Eigentümer derartiger Flächen nicht Mitglieder der Jagdgenossenschaft (§ 9 Abs. 1 BJagdG) mit den sich daraus gleichermaßen ergebenden Folgen.

16 Alle dagegen vorgebrachten Argumente sind nicht stichhaltig.

17 aa) Entgegen Mitzschke/Schäfer (aaO, § 29 BJG Rn. 24) kann keine Rede davon sein, dass der Eigentümer des in einem befriedeten Bezirk gelegenen Grundstücks gegenüber den zu den Jagdgenossen gehörenden Eigentümern in einem Ausmaß schlechter gestellt ist, dass der Ausschluss eines Wildschadensersatzanspruchs nicht zu rechtfertigen sei. Wie ausgeführt ist der Eigentümer von Grundstücken in befriedeten Bezirken im Allgemeinen - in je nach Landesrecht unterschiedlichem Umfang - gegenüber einem Eigentümer, dessen Grundstück außerhalb eines befriedeten Bezirks liegt, im Hinblick auf die Bejagung von Wild sogar besser gestellt (vgl. Drees, aaO, S. 11; Schuck/Stamp, aaO, § 29 Rn. 9).

18 bb) Bei der Gewichtung der Vor- und Nachteile für die betroffenen Grundstückseigentümer einerseits sowie der Jagdgenossen und Jagdpächter andererseits ist des Weiteren nicht einzusehen, warum die Zugehörigkeit des befriedeten Bezirks zum gemeinschaftlichen Jagdbezirk den Wert des Bezirks und damit den Wert der Jagdpacht positiv beeinflussen soll (so aber Rose, Jagdrecht in Niedersachsen, aaO, § 6 BJagdG Erl. 4). Da auf diesen Grundflächen die Jagd ruht, sind sie für den Jagdausübungsberechtigten und die Jagdgenossenschaft regelmäßig ebenso ohne Interesse wie die außerhalb des Jagdbezirks liegenden Grundflächen. Der Sonderfall, dass nur wegen des Ein-schlusses der befriedeten Bezirke ein der gesetzlichen Mindestgröße entsprechender Jagdbezirk gebildet werden kann, ist bei der gebotenen typisierenden Betrachtung der unterschiedlichen Interessen zu vernachlässigen.

19 cc) Das Argument, dass die Möglichkeit einer beschränkten Jagdausübung nichts daran ändere, dass der Grundstückseigentümer, soweit die Wildschadensgefährdung von dem Wildbestand des angrenzenden Jagdreviers ausgeht, diesen Wildbestand nicht regulieren könne (Mitzschke/Schäfer, aaO), ist zwar richtig. Diese Regulierungsmöglichkeit fehlt aber gleichermaßen auch den Eigentümern, deren Grundstücke nicht zu dem betreffenden Jagdbezirk gehören. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass Eigentümer von in befriedeten Bezirken liegen-

den Grundstücken (wie Friedhöfen, Hausgärten etc. in oder am Rande geschlossener Ortschaften) regelmäßig die entsprechenden Flächen durch Einzäunung, Ummauerung etc. effektiver und mit weniger Aufwand schützen können als die Eigentümer von Grundflächen im Außenbereich.

20 3. Die Richtigkeit dieses Verständnisses des Haftungsumfangs in § 29 Abs. 1 BJagdG wird weder durch die Entwicklung von Reichs-, Bundes- oder Landesgesetzgebung auf dem Gebiet des Jagdwesens noch durch den Umstand, dass im Niedersächsischen Jagdgesetz die Haftung für Wildschäden in befriedeten Grundstücken nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden ist, in Frage gestellt.

21 a) Unter der Geltung des Reichsjagdgesetzes (RJagdG) vom 3. Juli 1934 (RGBl. I S. 549) war der Schaden an Grundstücken, auf denen die Jagd ruhte oder nicht ausgeübt werden durfte, nicht zu erstatten und die Eigentümer dieser Grundstücke waren auch nicht zur Tragung des Wildschadens auf anderen Grundstücken heranzuziehen. Diese Rechtsfolge ergab sich allerdings nicht unmittelbar aus der den Wildschadensersatz regelnden Gesetzesbestimmung (§ 44 RJagdG) selbst, sondern aus § 44 Abs. 1 der Verordnung zur Ausführung des Reichsjagdgesetzes vom 27. März 1935 (RGBl. I S. 431). Da in befriedeten Bezirken gemäß § 7 RJagdG die Jagd ruhte, wurde somit der dort entstehende Wildschaden nicht ersetzt. Das Bundesjagdgesetz vom 29. November 1952 (BGBl. I S. 780) hat die Wildschadensersatzpflicht in dem bis heute nicht geänderten § 29 normiert, die Regelung aus § 44 Abs. 1 der Ausführungsverordnung allerdings nicht übernommen. Für befriedete Bezirke bestimmt § 6 BJagdG lediglich, dass die Jagd dort ruht. Ausführungen zu der Frage, ob sich die Schadensersatzverpflichtung auf Grundstücke in befriedeten Bezirken erstrecken soll, sind auch der (insgesamt sehr knapp gehaltenen) Begründung des Regierungsentwurfs nicht zu entnehmen. Dafür, dass der Bundesgesetzgeber die Haftungsfrage anders als der Reichsgesetzgeber entscheiden wollte, fehlt jedoch jeder Anhalt. Aber auch ein Wille des Gesetzgebers, bei diesen Grundflächen die Haftungsfrage bewusst offen zu lassen und einer Regelung des Landesgesetzgebers zu überantworten, lässt sich nicht erkennen. Dagegen spricht entscheidend, dass der Gesetzgeber die nach 1945 in den verschiedenen Ländern entstandene „Rechtsverwirrenheit“ beseitigen und eine Rechtsvereinheitlichung herbeiführen wollte (BT-Drucks. 1/1813 S. 19).

22 b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts rechtfertigt der Umstand, dass im niedersächsischen Landesrecht im Unterschied zu vielen anderen Bundesländern eine Wildschadensersatzverpflichtung für befriedete Bezirke nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, nicht den Umkehrschluss, in Niedersachsen bestehe eine derartige Schadensersatzpflicht. Dieser Umkehrschluss könnte nur gezogen werden, wenn § 29 BJagdG insoweit eine durch Landesrecht zu schließende Regelungslücke enthielte. Das ist jedoch nicht der Fall.

23 aa) Inhalt und Reichweite der jagdrechtlichen Wildschadensersatzpflicht sind in §§ 29 ff BJagdG im Wesentlichen vollständig und abschließend geregelt (so auch BGH, Urteil vom 8. Mai 1957 - V ZR 150/55 - RdL 1957, 191, 192). Der den Ländern insoweit eröffnete Regelungsspielraum ist durch § 29 Abs. 5 BJagdG dahin eingegrenzt worden, dass die Länder (nur) bestimmen können, dass die Wildschadensersatzpflicht auch auf anderes Wild ausgedehnt und eine Wildschadensausgleichskasse geschaffen wird. Darüber hinaus können die Länder neben der Einführung eines behördlichen Vorverfahrens (§ 35 BJagdG) Sonderregelungen zu der Frage erlassen, inwieweit in bestimmten Kulturen der Ersatz von Wildschäden vom Vorhandensein bestimmter Schutzvorrichtungen abhängig ist (§ 32 Abs. 2 BJagdG).

24 Diese Regelung stand bei ihrem Erlass in Einklang mit den Gesetzgebungskompetenzvorschriften des Grundgesetzes. Nach Art. 75 Nr. 3 GG a.F. konnte der Bund Rahmenvorschriften für das Jagdwesen erlassen. Nach Art. 74 Nr. 1 GG a.F. (jetzt: Abs. 1 Nr. 1) erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes (unter anderem) auf das bürgerliche Recht. Es

spricht Vieles dafür, das materielle Recht über die Verpflichtung des Jagdpächters gegenüber geschädigten Grundstückseigentümern oder -pächtern zum Ersatz des Wild- und Jagdschadens als Teil des bürgerlichen Rechts anzusehen und damit insoweit eine „Vollkompetenz“ des Bundes zu bejahen, zumal bis zum Erlass des Reichsjagdgesetzes der Wildschadensersatz unmittelbar im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 835 BGB) geregelt war (vgl. Staudinger/Belling, aaO, § 835 Rn. 1, Belgard aaO S. 226). Allerdings gab es in der Literatur Tendenzen, den Begriff des Jagdwesens in dem Sinne weit zu verstehen, dass dieser Kompetenztitel alle Fragen erfasse, die traditionell im Zusammenhang mit der Jagd stehen, und insoweit Art. 74 GG, soweit dieser - wie hier: bürgerlich-rechtliche - Aspekte des Jagdwesens betrifft, restriktiv auszulegen sei (so insbesondere Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, <Stand: Mai 1986> Art. 75 Rn. 120).

25 Ob sich die Kompetenz des Bundes zum Erlass von § 29 BJagdG aus Art. 74 Nr. 1 GG a.F. oder aus Art. 75 Nr. 3 GG a.F. ergab, kann indes dahinstehen. Denn in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war anerkannt, dass auch im Bereich der Rahmengesetzgebung der Bund ungeachtet des Umstands, dass das Gesetzeswerk als Ganzes gesehen der Ausführung durch Landesgesetze fähig und ihrer bedürftig sein musste, unmittelbar geltende Rechtssätze sowie partielle Vollregelungen schaffen konnte (vgl. nur BVerfGE 43, 291, 343 m.w.N.).

26 bb) Da vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Bund seine Rahmengesetzgebungskompetenz häufig sehr intensiv wahrgenommen hatte, stärkte der Verfassungsgesetzgeber durch das Gesetz vom 27. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3146) die Normsetzungsbefugnisse der Länder durch Einfügung eines neuen Absatzes 2 in Art. 75 GG, wonach Rahmenvorschriften des Bundes nur noch in Ausnahmefällen in Einzelheiten gehende oder unmittelbar geltende Regelungen enthalten durften (vgl. BTDrucks. 12/6633 S. 9).

27 Der Frage, ob es auch nach dieser Grundgesetzänderung noch möglich gewesen wäre, § 29 BJagdG mit gleichem Inhalt (als Rahmenvorschrift) neu zu schaffen, kann indes dahinstehen, da nach der durch das Gesetz vom 27. Oktober 1994 in das Grundgesetz eingefügten Übergangsbestimmung des Art. 125a Abs. 1 GG auch solches als Bundesrecht erlassenes Recht als Bundesrecht fort galt, das infolge der Änderung des Art. 75 GG nicht mehr als Bundesrecht hätte erlassen werden können.

28 cc) Einer Auslegung der §§ 29 ff BJagdG dahin, dass sie den Bereich des Wildschadensersatzes mit den in § 29 Abs. 5 BJagdG enthaltenen Ausnahmen vollständig und abschließend regeln, steht erst recht nicht der Umstand entgegen, dass durch Gesetz vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034), der so genannten Föderalismusreform, die Rahmenkompetenz des Bundes ganz abgeschafft und das Jagdwesen der konkurrierenden Gesetzgebung unterstellt wurde (Art. 74 Abs. 1 Nr. 28 GG n.F.). Insoweit besteht für den Bereich des Jagdwesens lediglich die Besonderheit, dass die Länder von Bundesrecht abweichende Regelungen erlassen können, wenn der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 n.F.).

29 b) Die in Einklang mit den Gesetzgebungskompetenzvorschriften des Grundgesetzes stehende Auslegung des § 29 BJagdG wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, die große Mehrzahl der Bundesländer (Bayern, Art. 45 Satz 1 BayJG; Berlin, § 37 Abs. 1 Satz 1 LJagdG Bln; Brandenburg § 44 Abs. 1 Satz 1 BbgJagdG; Hamburg, § 24 Abs. 1 Satz 1 JagdG; Hessen § 33 Satz 1 HJagdG, Mecklenburg-Vorpommern, § 28 Abs. 2 Satz 1 LJagdG M-V; Rheinland-Pfalz § 32 Satz 1 LJG; Saarland § 41 Abs. 1 Satz 1 SJG; Sachsen, § 47 Satz 1 SächsLJagdG; Schleswig-Holstein § 30 Abs. 2 Satz 1 LJagdG und Thüringen, § 45 Abs. 1 Satz 1 ThJG) in ihren Landesjagdgesetzen ausdrücklich geregelt hat, dass generell Wildschäden an Grundstücken, auf denen die Jagd ruht oder nicht ausgeübt werden darf, nicht erstattet werden. Die Materialien dieser Gesetze, die alle vor dem Inkrafttreten der Grundgesetzänderung durch das Gesetz vom

28. August 2006 ergangen sind, gehen nicht näher darauf ein, wie sich diese landesrechtlichen Regelungen zu § 29 BJagdG verhalten. Insbesondere wurde nicht der Frage nachgegangen, ob § 29 Abs. 1 BJagdG, bezogen auf den Kreis der von der Wildschadensregelung erfassten Grundstücke, eine bewusst unvollständige, einer näheren Modifizierung durch Landesrecht zugängliche Regelung enthielt. Diese Zurückhaltung lässt sich naheliegenderweise dadurch erklären, dass diese landesrechtlichen Regelungen nur das wiedergeben wollen, was ohnehin dem tradierten Verständnis (schon) des Reichsjagdgesetzes entsprach (so ganz besonders deutlich die Begründung zu § 29 des rheinlandpfälzischen Landesgesetzes zur Ausführung des Bundesjagdgesetzes vom 16. November 1954, LT-Drucks. II/894, S. 2996, die auf die Ausführungsverordnung zum Reichsjagdgesetz Bezug nimmt). Mit den entsprechenden Landesgesetzen sollte also lediglich das zum Ausdruck gebracht werden, was in § 29 Abs. 1 BJagdG ohnehin angelegt ist, sodass ein wirklicher Widerspruch zwischen Bundes- und Landesrecht nicht zu befürchten war (vgl. auch die Begründung zu § 24 Abs. 1 des Hamburgischen Jagdgesetzes <in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 27. August 1997>, wo von dem klarstellenden Charakter der Vorschrift die Rede ist, Drucks. 15/7296 S. 6).

30 c) Ob nach Inkrafttreten des Änderungsgesetzes vom 28. August 2006 wegen Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GG n.F. von den Regelungen der §§ 29 ff BJagdG abweichendes Landesrecht geschaffen werden könnte, oder ob es insoweit wegen der bürgerlich-rechtlichen Natur des Wildschadensersatzanspruchs (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) mit der bundesrechtlichen Regelung sein Bewenden haben muss, kann offen bleiben. Derartige Landesrecht ist, jedenfalls was die hier zu entscheidende Frage angeht, nicht geschaffen worden, insbesondere auch nicht in Niedersachsen.

31 4. Danach konnte das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Da die Vorinstanzen, ohne dass dies einen Rechtsfehler erkennen ließe, einen Schadenersatzanspruch wegen unerlaubter Handlung verneint haben und der Revisionsbeklagte dem auch nicht entgegengetreten ist, konnte der Senat in der Sache entscheiden und die Berufung des Klägers zurückweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinw. d. Red.:** Zum Wildschaden bei Wildkaninchenverbiss im Spargel-Anbaubereich vgl. BGH GuT 2009, 404.

<p><b>§ 716 BGB</b>  <b>BGB-Gesellschaft;</b>  <b>Informationsrechte gegenüber Mitgesell-</b>  <b>schaftern;</b>  <b>Datenschutz; Anonymität; Publikumsgesellschaft</b></p>
---

**a) Bei den Namen und Anschriften der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft handelt es sich um eine „Angelegenheit“ der Gesellschaft im Sinne von § 716 Abs. 1 BGB.**

**b) Sind die Informationen, hinsichtlich derer der Gesellschafter sich grundsätzlich durch Einsicht in die Bücher unterrichten darf, bei der Gesellschaft in einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert, kann der Gesellschafter zum Zwecke der Unterrichtung einen Ausdruck über die geforderten Informationen verlangen.**

**c) Die Regelung in einem Gesellschaftsvertrag, die das Recht der Gesellschafter, Auskunft über die Namen und Anschriften ihrer Mitgesellschafter zu verlangen, ausschließt, ist unwirksam. Ein schützenswertes Interesse der Mitgesellschafter untereinander auf Anonymität besteht weder allgemein noch unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten.**

(BGH, Beschluss vom 21. 9. 2009 – II ZR 264/08)

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

2 1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts [LG München I] sind die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht erfüllt. [...]

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

7 Das Berufungsgericht hat der Klägerin zu Recht einen Anspruch gegen die Beklagte auf Auskunft bezüglich der Namen und Anschriften ihrer Mitgesellschafter aus § 716 Abs. 1 BGB zugesprochen.

8 a) § 716 BGB gewährt dem einzelnen Gesellschafter das Recht, sich durch Einsicht in die Bücher und Papiere der Gesellschaft „über deren Angelegenheiten“ zu unterrichten. Bei den Namen und Anschriften der Gesellschafter handelt es sich um eine „Angelegenheit“ der BGB-Gesellschaft.

9 b) Sind - wie hier - die erforderlichen Informationen in einer Datenverarbeitungsanlage gespeichert, kann der Gesellschafter zum Zwecke der Unterrichtung einen Ausdruck über die geforderten Informationen verlangen (MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer 5. Aufl. § 716 Rdn. 8).

10 c) § 28 Abs. 2 Satz 2 des Gesellschaftsvertrages steht dem Auskunftsrecht nicht entgegen. Diese Regelung ist unwirksam. Sie hält der - auf den Gesellschaftsvertrag einer Publikums-gesellschaft anwendbaren (siehe bereits BGHZ 64, 238, 241 f.) - Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB nicht stand. - Auch - bei einer Publikums-gesellschaft in Form einer BGB-Gesellschaft handelt es sich um ein „Schuldverhältnis“, d.h. die jeweiligen Gesellschafter schließen untereinander einen Vertrag, mit dem sie sich zur Verwirklichung und Förderung eines gemeinsamen Zwecks zusammenschließen (§ 705 BGB). Das Recht, seinen Vertragspartner zu kennen, ist in jedem Vertragsverhältnis derart selbstverständlich, dass es nicht wirksam ausgeschlossen werden kann.

11 Hier kommt hinzu, dass § 28 Abs. 2 Satz 2 des Gesellschaftsvertrages u. a. ein wesentliches Gesellschafterrecht, nämlich dasjenige, eine außerordentliche Gesellschafterversammlung einzuberufen, faktisch beseitigt. Die 5%, die gemäß § 13 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages für eine solche Einberufung erforderlich sind, kann ein Gesellschafter - soweit er nicht ausnahmsweise schon allein diese Schwelle mit seiner Beteiligung überschreitet - nur erlangen, wenn er sich mit anderen Mitgesellschaftern zusammenschließt, was zwingend voraussetzt, dass er deren Namen und Anschriften kennt.

12 Da die Vorschrift des § 28 schon der Inhaltskontrolle des § 242 BGB nicht standhält, braucht nicht entschieden zu werden, ob nicht auch § 716 Abs. 2 BGB dem gesellschaftsvertraglichen Ausschluss des Auskunftsrechts entgegensteht.

13 d) Zu Recht hat das Berufungsgericht den Mitgesellschaftern auch jegliches berechnete „Geheimhaltungsinteresse“ abgesprochen, auf das sich die Beklagte als angebliche Sachwalterin von deren Interessen u. a. zur Begründung ihrer Auskunftsverweigerung berufen hat. Ein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse besteht weder allgemein noch unter datenschutzrechtlichen Gründen (siehe zu letzterem Gola/Schomerius aaO; im Übrigen auch MünchKommHGB/Enzinger 2. Aufl. § 118 Rdn. 16). Derjenige, der mit einem anderen einen Vertrag, wie vorliegend den Gesellschaftsvertrag, schließt, hat keinen schützenswerten Anspruch darauf, dies anonym zu tun, worauf es hinausliefere, wenn er seinem Mitgesellschafter Namen und Anschrift verschweigen dürfte. Falls ein Gesellschafter die ihm mitgeteilten Namen der Mitgesellschafter missbräuchlich verwenden sollte, ist er diesen gegenüber aus dem Gesichtspunkt der Verletzung der gesellschaftlicher Treuepflicht ggf. zur Unterlassung und zum Schadensersatz verpflichtet. Eine solche abstrakte Missbrauchsgefahr rechtfertigt es allein nicht, dem einen gegenüber dem anderen Vertragspartner das Recht zuzugestehen, seinen Namen und seine Anschrift zu verheimlichen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Hinweis d. Gerichts:** Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

## § 823 BGB

**Verkehrssicherungspflicht;  
Zugang zum Gebäude einer Bank; Glasschiebetüre;  
Geldautomat; Nachrüstung bei verschärfter DIN**

**Zur Frage einer Nachrüstungspflicht des Verkehrssicherungspflichtigen für bestehende technische Anlagen (hier: halbautomatische Glastüre als Zugang zu einem Geldautomaten einer Bank) im Falle einer Verschärfung von DIN-Normen.**

(BGH, Urteil vom 2. 3. 2010 – VI ZR 223/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die an einer spastischen Behinderung leidende Klägerin nimmt die beklagte Bank auf Schadensersatz wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht in Anspruch. Sie behauptet, sie habe sich am 11. Oktober 2006 außerhalb der Öffnungszeiten der Beklagten in deren Filiale im Bahnhof T. begeben, um am dortigen Automaten Geld abzuheben. Beim Eintreten sei die automatische Glastüre offen gewesen. Auch als sie nach dem Geldabheben das Gebäude wieder habe verlassen wollen, habe die Glastür zunächst offen gestanden, sich dann jedoch plötzlich geschlossen, so dass Mittel- und Ringfinger ihrer rechten Hand eingeklemmt worden seien. Dadurch sei sie verletzt worden.

2 Das Amtsgericht Traunstein hat die Klage auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes von mindestens 3000 € zuzüglich Zinsen, Attest- und Schreibkosten in Höhe von 93,54 € und vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 191,65 €, jeweils zuzüglich Zinsen, abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung hat das Landgericht Traunstein zurückgewiesen und die Revision wegen der Frage einer Nachrüstungspflicht für technische Anlagen im Rahmen der Verkehrssicherungspflicht zugelassen.

3 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat ebenso wie das erstinstanzliche Gericht eine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch die Beklagte verneint. Nach den vom Amtsgericht eingeholten Sachverständigengutachten hätten sich zwar an den Hauptschließkanten der Türflügel keine Sicherheitseinrichtungen zum Schutz gegen das Einklemmen bzw. Quetschen befunden. Diese Ausführung habe der zur Zeit des Einbaus der Türe im Jahre 1996 geltenden Einrichtungsvorschrift entsprochen. Zum Zeitpunkt des Unfalls am 11. Oktober 2006 habe demgegenüber eine neue Herstellungsnorm gegolten, die weitergehende Schutzmaßnahmen zu Gunsten besonders schutzbedürftiger Personen enthalten habe. Diese Anforderungen seien im Streitfall nicht erfüllt gewesen. Gleichwohl falle der Beklagten keine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht zur Last. Unter den Umständen des Streitfalles und nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme habe die Beklagte nicht damit rechnen müssen, dass ein Besucher ihrer Filiale von den sich schließenden Türhälften erfasst und verletzt werde. Der Verkehrssicherungspflichtige sei auch generell nicht gehalten, alte Bauwerke und Einrichtungen an den jeweils geltenden Standard anzupassen. Eine Nachrüstungspflicht sei erst nach Ablauf eines angemessenen Zeitraums und unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte zu bejahen. Hier sei im Zeitpunkt des Unfalls seit dem Erlass der neuen DIN-Norm noch nicht einmal ein Jahr vergangen gewesen. Damit sei der angemessene Zeitraum, der dem Verkehrssicherungspflichtigen zur Nachrüstung zubilligt werden müsse, nicht überschritten.

4 II. Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält revisionsrechtlicher Überprüfung stand. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis mit Recht einen Verstoß der Beklagten gegen die ihr obliegende Verkehrssicherungspflicht verneint.

5 1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist derjenige, der eine Gefahrenlage - gleich welcher Art - schafft, grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern (vgl. etwa Senatsurteile vom 19.

Dezember 1989 - VI ZR 182/89 - VersR 1990, 498, 499 [= WuM 1990, 120]; vom 4. Dezember 2001 - VI ZR 447/00 - VersR 2002, 247, 248; vom 15. Juli 2003 - VI ZR 155/02 - VersR 2003, 1319; vom 8. November 2005 - VI ZR 332/04 - VersR 2006, 233, 234 und vom 16. Mai 2006 - VI ZR 189/05 - VersR 2006, 1083, 1084 [= GuT 2006, 266 KL], jeweils m.w.N.; vgl. auch BGHZ 121, 367, 375 und BGH, Urteil vom 13. Juni 1996 - III ZR 40/95 - VersR 1997, 109, 111). Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren.

6 2. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass nicht jeder abstrakten Gefahr vorbeugend begegnet werden kann. Ein allgemeines Verbot, andere nicht zu gefährden, wäre utopisch. Eine Verkehrssicherung, die jede Schädigung ausschließt, ist im praktischen Leben nicht erreichbar. Deshalb muss nicht für alle denkbaren Möglichkeiten eines Schadenseintritts Vorsorge getroffen werden. Es sind vielmehr nur diejenigen Vorkehrungen zu treffen, die geeignet sind, die Schädigung anderer tunlichst abzuwenden (vgl. Senatsurteile vom 10. Oktober 1978 - VI ZR 98/77 - und - VI ZR 99/77 - VersR 1978, 1163, 1165, vom 15. Juli 2003 - VI ZR 155/02 - aaO, vom 8. November 2005 - VI ZR 332/04 - und vom 16. Mai 2006 - VI ZR 189/05 - jeweils aaO). Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) ist genügt, wenn im Ergebnis derjenige Sicherheitsgrad erreicht ist, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält (vgl. Senatsurteile vom 16. Februar 1972 - VI ZR 111/70 - VersR 1972, 559, 560; vom 15. Juli 2003 - VI ZR 155/02 - aaO; vom 8. November 2005 - VI ZR 332/04 - und vom 16. Mai 2006 - VI ZR 189/05 - jeweils aaO). Daher reicht es anerkannter Maßen aus, diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise - hier der Banken - für ausreichend halten darf, um andere Personen - hier die Kunden - vor Schäden zu bewahren, und die den Umständen nach zuzumuten sind; Voraussetzung für eine Verkehrssicherungspflicht ist, dass sich vorausschauend für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Gefahr ergibt, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden können (vgl. Senatsurteile vom 12. Februar 1963 - VI ZR 145/62 - VersR 1963, 532; vom 19. Mai 1967 - VI ZR 162/65 - VersR 1967, 801; vom 4. Dezember 2001 - VI ZR 447/00 - aaO; vom 15. Juli 2003 - VI ZR 155/02 - aaO; vom 8. November 2005 - VI ZR 332/04 - und vom 16. Mai 2006 - VI ZR 189/05 - jeweils aaO).

7 Kommt es in Fällen, in denen hiernach keine Schutzmaßnahmen getroffen werden mussten, weil eine Gefährdung anderer zwar nicht völlig ausgeschlossen, aber nur unter besonders eigenartigen und entfernter liegenden Umständen zu befürchten war, ausnahmsweise doch einmal zu einem Schaden, so muss der Geschädigte - so hart dies im Einzelfall sein mag - den Schaden selbst tragen. Er hat ein „Unglück“ erlitten und kann dem Schädiger kein „Unrecht“ vorhalten (vgl. Senatsurteile vom 15. April 1975 - VI ZR 19/74 - VersR 1975, 812; vom 15. Juli 2003 - VI ZR 155/02 - aaO; vom 8. November 2005 - VI ZR 332/04 - und vom 16. Mai 2006 - VI ZR 189/05 - jeweils aaO).

8 3. Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht im Ergebnis mit Recht eine Haftung der Beklagten verneint.

9 a) Die vom Berufungsgericht als zulassungswürdig angesehene Frage einer Nachrüstungspflicht für bestehende technische Anlagen im Falle einer Verschärfung von Sicherheitsbestimmungen lässt sich nicht generell beantworten, sondern richtet sich ebenfalls danach, ob sich vorausschauend für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Gefahr ergibt, dass durch die bestehende technische Anlage - ohne Nachrüstung - Rechtsgüter anderer verletzt werden können. Unter den Umständen des Streitfalles begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, dass das Berufungsgericht eine Pflicht der Beklagten verneint hat, die

Schließenanlage so „nachzurüsten“, dass sie der seit Dezember 2005 für Neubauten geltenden Herstellungsnorm (DIN 18650/1 und -2) genüge.

10 Welche Sicherheit und welcher Gefahrenschutz im Rahmen der Verkehrssicherungspflicht zu gewährleisten sind, richtet sich nicht ausschließlich nach den modernsten Erkenntnissen und nach dem neuesten Stand der Technik. Es kommt vielmehr maßgeblich auch auf die Art der Gefahrenquelle an. Je größer die Gefahr und je schwerwiegender die im Falle ihrer Verwirklichung drohenden Folgen sind, um so eher wird eine Anpassung an neueste Sicherheitsstandards geboten sein. Soweit es sich um Gefahren handelt, die nicht so schwerwiegend und für den Verkehr im Allgemeinen erkennbar und mit zumutbarer Sorgfalt und Vorsicht beherrschbar sind, kann dem Verkehrssicherungspflichtigen im Einzelfall jedenfalls - wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat - eine angemessene Übergangsfrist zuzubilligen sein (vgl. Senatsurteil BGHZ 103, 338, 342).

11 b) Danach begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, dass das Berufungsgericht eine Nachrüstungspflicht im Hinblick auf die seit Dezember 2005 geltende neue Herstellungsnorm (DIN 18650/1 und -2) jedenfalls innerhalb des unter einem Jahr liegenden Zeitraums bis zum Unfall der Klägerin am 11. Oktober 2006 verneint hat. Denn auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen ergab sich bis dahin vorausschauend für ein sachkundiges Urteil keine nahe liegende Gefahr, dass durch die bestehende technische Anlage - ohne Nachrüstung - Rechtsgüter anderer verletzt werden können.

12 Die Glastür entsprach den Sicherheitsanforderungen der zur Zeit ihres Einbaus im Jahre 1996 geltenden Einrichtungs-vorschrift („Richtlinien für kraftbetätigte Fenster, Türen und Tore“ ZH 1/494 des Hauptverbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaft). Außerhalb der Öffnungszeiten der Filiale erfolgte der Zugang zu dem Vorraum mit dem Geldautomaten mittels eines Kartenlesegerätes. Um den Vorraum wieder zu verlassen, musste die Tür von innen mit einem Taster manuell betätigt werden und schloss danach automatisch nach Ablauf von ca. 10 Sekunden (Halbautomatikbetrieb). Der Schließvorgang erfolgte dabei mit einer Bewegungsgeschwindigkeit von ca. 15 cm pro Sekunde relativ langsam und mit einem Schließdruck von nur 150 N, der im Regelfall, in dem ein Besucher an den Schultern erfasst wird, nicht zu Verletzungen führt. Dass die Klägerin verletzt worden ist, resultiert nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aus dem unglücklichen Umstand, dass zwei Finger ihrer rechten Hand von der sich schließenden Tür eingeklemmt worden sind. Nach den weiteren unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hatte sich ein solcher Vorfall in den vergangenen zehn Jahren bis zu dem von der Klägerin behaupteten Unfall nicht ereignet. Im Übrigen war die Glastür zum Geldautomaten der Beklagten nach dem Ergebnis der vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Beweisaufnahme des Amtsgerichts jährlich ein- bis zweimal gewartet worden, ohne dass sich Beanstandungen seitens des Wartungsdienstes oder seitens eines Kunden ergaben.

13 Unter diesen Umständen ist nicht ersichtlich, weshalb die Beklagte damit rechnen musste, dass ihre Kunden beim Verlassen des Raumes mit dem Geldautomaten durch den Schließmechanismus der (halb-)automatischen Glastüre - ohne Nachrüstung - Verletzungen erleiden könnten.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

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

über 345 000 Zugriffe seit Februar 2007

## § 906 BGB

### Gaststättenmiete; Entschädigung wegen Lärmstörungen durch ein Groß-Bauvorhaben; „City-Tunnel Leipzig“; Maßgeblichkeit des Planfeststellungsverfahrens

**Der zivilrechtliche Entschädigungsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB wegen Lärmbelästigungen tritt auch dann hinter die im Planfeststellungsverfahren gegebenen Rechtsbehelfe zurück, wenn der Vorhabenträger die den Nachbar schützenden Planvorgaben nicht einhält (Fortführung von Senat, BGHZ 161, 323).**

(BGH, Urteil vom 30. 10. 2009 – V ZR 17/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten betreiben das Bauvorhaben „City-Tunnel Leipzig“. Dieses sieht die Herstellung einer unter der Innenstadt von Leipzig verlaufenden Schienenverbindung zwischen zwei Bahnhöfen einschließlich der Errichtung mehrerer unterirdischer Haltepunkte, unter anderem am Marktplatz, vor. Die Zulässigkeit des Vorhabens ist durch bestandskräftigen Planfeststellungsbeschluss des Eisenbahn-Bundesamtes vom 19. Mai 2000 festgestellt.

2 Die Klägerin führte an der Ostseite des Marktplatzes zwischen 2002 und Oktober 2007 ein Restaurant mit einem hauptsächlich in den Rathausarkaden gelegenen Außenbereich.

3 Am Marktplatz begannen die Bauarbeiten für den City-Tunnel im ersten Quartal 2004. Im Laufe des Jahres 2005 wurde für das Projekt auf einer großen Fläche des Marktplatzes eine offene Baugrube ausgehoben. Ausweislich eines von der Klägerin im August 2005 eingeholten Privatgutachtens überschritten die Messwerte die in der TA Lärm festgesetzten Grenzwerte erheblich. Im zweiten Quartal 2006 wurde die Baugrube mit Ausnahme des nördlichen Bereichs wieder geschlossen. Die Arbeiten wurden allerdings nicht nur unterirdisch fortgesetzt. Zudem führte ein Fahrweg zum Abtransport des Erdaushubs unmittelbar am Außenbereich des Restaurants vorbei.

4 Die Klägerin verlangt für die von den Bauarbeiten ausgehenden Beeinträchtigungen eine - anfangs auf Ertragseinbußen, später (auch) auf den Wertverlust des Restaurants gestützte - Entschädigung von 107.349,62 €. Das Landgericht Leipzig hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht Dresden den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dagegen wenden sich beide Parteien mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision.

5 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin könne von den Beklagten gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB eine Entschädigung in Geld verlangen, soweit diese die Vorgaben des Planfeststellungsbeschlusses nicht eingehalten hätten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs komme ein zivilrechtlicher Entschädigungsanspruch zwar nicht in Betracht, wenn die Immissionen verursachende Anlage auf der Grundlage eines bestandskräftigen Planfeststellungsbeschlusses betrieben werde. Die Ausschlusswirkung reiche allerdings nur so weit, wie sich der Träger des Vorhabens an die Vorgaben des Planfeststellungsbeschlusses halte. Bewege er sich außerhalb dieser Grenzen, bleibe es bei den allgemeinen Rechtsbehelfen. Nach diesen Grundsätzen seien Ansprüche der Klägerin wegen Zugangsbeschränkungen zum Restaurant, Staubimmissionen, Bauzeitverzögerungen sowie Beeinträchtigungen durch den Baustellenverkehr ausgeschlossen. Die Klägerin habe jedoch den Nachweis geführt, dass das Restaurant im Zeitraum von April 2005 bis April 2006 an insgesamt 243 Tagen Lärmimmissionen ausgesetzt gewesen sei, die die Grenzwerte der durch den Planfeststellungsbeschluss in Bezug genommenen Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Schutz gegen Baulärm überschritten hätten. Für diese Beeinträchtigungen könne sie einen Ausgleich in Geld verlangen.

6 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Klägerin, nicht aber der aufgrund der Revision der Beklagten vorzunehmenden rechtlichen Nachprüfung stand.

## 7 Revision der Klägerin

8 1. Die Revision der Klägerin ist zulässig. Sie wird durch das angefochtene Urteil beschwert, obwohl das Berufungsgericht den Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt hat.

9 Bei einem Zwischenurteil über den Grund gemäß § 304 ZPO kann die Beschwer nicht, wie im Regelfall, alleine danach bestimmt werden, ob und in welchem Umfang der Tenor der angefochtenen Entscheidung von dem in der Instanz zuletzt gestellten Antrag abweicht (sog. formelle Beschwer, vgl. Senat, Urt. v. 12. März 2004, V ZR 37/03, NJW 2004, 2019, 2020 m.w.N.). Durch ein Grundurteil beschwert kann der Kläger vielmehr auch dann sein, wenn zwar der Urteilstenor das Klagebegehren in vollem Umfang für gerechtfertigt erklärt, in den Entscheidungsgründen aber bindend festgestellt wird, auf welcher Grundlage das Betragsverfahren aufzubauen hat und welche Umstände abschließend im Grundverfahren geklärt sind, das Urteil also eine für die Partei negative Bindungswirkung aufweist (BGH, Urt. v. 10. Juli 1959, VI ZR 160/58, NJW 1959, 1918, 1919; Urt. v. 17. Oktober 1985, III ZR 105/84, WPM 1986, 331; Urt. v. 20. Dezember 2005, XI ZR 66/05, NJW-RR 2007, 138, 139).

10 Das ist hier der Fall. Aus den Gründen des angefochtenen Urteils ergibt sich, dass ein Anspruch der Klägerin gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB nur wegen solcher Immissionen für gerechtfertigt erklärt worden ist, die das nach dem Planfeststellungsbeschluss zulässige Maß übersteigen. Diese den Anspruchsgrund betreffende Festlegung nimmt als zulässiger Inhalt eines Grundurteils an der innerprozessualen Bindungswirkung im Betragsverfahren teil (vgl. BGHZ 10, 361, 362) und beschwert die Klägerin.

11 2. Die Revision der Klägerin ist jedoch unbegründet.

12 a) Ohne Erfolg bleibt ihre Rüge, das Grundurteil sei schon deshalb aufzuheben, weil es mangels teilweiser Abweisung der Klage nicht erkennen lasse, über welchen Teil des Klageanspruchs abschließend entschieden worden sei. Einer teilweisen Abweisung der Klage im Urteilstenor hätte es nur dann bedurft, wenn ein quantitativer, zahlenmäßig oder auf sonstige Weise bestimmter Teil des - teilbaren - Streitgegenstandes abschließend beschieden worden wäre (vgl. BGHZ 108, 256, 260; Zöller/Vollkommer, ZPO, 27. Aufl., § 301 Rdn. 7a, m.w.N.). Eine solche Aufspaltung der Klageforderung ist hier jedoch nicht möglich, weil die Klägerin bei deren Bezifferung nicht zwischen den verschiedenen Beeinträchtigungen unterscheidet, sondern ihr Zahlungsbegehren auf die Gesamtheit der Einwirkungen stützt, denen der Restaurantbetrieb bis zu seiner Schließung ausgesetzt war. Demgemäß ist mit der Festlegung im Grundurteil, die Klägerin könne eine Entschädigung nur für einen Teil der Beeinträchtigungen verlangen, nicht zugleich entschieden, dass die auf Zahlung von 107.349,63 € gerichtete Klageforderung in einer bestimmten Höhe unbegründet ist. Das Berufungsgericht stellt lediglich (mit innerprozessualer Bindungswirkung) fest, dass ein Teil des Sachverhalts, auf den die Klage gestützt worden ist, den geltend gemachten Anspruch nicht zu rechtfertigen vermag; für eine teilweise Klageabweisung ist insoweit kein Raum (vgl. BGH, Urt. v. 26. März 1985, X ZR 28/84, NJW 1985, 1959 zu 2.).

13 Dies gilt auch, soweit sich das Berufungsgericht zu der Höhe der aus seiner Sicht in Betracht kommenden Entschädigung („nicht mehr als 10% des festzustellenden Wertverlustes“) äußert. Eine abschließende Entscheidung über einen Teil der Klageforderung ist damit nicht verbunden. Die Ausführungen entfallen keine Bindungswirkung für das Betragsverfahren, weil sie ausschließlich die Höhe des Anspruchs betreffen (vgl. BGH, Urt. v. 20. Dezember 2005, XI ZR 66/05, NJW-RR 2007, 138, 139 m.w.N.).

14 b) In der Sache nimmt das Berufungsgericht im Ausgangspunkt zutreffend an, dass ein privatrechtlicher Ausgleichsanspruch (§ 906 Abs. 2 Satz 2 BGB) wegen des nach § 18

Satz 1 AEG zu dem Vorhaben ergangenen Planfeststellungsbeschlusses grundsätzlich ausgeschlossen ist. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Klägerin bleiben ohne Erfolg.

15 aa) Wie der Senat im Anschluss an die Rechtsprechung des III. Zivilsenates zu einem Anspruch wegen enteignenden Eingriffs (BGHZ 140, 285, 293 ff.) entschieden hat, bleibt neben den im Planfeststellungsverfahren eröffneten Rechtsbehelfen (§ 74 Abs. 2, § 75 Abs. 2 VwVfG; hier i.V.m. § 18 Satz 3 AEG) für einen Anspruch aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB grundsätzlich kein Raum. Dem Eigentumsschutz des Nachbarn wird dadurch Genüge getan, dass die Planfeststellungsbehörde sich mit der Frage der erforderlichen aktiven oder passiven Schutzmaßnahmen (§ 74 Abs. 2 Satz 2 VwVfG) bezogen auf das benachbarte Eigentum umfassend auseinandersetzen und solche Maßnahmen oder eine Entschädigungspflicht (§ 74 Abs. 2 Satz 3 VwVfG) anordnen muss, wenn unzumutbare Beeinträchtigungen zu erwarten sind (vgl. BVerwGE 84, 31, 38 f.; 110, 370, 392; 123, 23, 36).

16 Meint der betroffene Nachbar, dass seinem Eigentumsrecht im Planfeststellungsverfahren nicht ausreichend Rechnung getragen worden ist, kann er die in diesem Verfahren vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten ergreifen. Er kann insbesondere im Wege der Verpflichtungsklage Planergänzungen durchsetzen oder, sofern sich nach Unanfechtbarkeit des Beschlusses nicht vorhersehbare Wirkungen des Vorhabens zeigen, gemäß § 75 Abs. 2 Satz 2 VwVfG nachträgliche Anordnungen verlangen.

17 Ein höheres Schutzniveau wird durch die Vorschrift des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht vermittelt. Sie gewährt ebenfalls nur insoweit einen Ausgleich, als der Nachbar über das zumutbare Maß hinaus in der Benutzung seines Grundstücks beeinträchtigt wird (Senat, BGHZ 62, 361, 372). Da sich die Zumutbarkeit nach den Maßstäben richtet, die für die Beurteilung einer Einwirkung als wesentliche Beeinträchtigung der Grundstücksnutzung im Sinne des § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB gelten (Senat, Urt. v. 27. Oktober 2006, V ZR 2/06, VersR 2007, 657, 658 [= WuM 2007, 147 = GuT 2007, 44 KL]), bestimmen das öffentliche und das private Immissionsschutzrecht die Grenze der Duldungspflicht gegenüber Immissionen im Ergebnis identisch (Senat, BGHZ 111, 63, 65 f.; BVerwG, NJW 1988, 2396, 2397; Krüger, ZfIR 2007, 2). Ein Bedürfnis für die zusätzliche Anwendung des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB bei planfestgestellten Vorhaben besteht daher nicht.

18 bb) Hinter die Rechtsschutzmöglichkeiten im Planfeststellungsverfahren tritt der Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB auch dann zurück, wenn die das Nachbargrundstück treffenden Einwirkungen nicht auf den Betrieb, sondern - wie hier - auf die Errichtung des planfestgestellten Vorhabens zurückzuführen sind. Die durch den Beschluss begründete Duldungspflicht des Nachbarn erfasst bereits die während der Bauphase entstehenden Immissionen (Senat, BGHZ 54, 384, 388). Auch die im Planfeststellungsverfahren zu beachtenden Vorschriften über Schutzmaßnahmen unterscheiden nicht nach den einzelnen Abschnitten der Realisierung des Vorhabens. Das durch das Fachplanungsrecht zur Verfügung gestellte Instrumentarium erlaubt es vielmehr, schon bei der Durchführung der Baumaßnahme auftretende Konflikte einer interessengerechten Lösung zuzuführen (vgl. OLG Hamm NVwZ 2004, 1148, 1149; VGH Mannheim NVwZ-RR 1990, 227 f.; Urt. v. 8. Februar 2007, 5 S 2257/05, juris Rdn. 127 ff. sowie BVerwG NVwZ 1988, 534 f.).

19 Der hier maßgebliche Planfeststellungsbeschluss regelt den sich aus dem Bau des City-Tunnels ergebenden Konflikt zwischen den Interessen der Beklagten und denen der Anlieger. Der Einwand der Revision, der in den Bestimmungen zur Vermeidung bauzeitlicher Belastungen (Abschnitt A.V.3. des Planfeststellungsbeschlusses) enthaltene Verweise auf die einzuhaltenen Immissionsrichtwerte sei mit der Verweisklausel vergleichbar, die den Bundesgerichtshof in der Entscheidung BGHZ 97, 114 veranlasst habe, zivilrechtliche Entschädi-

gungsansprüche als nicht ausgeschlossen anzusehen, ist unbegründet. In dem dortigen Fall war die klagende Partei wegen ihrer Entschädigungsansprüche „in das Entschädigungsverfahren verwiesen“ worden (aaO, S. 120) und durfte deshalb davon ausgehen, dass ihr die Möglichkeit vorbehalten werden sollte, ihre Ansprüche in einem besonderen administrativen Verfahren geltend zu machen. Hiermit ist der Hinweis auf die Pflicht, bestimmte Richtwerte einzuhalten, nicht vergleichbar. Er verweist die Betroffenen nicht in ein anderes Verwaltungsverfahren, sondern verkörpert die Auflage, die die Planfeststellungsbehörde zum Schutz der Anlieger vor bauzeitlichen Belastungen für angemessen erachtet hat.

20 cc) Entgegen der Auffassung der Revision liegen hier keine Besonderheiten des Einzelfalls vor, die durch die im Planfeststellungsverfahren zu Gebote stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten nicht erfasst werden konnten (vgl. hierzu Senat BGHZ 161, 323, 330 f.).

21 (1) Dass Maßnahmen zum Schutz der durch den Bau des City-Tunnels nachteilig lärmbeeinträchtigten (gewerblichen) Anlieger des Marktplatzes keinen Eingang in den Planfeststellungsbeschluss hätten finden können, ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin nicht vorgetragen. Gleiches gilt mit Blick auf die Bestimmung eines Auflagenvorbehalts (§ 74 Abs. 3 VwVfG; vgl. BVerwG NVwZ 1989, 147, 148), sofern zum Zeitpunkt der Planfeststellung noch nicht abschließend zu ermitteln gewesen sein sollte, ob durch den Baustellenbetrieb unzumutbare Belastungen der Anlieger zu erwarten waren.

22 (2) Auch der Umstand, dass die Klägerin die Räumlichkeiten zum Betrieb des Restaurants erst im Jahr 2002 und damit rund zwei Jahre nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses angemietet hat, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Zwar knüpft der Ausschluss zivilrechtlicher Ansprüche an die Möglichkeit des Anliegers an, seine Rechte in einem förmlichen Verwaltungsverfahren sowie einem sich eventuell anschließenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren wahrzunehmen (vgl. Senat, BGHZ 161, 323, 330; Staudinger/Roth, BGB <2002>, § 906 Rdn. 27). Dieses Erfordernis bezieht sich jedoch nur auf den zur Zeit der Planung berechtigten Personenkreis. Derjenige, der erst später Eigentümer eines von dem Vorhaben betroffenen Grundstücks wird, kann sich der Wirkung des bestandskräftigen Planfeststellungsbeschlusses nicht unter Berufung auf eine unterbliebene Verfahrensbeteiligung entziehen. Er tritt in eine durch den Planfeststellungsbeschluss „vorbelastete“ Rechtsposition ein. Die Entscheidung der Planungsbehörde, ob und in welchem Umfang Vorkehrungen wegen nachteiliger Auswirkungen des Vorhabens zu treffen sind, dient dem Schutz des Eigentums (Senat, BGHZ 161, 323, 328), ohne dass es auf den konkreten Inhaber des Rechtsguts ankommt. Dem das Grundstück lediglich aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung nutzenden Mieter kommt insoweit keine stärkere Rechtsposition zu.

23 (3) Ohne Bedeutung bliebe es schließlich, wenn sich der von der Klägerin in den angemieteten Räumen aufgenommene Restaurantbetrieb von der früheren Nutzung des Anwesens unterscheidet. Die Rechtmäßigkeit des Planfeststellungsbeschlusses wäre dadurch nicht infrage gestellt. Diese richtet sich nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Erlasses und wird durch spätere Änderungen der für die Entscheidung maßgeblichen Umstände nicht berührt (BVerwG NVwZ 1999, 989, 990 m.w.N.). Der Eigentümer oder Mieter, der nach Erlass des Planfeststellungsbeschlusses eine neue Nutzung aufnimmt, ist durch die Möglichkeit nachträglicher Schutzanordnungen für nicht voraussehbare Wirkungen des Vorhabens einschließlich der Möglichkeit eines Ausgleichsanspruchs (§ 75 Abs. 2 Satz 2 und 3 VwVfG) hinreichend geschützt.

#### 24 Revision der Beklagten

25 Die Revision der Beklagten, mit der diese eine vollständige Klageabweisung erstreben, ist begründet.

26 Die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin stünde trotz der Ausschlusswirkung eines Planfeststellungsverfahrens ein Anspruch aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB zu, weil diese

nur so weit gelte, wie sich der Vorhabenträger innerhalb der Vorgaben des Planfeststellungsbeschlusses bewege, ist rechtsfehlerhaft. Nach Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens ist für einen zivilrechtlichen Ausgleichsanspruch gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB auch dann kein Raum, wenn die durch den Planfeststellungsbeschluss gezogenen Grenzen zulässiger Einwirkungen auf Anliegergrundstücke überschritten werden.

27 1. Mit dem Planfeststellungsverfahren hat der Gesetzgeber für bestimmte Immissionen im Vorfeld ein spezifisches Verfahren zur Vermeidung von Eigentumsbeeinträchtigungen im nachbarlichen Bereich geschaffen. Hinter die sich daraus ergebenden Rechtsschutzmöglichkeiten tritt der Anspruch aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB unabhängig davon zurück, ob die konkrete Planfeststellung ausreichende Schutzvorkehrungen zu Gunsten der betroffenen Grundstückseigentümer und -nutzer enthält; ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Vorgaben des Beschlusses eingehalten werden. Denn der Vorrang des Planfeststellungsverfahrens rechtfertigt sich aus seiner generellen Eignung, Beeinträchtigungen des Eigentums zu vermeiden oder jedenfalls angemessen auszugleichen. Er findet seine Grenze deshalb erst dort, wo die im Planfeststellungsverfahren zu Gebote stehenden Möglichkeiten nicht geeignet sind, dem berechtigten Interesse des benachbarten Grundstückseigentümers ausreichend Rechnung zu tragen (vgl. Senat, BGHZ 161, 323, 330). Für Beeinträchtigungen, die aus einer Überschreitung der durch das öffentliche Recht festgesetzten und im Planfeststellungsbeschluss in Bezug genommenen Richtwerte für Immissionen folgen, gilt dies nicht. Die im Planfeststellungsverfahren zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe (§§ 74 Abs. 2 und 75 Abs. 2 VwVfG) ermöglichen es dem Betroffenen, auch hierfür Schutzmaßnahmen oder, wo diese untunlich oder mit dem Vorhaben unvereinbar sind, eine Entschädigung in Geld durchzusetzen.

28 2. a) Sind Überschreitungen einschlägiger Richtwerte - wie sie hier in der auf der Grundlage von § 3 Abs. 2 des Gesetzes zum Schutz gegen Baulärm vom 9. September 1965 (BGBl. I 1214) erlassenen und in dem Planfeststellungsbeschluss in Bezug genommenen AVwV Baulärm enthalten sind - zu erwarten, ist vorauszusehen, dass das Vorhaben zu Beeinträchtigungen der Anlieger führen wird, die die Grenze des Zumutbaren übersteigen. In einem solchen Fall muss die Planfeststellungsbehörde dem Träger des Vorhabens Schutzmaßnahmen, etwa die Errichtung eines Lärmschutzwalls oder den Einbau von Schallschutzfenstern, auferlegen (§ 74 Abs. 2 Satz 2 VwVfG; vgl. BVerwGE 110, 370, 392 sowie Jarass, DÖV 2004, 633, 634 f.). Soweit solche Vorkehrungen untunlich oder mit dem Vorhaben unvereinbar sind, hat der Betroffene einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung in Geld (§ 74 Abs. 2 Satz 3 VwVfG); über die Entschädigungspflicht ist zumindest dem Grunde nach bereits in dem Planfeststellungsbeschluss zu entscheiden (vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Aufl., § 74 Rdn. 198).

29 Dem Betroffenen obliegt es, rechtzeitig zu prüfen, ob der Planfeststellungsbeschluss diesem Gebot genügt. Ist dies nicht der Fall, kann er zum Schutz seiner Rechte innerhalb der Rechtsmittelfrist gegen den Planfeststellungsbeschluss Klage insbesondere mit dem Ziel erheben, den Plan um eine Schutzvorkehrung im Sinne des § 74 Abs. 2 Satz 2 VwVfG oder eine Entschädigungsregelung gemäß § 74 Abs. 2 Satz 3 VwVfG zu ergänzen (vgl. BVerwGE 104, 123, 129; BVerwG NVwZ 1998, 846). Sieht er hiervon ab und wird der Planfeststellungsbeschluss bestandskräftig, sind Ansprüche aus § 74 Abs. 2 VwVfG gegen den Träger des Vorhabens verbindlich aberkannt (vgl. BVerwGE 77, 295, 296 f.; OVG Lüneburg, NdsRpfl. 2001, 416, 417).

30 Die Möglichkeit, für eine Aufnahme von Schutzvorkehrungen oder Entschädigungsanordnungen in dem Planfeststellungsbeschluss zu sorgen, bestand auch hier. In der Regelung zur Vermeidung bauzeitlicher Belastungen (Abschnitt A.V.3. des Planfeststellungsbeschlusses) kommt die Einschätzung der Planfeststellungsbehörde zum Ausdruck, dass dem Schutz des Eigentums der Anlieger durch die Verpflichtung der Beklagten,

die einschlägigen Grenzwerte für Baulärm einzuhalten, und durch den Hinweis auf die Möglichkeit, gegen übermäßige Lärmimmissionen gemäß Ziffer 4 und 5 AVwV Baulärm behördlich einzuschreiten, Genüge getan ist. Zugleich wird - durch stillschweigendes Übergehen - ein Anspruch der Anlieger auf die Anordnung von Schutzmaßnahmen oder einer Entschädigung von Geld (§ 74 Abs. 2 Satz 2 u. 3 VwVfG) verneint (vgl. BVerwGE 77, 295, 296 f.). Hiergegen hätte sich der damalige Eigentümer oder der frühere Nutzer der Räume, in denen die Klägerin später ihr Restaurant betrieb, auf dem Verwaltungsrechtsweg wenden können.

31 b) Im Zeitpunkt der Planung nicht voraussehbare Wirkungen eines Vorhabens, d.h. nachteilige Entwicklungen, die sich erst später zeigen und mit denen die Beteiligten bei der Planfeststellung verständigerweise nicht rechnen konnten, werden von § 75 Abs. 2 Satz 2 und 4 VwVfG erfasst (vgl. BVerwGE 128, 177, 182). Nach dieser Vorschrift kann der Betroffene, auch nachdem der Planfeststellungsbeschluss unanfechtbar geworden ist, Vorkehrungen oder die Errichtung und Unterhaltung von Anlagen verlangen, durch welche Einwirkungen, die die Grenze des Unzumutbaren überschreiten, ausgeschlossen werden. Sind solche Vorkehrungen oder Anlagen untunlich oder mit dem Vorhaben unvereinbar, kann der Betroffene eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen. Dieser, gegen die Planfeststellungsbehörde gerichtete und im Verwaltungsrechtsweg durchzusetzende (vgl. BGHZ 140, 285, 296 f.), Anspruch stand der Klägerin zur Verfügung, soweit mit unzumutbaren Beeinträchtigungen des Gewerbebetriebs infolge einer Überschreitung der in den Beschluss festgelegten Grenzwerte im Zeitpunkt der Planfeststellung nicht gerechnet werden konnte.

32 c) Der Betroffene ist schließlich nicht schutzlos, wenn die in dem Planfeststellungsbeschluss enthaltenen Schutzvorkehrungen nicht eingehalten werden. Soweit Anordnungen im Sinne des § 74 Abs. 2 Satz 2 VwVfG getroffen worden sind, durch die nachteilige Einwirkungen des Vorhabens auf sein Eigentum verhindert oder ausgeglichen werden sollen, steht ihm ein subjektiv-öffentliches Recht auf Vollzug der Anordnung gegen den Vorhabenträger zu (vgl. BVerwG Buchholz 316 § 76 VwVfG Nr. 14 Rdn. 11 f.; OVG Lüneburg NuR 1999, 353).

33 Verweist der Planfeststellungsbeschluss, wie hier, lediglich auf eine bestehende Lärmverordnung, liegt dem die - von dem Betroffenen entweder nicht angegriffene oder aber von den Verwaltungsgerichten bestätigte - Einschätzung der Planfeststellungsbehörde zugrunde, dass mit unzumutbaren Beeinträchtigungen nicht zu rechnen ist, weil sich die Einhaltung der maßgeblichen Grenzwerte mit dem dafür vorgesehenen Instrumentarium - hier durch die in der AVwV Baulärm vorgesehenen Maßnahmen zur Lärminderung bis hin zur Stilllegung von Baumaschinen (vgl. Ziffer 4 und 5 AVwV Baulärm) - sicherstellen lässt und deshalb keine die (fachplanerische) Zumutbarkeitsschwelle übersteigenden Beeinträchtigungen zu erwarten sind. Kommt es im Einzelfall zu Überschreitungen der Grenzwerte, kann der Betroffene den Einsatz dieses Instrumentariums mit den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Rechtsbehelfen, gerichtet auf ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde, erzwingen (vgl. BVerwG NVwZ 2005, 330, 332 a.E.). Erweist sich dagegen die Einschätzung der Planfeststellungsbehörde als unzutreffend - hier also das Instrumentarium der Baulärmverordnung als ungeeignet, um unzumutbare Beeinträchtigungen zu verhindern -, kann der Betroffene gemäß § 75 Abs. 2 Satz 2 bis 4 VwVfG die nachträgliche Anordnung von Schutzmaßnahmen oder einer Entschädigung verlangen. Für einen Anspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB bleibt daher auch in diesen Fällen kein Raum.

34 III. Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da die Aufhebung nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Rechts auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache im Sinne einer vollständigen Abweisung der Klage zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

## §§ 2, 3, 4, 7, 24 BBodSchG; §§ 3, 5 BImSchG;

### § 11 ThürOBG

**Grundstücksmiete; Betrieb einer Abfallbeseitigungsanlage; Abfallrecycling; Weiterbetreiben der Anlage durch den neuen Mieter nach Vertragskündigung des Zwangsverwalters; Inanspruchnahme des Erstmieters für Kosten der Schadensbeseitigung im Boden; Räumung; Bodenschutz; Immissionschutz; Altlast; Bodenveränderung; Zustandsstörer**

a) **Zu den Voraussetzungen eines Ausgleichsanspruchs nach § 24 Abs. 2 BBodSchG. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift kommt auch dann nicht in Betracht, wenn eine Inanspruchnahme des Störers nach Maßgabe des Bundes-Bodenschutzgesetzes nur deshalb ausscheidet, weil gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 11 BBodSchG die Bestimmungen des Bundes-Immissionschutzgesetzes vorrangig sind. Erst recht lässt sich diese Vorschrift nicht als Maßstab eines allgemeinen Ausgleichs zwischen mehreren Störern im Sinne des Ordnungsrechts heranziehen.**

b) **Zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche des Bundes-Bodenschutzgesetzes und des Bundes-Immissionschutzgesetzes.**

c) **Eine schädliche Bodenveränderung im Sinne des § 2 Abs. 3 BBodSchG liegt nur vor, wenn eine physikalische, chemische oder biologische Veränderung der Beschaffenheit des Bodens eingetreten ist. Allein die Gefahr einer Veränderung ist nicht ausreichend.**

d) **Zu den Voraussetzungen einer Altlast im Sinne des § 2 Abs. 5 BBodSchG.**

e) **Solange für ein Grundstück die Zwangsverwaltung angeordnet ist, kommt eine ordnungsrechtliche Inanspruchnahme des Eigentümers als Zustandsstörer nach § 11 Abs. 2 ThürOBG regelmäßig nicht in Betracht.**

(BGH, Urteil vom 18. 2. 2010 – III ZR 295/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten um die Erstattung von Kosten für die Beseitigung von Reststoffen, die sich auf dem Grundstück des Beklagten zu 1 befanden, das die Beklagte zu 2 zuvor vom Beklagten zu 1 gemietet hatte und das der Zwangsverwaltung mit dem Kläger als Zwangsverwalter unterlag.

2 Die Beklagte zu 2 hatte auf dem vom Beklagten zu 1 gemieteten Grundstück eine Abfallrecyclinganlage betrieben. Der Kläger beendete das Mietverhältnis mit der Beklagten zu 2. Beide Parteien schlossen einen Vergleich, nach dem das Grundstück von der Beklagten zu 2 Ende August 2006 geräumt herausgegeben werden musste.

3 Da der Kläger das Grundstück bereits ab 1. September 2006 an eine neue Mieterin vermietet hatte und eine vollständige Räumung seitens der Beklagten zu 2 nicht erfolgt war, ließ er am 7. September 2006 das Grundstück zwangsräumen. Auch danach waren auf dem Grundstück noch Reststoffe verblieben. Im Oktober 2006 wies das Staatliche Umweltamt S. den Kläger darauf hin, dass die Lagerung von ca. 400 t (700 m<sup>3</sup>) nicht verwertbarer Abfälle auf dem Grundstück, die als Hinterlassenschaft von der zwangsgeräumten Beklagten zu 2 verblieben seien, nicht zulässig sei. Deshalb forderte das staatliche Umweltamt den Kläger auf, unverzüglich zu veranlassen, dass diese Abfälle von dem Grundstück entfernt und ordnungsgemäß entsorgt werden.

4 Mit der Beseitigung dieser Abfälle beauftragte der Kläger die neue Mieterin, die ihm für ihre Leistungen die Klagesumme einschließlich der darin enthaltenen Umsatzsteuer in Höhe von 100.955,60 € in Rechnung stellte. Nachdem der Kläger einen entsprechenden Vorschuss von dem die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreibenden Gläubiger angefordert und erhalten hatte, zahlte der Kläger den Rechnungsbetrag, dessen Erstattung er von den Beklagten zu 1 und 2 verlangt.

5 Die Klage hat gegen die Beklagten zu 1 und 2 vor dem Landgericht Meiningen Erfolg gehabt. Die gegen die Beklagte zu 3 - eine frühere Mieterin - erhobene Klage ist abgewiesen worden. Die Berufung der Beklagten zu 1 und 2 hat keinen Erfolg gehabt.

6 Mit ihrer vom Berufungsgericht [OLG Jena] zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten zu 1 und 2 ihren Klageabweisungsantrag weiter.

7 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg.

8 I. Das Berufungsgericht (ThürVBl. 2009, 126) hat die gegen die Beklagten zu 1 und 2 geltend gemachten Zahlungsansprüche für begründet erachtet und als Anspruchsgrundlage dafür § 24 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG herangezogen. Sowohl der Kläger als auch beide Beklagten seien Verpflichtete nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz. Die von der Beklagten zu 2 betriebene Abfallbeseitigungsanlage habe eine Altlast dargestellt. Die vom Beklagten zu 2 hinterlassenen Abfälle seien nach § 7 BBodSchG zu beseitigen gewesen. Die Beweisaufnahme habe im Übrigen ergeben, dass 460 t Abfall - wie abgerechnet - entsorgt worden seien. Die Entsorgungskosten seien auch üblich und angemessen und dem Kläger stehe auch die in den Rechnungen enthaltene Mehrwertsteuer zu.

9 II. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

10 1. Revision der Beklagten zu 2

11 Die Revision der Beklagten zu 2 ist begründet und führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, da die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif ist.

12 a) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 2 sei nach § 24 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG zur Zahlung des Klagebetrages verpflichtet, trifft nicht zu. Nach § 24 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG haben mehrere Verpflichtete untereinander unabhängig von ihrer Heranziehung einen Ausgleichsanspruch, der sich mangels anderweitiger Vereinbarung danach bemisst, inwieweit die Gefahr oder der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht wurde.

13 Im Gegensatz zur Ansicht des Berufungsgerichts ist die Beklagte zu 2 nicht Verpflichtete im Sinne des § 24 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG.

14 aa) Eine Verpflichtung zur Gefahrenabwehr ergibt sich für die Beklagte zu 2 nicht aus § 4 Abs. 3 Satz 1 BBodSchG. Danach hat der Verursacher einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast den Boden und Altlasten sowie durch die schädlichen Bodenveränderungen oder durch Altlasten verursachte Verunreinigung von Gewässern zu sanieren, so dass dauerhaft keine Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für den Einzelnen oder die Allgemeinheit entstehen.

15 (1) Im vorliegenden Fall kann aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht davon ausgegangen werden, dass eine schädliche Bodenveränderung verursacht wurde. Nach § 2 Abs. 3 BBodSchG sind schädliche Bodenveränderungen im Sinne des Gesetzes Beeinträchtigungen der Bodenfunktion, die geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen für den Einzelnen oder die Allgemeinheit herbeizuführen. Eine physikalische, chemische oder biologische Veränderung der Beschaffenheit des Bodens muss jedoch bereits eingetreten sein (BT-Drucks. 13/6701, S. 19; Versteyl in: Sondermann/Versteyl, BBodSchG, 2. Aufl., § 4 Rn. 77; Bickel, BBodSchG, 4. Aufl., § 2 Rn. 12). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lagerten zwar Abfälle auf dem Grundstück und es bestand die Gefahr, dass durch den Einfluss der Witterung mit Polyoxymethylen verunreinigter Staub in den Boden hätte gelangen können. Das Berufungsgericht stellt damit jedoch nur die Gefahr von Bodenveränderungen fest, nicht jedoch, dass solche bereits eingetreten sind, was jedoch Voraussetzung

für eine Inanspruchnahme der Beklagten zu 2 unter dem Blickwinkel der Verursachung einer schädlichen Bodenveränderung ist.

16 (2) Eine Verpflichtung des Beklagten zu 2 als Verursacher einer Altlast scheidet ebenfalls aus, da aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts die Voraussetzungen einer Altlast nach § 2 Abs. 5 Nr. 1 BBodSchG nicht vorliegen.

17 (a) Eine Altlast nach § 2 Abs. 5 Nr. 1 1. Alternative BBodSchG kommt nicht in Betracht, weil hier keine stillgelegte Abfallbeseitigungsanlage vorliegt. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass auch eine Abfallverwertungsanlage, wie sie hier betrieben wurde, zu den Abfallbeseitigungsanlagen im Sinne des Gesetzes gehört (vgl. Sondermann/Hejma in: Versteyl/Sondermann aaO, § 2 Rn. 60). Stillgelegt im Sinne des Gesetzes ist jedoch eine solche Anlage frühestens mit der Beendigung aller Stilllegungsmaßnahmen (vgl. Sondermann/Hejma aaO Rn. 61; Sanden in: Sanden/Schoeneck, BBodSchG, § 2 Rn. 74). Da vorliegend die Abfallverwertungsanlage nach wie vor betrieben wurde, wenn auch durch den neuen Mieter, so war die Anlage damit nicht stillgelegt und stellte auch keine Altlast im Sinne des § 2 Abs. 5 Nr. 1 1. Alternative BBodSchG dar.

18 (b) Eine Altlast liegt aber auch nicht nach § 2 Abs. 5 Nr. 1 2. Alternative BBodSchG vor. Bei dem Grundstück des Beklagten zu 1 handelte es sich nicht um ein sonstiges Grundstück, auf dem Abfälle behandelt, gelagert oder abgelagert worden waren.

19 Voraussetzung ist auch insoweit, dass es sich nicht um ein Grundstück einer noch im Betrieb befindlichen Abfallbeseitigungsanlage handelt (vgl. BT-Drucks. 13/6701 S. 30; Bickel, aaO § 2 Rn. 26; Erbguth/Stollmann, Bodenschutzrecht, 2001, Rn. 210). Im vorliegenden Fall lagerten die Reststoffe der Beklagten zu 2 auf dem Betriebsgelände der Abfallverwertungsanlage und nicht außerhalb. Gegenteiliges ist weder vorgetragen noch vom Berufungsgericht festgestellt worden. Da die Anlage durch den neuen Mieter weiterbetrieben wurde und noch nicht stillgelegt worden war, handelt es sich bei den Ablagerungen nicht um solche auf einem sonstigen Grundstück im Sinne des § 2 Abs. 5 Nr. 1 2. Alternative BBodSchG.

20 Unerheblich ist insoweit, ob die neue Mieterin die Abfallbeseitigung in der Anlage umgestellt hatte und ob es sich bei den beseitigten Reststoffen um solche handelte, die ausschließlich im Rahmen der Betriebsabläufe der Vormieterin entstanden sein konnten oder nur für Zwecke der Vormieterin benötigt wurden. Der Betrieb einer Anlage gilt nur dann als stillgelegt, wenn die Produktion völlig eingestellt wird; kein Fall der Stilllegung liegt dagegen vor, wenn nach einer Produktionsänderung lediglich in einer neuen Variante produziert wird. Im Falle einer weiteren Fortführung kommt eine Stilllegung nur dann in Betracht, wenn sich der Betrieb als ein aliud darstellt (vgl. Sanden aaO § 2 Rn. 74; Kothe VerwArch 1997, 456, 459). Solches ist weder vom Berufungsgericht festgestellt noch von den Parteien vorgetragen worden.

21 (3) Eine Altlast kann auch nicht nach § 2 Abs. 5 Nr. 2 BBodSchG in Form eines Altstandortes bejaht werden. Ein Altstandort liegt nach der Vorschrift bei Grundstücken stillgelegter Anlagen oder bei sonstigen Grundstücken vor, auf denen mit umweltgefährdenden Stoffen umgegangen worden ist. Insoweit scheidet ebenfalls Grundstücke aus, die - wie hier - zu noch im Betrieb befindlichen Anlagen gehören (BT-Drucks. 13/6701 S. 30; Bickel aaO § 2 Rn. 29).

22 bb) Die Beklagte zu 2 ist auch nicht Verpflichtete im Sinne des § 24 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG, weil sie vorsorgepflichtig nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG war. Die entgegenstehende Annahme des Berufungsgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung ebenfalls nicht stand.

23 Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 11 BBodSchG ist die Vorschrift im vorliegenden Fall nicht auf die Beklagte zu 2 anzuwenden. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 11 BBodSchG findet das Bundes-Bodenschutzgesetz auf schädliche Bodenveränderungen und Altlasten nur

dann Anwendung, wenn die Vorschriften des Bundes-Immissionsschutzgesetzes und der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen über die Errichtung und den Betrieb von Anlagen unter Berücksichtigung von Absatz 3 des § 3 BBodSchG Einwirkungen auf den Boden nicht regeln.

24 Eine die Vorschriften des Bundes-Bodenschutzgesetzes verdrängende Spezialregelung ist hier § 5 Abs. 1 BImSchG. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG sind genehmigungsbedürftige Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist im vorliegenden Fall erfüllt.

25 (1) Die Errichtung und der Betrieb der vorliegenden Abfallverwertungsanlage bedurfte der Genehmigung nach § 4 Abs. 1 BImSchG. Dies wird von den Beklagten unwidersprochen vorgetragen und ergibt sich im Übrigen auch aus dem (Anhörungs-)Schreiben des Umweltamts S. vom 23. Oktober 2006, in dem auf den Genehmigungsbescheid für die Anlage Bezug genommen wird.

26 (2) Die vom Berufungsgericht festgestellten Gefahren - der Eintrag von Schadstoffen in den Boden durch Witterungseinflüsse und insbesondere Regen - werden auch von der Sache her von § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erfasst. Die Schutzpflicht bezieht sich auch im gewissen Umfang auf schädliche Umwelteinwirkungen in der Zukunft und dient damit auch der vorbeugenden Gefahrenabwehr (vgl. BVerwGE 119, 329, 332 f; Jarass, BImSchG, 7. Aufl., § 5 Rn. 14).

27 (3) Bodenveränderungen, deren Eintritt das Berufungsgericht für die Zukunft als möglich angesehen hat, stellen gemäß § 3 Abs. 3 Satz 1 BBodSchG schädliche Umwelteinwirkungen nach § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG dar, soweit sie durch Immissionen verursacht werden. Die Voraussetzung einer Immission ist dabei erfüllt, wenn die Schadstoffe durch ablaufendes Niederschlagswasser in den Boden eingetragen werden und dort die schädliche Bodenveränderung herbeiführen (vgl. Dietlein in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht <Stand: Mai 2003> § 5 BImSchG Rn. 75; Kotulla, BImSchG <Stand: November 2004> § 5 Rn. 48). Von einer derartigen Gefahrenlage ist das Berufungsgericht ausgegangen.

28 (4) Räumlich wird die Umwelteinwirkung auf den Boden im Einwirkungsbereich der Anlage von § 5 Abs. 1 BImSchG erfasst (vgl. Dietlein aaO Rn. 74). Eine darüber hinaus gehende Umweltbeeinträchtigung ist weder vorgetragen noch vom Berufungsgericht festgestellt worden.

29 cc) Eine Verpflichtung der Beklagten im Sinne des § 24 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG ergibt sich auch nicht aus § 4 Abs. 1 BBodSchG. § 3 Abs. 1 Nr. 11 BBodSchG steht auch der Anwendung dieser Vorschrift entgegen. Die Vorschrift entspricht dem Vorsorgegebot aus § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BImSchG (vgl. Versteyl aaO § 4 Rn. 7; Dombert in: Landmann/Rohmer aaO <Stand: März 2001> § 4 BBodSchG Rn. 4).

30 b) Der geltend gemachte Anspruch des Klägers kann auch nicht auf eine analoge Anwendung des § 24 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG gestützt werden.

31 Eine solche analoge Anwendung wird in der Literatur vor allem dann für möglich gehalten, wenn die Inanspruchnahme des ordnungsrechtlichen Störers wegen § 3 Abs. 1 Nr. 11 BBodSchG nicht auf die Vorschriften des Bundes-Bodenschutzgesetzes gestützt werden kann, sondern insbesondere auf § 5 Abs. 1 BImSchG (vgl. Wagner ZfIR 2003, 841, 843).

32 Eine solche analoge Anwendung scheidet jedoch aus. Bereits der Wortlaut des § 3 Abs. 1 Nr. 11 BBodSchG schließt die Anwendung des gesamten Bundes-Bodenschutzgesetzes und damit auch dessen § 24 ausdrücklich aus. Darüber hinaus ist zu beachten, dass es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz des öffentlichen Rechts gibt, wonach ein Ausgleich zwischen mehreren Störern im Sinne des Ordnungsrechts stattzufinden hat (vgl.

Senatsurteil vom 11. Juni 1981 - III ZR 39/80 - NJW 1981, 2457, 2458; BGHZ 158, 354, 360). Vielmehr hat der Gesetzgeber mit § 24 Abs. 2 BBodSchG auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs reagiert, wonach gesetzliche Ausgleichsansprüche zwischen mehreren Störern nicht auf eine analoge Anwendung des § 426 BGB gestützt werden können (vgl. Senatsurteil vom 11. Juni 1981 - III ZR 39/80 - NJW 1981, 2457, 2458; BGHZ 158, 354, 360; BGH, Urteil vom 26. September 2006 - VI ZR 166/05 - NJW 2006, 3628, 3631 m.w.N.; siehe auch Kobes NVwZ 1998, 786, 796). Dass der Gesetzgeber selbst davon ausging, mit § 24 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG nur eine auf den Anwendungsbereich des Bundes-Bodenschutzgesetzes beschränkte Sonderregelung geschaffen zu haben, zeigt auch der Umstand, dass er in § 9 Abs. 2 des (auf den vorliegenden Sachverhalt noch nicht anwendbaren) Umweltschadensgesetzes (USchadG) vom 10. Mai 2007 (BGBl. I S. 666) eine eigenständige Ausgleichsregelung für erforderlich gehalten hat. Die Begründung zum Entwurf des Umweltschadensgesetzes lässt erkennen, dass dem Gesetzgeber zwar die Vorschrift des § 24 Abs. 2 BBodSchG vor Augen gestanden hat, er aber gleichwohl einen Regelungsbedarf gesehen und diesen nicht etwa deshalb in Frage gestellt hat, weil eine - unmittelbare oder entsprechende - Anwendung des § 24 BBodSchG in Betracht komme (vgl. BT-Drucks. 16/3806 S. 26 f). In diesem Zusammenhang fällt ins Gewicht, dass das Umweltschadensgesetz, was Anwendungsbereich und Regelungszweck angeht, dem Bundes-Bodenschutzgesetz jedenfalls nicht ferner steht als das Bundes-Immissionsschutzgesetz.

33 c) Ob dem Kläger aus anderen Gründen der geltend gemachte Anspruch zustehen kann, hat das Berufungsgericht von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig nicht geprüft. Da hierzu weitere Feststellungen zu treffen sind, ist dem Senat eine abschließende Entscheidung in der Sache nicht möglich.

34 Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung wird insbesondere ein Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 280, 281, 546 BGB in Betracht zu ziehen sein. Die der Beklagten zu 2 obliegende Pflicht, das Betriebsgrundstück nach dem Ende des Mietverhältnisses zu räumen, umfasste auch die Verpflichtung, etwaige noch auf dem Grundstück befindliche Reststoffe zu beseitigen. Ob dieser Anspruch scheitert, weil nach dem bisherigen Sachvortrag der Parteien die nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche Fristsetzung zur Erfüllung der Leistung durch den Kläger nicht erfolgt ist, kann derzeit nicht abschließend beurteilt werden. Eine solche Fristsetzung wäre nach § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich gewesen, wenn die Beklagte zu 2 die Erfüllung ihrer Räumungspflicht ernsthaft und endgültig verweigert hätte. An eine solche Weigerung sind zwar im Allgemeinen strenge Anforderungen zu stellen, die nur erfüllt sind, wenn der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Verpflichtungen nicht nachkommen, und es damit ausgeschlossen erscheint, dass er sich durch eine Aufforderung zur Leistung umstimmen ließe (BGH, Urteil vom 17. Oktober 2008 V ZR 31/08 - NJW 2009, 1813, 1816 Rn. 29 m.w.N.). Bei Mietverhältnissen nimmt der Bundesgerichtshof jedoch eine derartige ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung bereits dann an, wenn der Mieter ohne die Vornahme der geschuldeten Instandsetzung auszieht und auch keine Anstalten für die Vorbereitung oder Ausführung der erforderlichen Maßnahmen getroffen hat (vgl. BGH, Urteile vom 19. November 1997 - XII ZR 281/95 - NJW 1998, 1303, 1304 [= WuM 1998, 155]; vom 10. Juli 1991 - XII ZR 105/90 - NJW 1991, 2416, 2417 [= WuM 1991, 550]; BGHZ 49, 56, 59 f jeweils für die Durchführung von Schönheitsreparaturen nach Mietvertragsende). Die Parteien haben im weiteren Verfahren Gelegenheit, zu diesem Punkt ergänzend vorzutragen.

35 Das Berufungsgericht wird sich im weiteren Verfahren gegebenenfalls auch mit den weiteren Rügen der Beklagten zu 2 zur Schadenshöhe auseinanderzusetzen haben, auf die näher einzugehen der Senat im derzeitigen Verfahrensstand keine Veranlassung hat.

36 2. Revision des Beklagten zu 1

37 Die Revision des Beklagten zu 1 ist ebenfalls begründet.

38 a) Die Ausführungen des Berufungsgerichts, auch gegen den Beklagten zu 1 bestehe ein Anspruch der Klägerin in Höhe der Klageforderung nach § 24 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG, halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

39 Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen keine Verurteilung des Beklagten zu 1 nach § 24 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG in seiner Eigenschaft als Eigentümer des mit einer nach den Bestimmungen des Bundes-Immissionsschutzgesetzes genehmigten Anlage bebauten Betriebsgrundstücks. Insoweit gilt das oben zu 1 a Gesagte entsprechend. Ergänzend ist zu bemerken, dass der sich aus § 3 Abs. 1 Nr. 11 BBodSchG ergebende Vorrang der Regelungen des Bundes-Immissionsschutzgesetzes mit Blick auf den Beklagten zu 1 auch nicht deshalb in Frage gestellt ist, weil § 5 Abs. 1 BImSchG nur Pflichten für den Anlagenbetreiber und nicht für den davon personenverschiedenen Eigentümer begründet (vgl. Jarass, aaO § 5 Rn. 10). Ein Rückgriff auf das Bundes-Bodenschutzgesetz hinsichtlich der in § 7 Satz 1 BBodSchG zusätzlich genannten Adressaten wie den Grundstückseigentümer kommt nicht in Betracht (vgl. Bickel, aaO § 3 Rn. 18; Schäling, Grenzen der Sanierungsverantwortlichkeit nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz, 2008, S. 80, 82; a.A. Nicklas LKV 2000, 376, 379). Auch aus der Gesetzesbegründung ergibt sich kein Anhalt dafür, dass der Gesetzgeber nur hinsichtlich bestimmter Adressaten den Vorrang des Bundes-Immissionsschutzgesetzes begründen und im Übrigen eine parallele Anwendung des Bundes-Bodenschutzgesetzes und des Bundes-Immissionsschutzgesetzes ermöglichen wollte. Vielmehr sollten anlagebezogene Anforderungen und die Abwehr schädlicher Umwelteinwirkungen einheitlich im Bundes-Immissionsschutzgesetz geregelt sein (BT-Drucks. 13/6701, S. 33).

40 b) Das Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar.

41 aa) Ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten zu 1 lässt sich nicht auf §§ 683, 677, 670 BGB stützen, weil der Kläger durch die Beseitigung der Reststoffe auf dem Grundstück eine Verpflichtung des Beklagten zu 1 als dessen Eigentümer nicht erfüllt hat.

42 (1) Eine Verpflichtung des Beklagten zu 1 zur Abfallbeseitigung ergab sich nicht aus dem Bundes-Bodenschutzgesetz, da insoweit die Vorschriften des Bundesimmissionsschutzgesetzes - wie ausgeführt - vorrangig sind.

43 (2) Eine Verpflichtung zur Beseitigung ergab sich auch nicht aus § 5 Abs. 1 BImSchG, da sich insoweit nur Pflichten für den Anlagenbetreiber ergeben, nicht jedoch für den davon personenverschiedenen Eigentümer.

44 (3) Der Kläger hat auch keine Verpflichtung des Beklagten zu 1 im Hinblick auf die Gefahrenabwehr nach dem allgemeinen Ordnungsrecht erfüllt.

45 (a) Eine Verpflichtung des Beklagten zu 1 nach § 10 Abs. 1, 3 ThürOGB scheidet aus. Der Vortrag des Klägers hierzu erschöpft sich in dem Verweis auf die gesellschaftsrechtliche Stellung des Beklagten zu 1 als Gesellschafter und zugleich Vorstand der Beklagten zu 2 und ist nicht hinreichend, um eine persönliche Inanspruchnahme des Beklagten zu 1 als Verursacher einer ordnungsrechtlichen Gefahr im Sinne des § 10 ThürOGB zu begründen.

46 (b) Ebenso wenig kommt eine Inanspruchnahme des Beklagten zu 1 gemäß § 11 ThürOGB in Betracht. Nach Absatz 1 dieser Vorschrift sind die Maßnahmen zur Gefahrenabwehr gegen den Inhaber der tatsächlichen Gewalt zu richten, sofern die Gefahr von einer Sache ausgeht. Gemäß § 11 Abs. 2 ThürOGB können die Maßnahmen auch gegen den Eigentümer gerichtet werden, es sei denn, der Inhaber der tatsächlichen Gewalt übt diese ohne den Willen des Eigentümers aus.

47 Im vorliegenden Fall übt der Kläger als Zwangsverwalter die tatsächliche Gewalt ohne den Willen des Beklagten zu 1 aus.

Diesem ist gemäß § 148 Abs. 2 ZVG die Verwaltung und Nutzung des Grundstücks entzogen. Er kommt deshalb als Zustandsstörer während der laufenden Zwangsverwaltung grundsätzlich nicht in Betracht (vgl. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl., S. 78; Rühle/Suhr, Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz, 2000, S. 92; Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 327 f, Duesmann, Die Verantwortlichkeit für schädliche Bodenveränderungen und Altlasten nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz, S. 77 f).

48 Ob dies deshalb in Frage zu stellen ist, weil möglicherweise dem Beklagten zu 1 mittels einer Duldungsverfügung gegen den Kläger als Zwangsverwalter eine Einwirkung auf sein Grundstück, von dem die Gefahr ausging, hätte aufgegeben werden können (vgl. VG Würzburg, Urteil vom 23. Mai 2006 - W 4 K 05. 592 - juris Rn. 28 ff für einen besonders gelagerten Einzelfall), kann hier dahinstehen. Solange nicht erkennbar ist, dass die Ordnungsbehörde selbst diesen Weg einschlagen will oder auch nur für gangbar hält, kann derjenige, der tatsächlich in Anspruch genommen wird oder dessen Inanspruchnahme ins Auge gefasst wird, sich unter dem Blickwinkel einer Geschäftsführung ohne Auftrag nicht darauf berufen, dass er eine fremde Verpflichtung durch die Beseitigung der Gefahr erfüllt hat (vgl. Senatsumteil vom 11. Juni 1981 - III ZR 39/80 - NJW 1981, 2457, 2458). Im vorliegenden Fall hat das Staatliche Umweltamt mit seinem Schreiben vom 23. Oktober 2006 den Kläger angehört und dessen Inanspruchnahme zur Entsorgung der Reststoffe in Aussicht gestellt. Der Anhörung ist nicht zu entnehmen, dass die Behörde beabsichtigte, mit einer Duldungsverfügung gegen den Kläger vorzugehen und dann den Beklagten zu 1 als Eigentümer in Anspruch zu nehmen. Es verbleibt deshalb dabei, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Beseitigung der Reststoffe keine Verpflichtung des Beklagten zu 1 erfüllt hat, so dass unter diesem Gesichtspunkt eine Geschäftsführung ohne Auftrag durch den Kläger nicht in Betracht kommt.

49 bb) Mangels Befreiung des Beklagten zu 1 von einer Verpflichtung im Hinblick auf die Entsorgung der Reststoffe scheiden auch Ansprüche des Klägers gegen ihn aus ungerechtfertigter Bereicherung aus.

50 c) Hinsichtlich der Revision des Beklagten zu 1 kann der Senat selbst entscheiden, da die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

## § 180 ZPO

### Ersatzzustellung bei aufgegebenen Geschäftsräumen

**Bei bereits aufgegebenen Geschäftsräumen kann eine Ersatzzustellung durch Einlegung in den Briefkasten nicht erfolgen.**

(BGH, Beschluss vom 22. 10. 2009 – IX ZB 248/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte begehrt die Fortsetzung eines gegen ihn gerichteten Schadensersatzprozesses wegen behaupteter Verletzung seiner Pflichten aus einem Steuerberatervertrag. Gegen ihn erging Vollstreckungsbescheid. Er macht geltend, dieser sei nicht wirksam zugestellt worden, hilfsweise beantragt er Wiedereinsetzung in die versäumte Einspruchsfrist.

2 Der Beklagte betrieb sein Büro in einem mit der Hausnummer 5 gekennzeichneten Anbau des Wohnhauses mit der

Hausnummer 3, in dem er mit seiner Ehefrau lebt. Die Büroräume hatte er bis zur Aufgabe seiner Tätigkeit am 31. Oktober 2007 von seiner Ehefrau gemietet. Nach Einstellung der Berufstätigkeit entfernte der Beklagte sein Kanzleischild sowie die Namensschilder von Klingel und Briefkasten (Briefschlitz in der Eingangstür). Dem für das Gebiet zuständigen Briefträger teilte er mit, dass er sein Büro geschlossen habe und dass für ihn bestimmte Post in den Briefkasten der Hausnummer 3 eingeworfen werden möge. Die ehemaligen Büroräume blieben in der Folge unbenutzt.

3 Der Kläger erwirkte zunächst den Erlass eines Mahnbescheides gegen den Beklagten, der am 9. Januar 2008 in den Briefkasten des Anbaus mit der Hausnummer 5 eingelegt wurde. Am 5. Februar 2008 erging ein Vollstreckungsbescheid, der laut Aktenausdruck am 7. Februar 2008 in Hausnummer 5 zugestellt wurde. Auf der Zustellungsurkunde ist vermerkt: „Weil die Übergabe des Schriftstückes in der Wohnung/in dem Geschäftsraum nicht möglich war, habe ich das Schriftstück in den zur Wohnung gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt.“

14 **Aus den Gründen:** II. 2. b) [...] Eine wirksame Ersatzzustellung gemäß § 180 ZPO liegt entgegen der Ansicht der Vorinstanzen nicht vor. Diese setzt bei Geschäftsräumen voraus, dass eine Zustellung nach § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO nicht ausführbar war. Dann kann ein Schriftstück in einen zu dem Geschäftsraum gehörenden Briefkasten oder in eine ähnliche Vorrichtung eingelegt werden. Mit der Einlegung gilt das Schriftstück dann als zugestellt, § 180 Sätze 1 und 2 ZPO. Ein Geschäftsraum in diesem Sinne lag jedoch bei der Zustellung nicht vor.

15 aa) Zutreffend geht das Beschwerdegericht davon aus, dass die Ersatzzustellung nach § 180 Satz 1 ZPO voraussetzt, dass die Räume von dem Adressaten tatsächlich als Geschäftsraum genutzt werden (BGH, Urt. v. 19. März 1998 - VII ZR 172/97, ZIP 1998, 862, 863; v. 2. Juli 2008 - IV ZB 5/08, ZIP 2008, 1747, 1748 [= GuT 2008, 446]; für die vergleichbare Rechtslage bei der Wohnung vgl. etwa BGH, Urt. v. 14. September 2004 - XI ZR 248/03, NJW-RR 2005, 415 [= WuM 2004, 676]).

16 Ein Geschäftslokal ist vorhanden, wenn ein dafür bestimmter Raum - und sei er auch nur zeitweilig besetzt - geschäftlicher Tätigkeit dient und der Empfänger dort erreichbar ist (BGH, Urt. v. 19. März 1998, aaO; Beschl. v. 2. Juli 2008 - IV ZB 5/08, ZIP 2008, 1747, 1748 Rn. 7 [= GuT 2008, 446]; für die vergleichbare Rechtslage bei der Wohnung vgl. z. B. BGH, Urt. v. 14. September 2004 aaO).

17 bb) Ebenfalls noch zutreffend hat das Beschwerdegericht gesehen, dass ein solcher Geschäftsraum nicht mehr vorliegt, wenn der vormalige Inhaber die Räumlichkeiten nicht mehr für seine Geschäftszwecke nutzt und Aufgabewille und Aufgabekt erkennbar sind. Wann diese Voraussetzungen vorliegen, ist bislang allerdings bei Geschäftsräumen höchststrichlich nicht geklärt.

18 cc) Bei der Frage, ob eine Wohnung mit der Folge aufgegeben worden ist, dass dort eine Zustellung nicht mehr vorgenommen werden kann, ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht allein auf die bloße Absicht des bisherigen Inhabers der Wohnung abzustellen, dort künftig nicht mehr wohnen zu wollen. Dieser Wille muss vielmehr, ähnlich wie bei der Aufhebung des Wohnsitzes nach § 7 Abs. 3 BGB, in seinem gesamten Verhalten zum Ausdruck kommen. Der Wille des Wohnungsinhabers zur Aufgabe der Wohnung muss also nach außen erkennbar und in seinem Verhalten Ausdruck gefunden haben. Zwar setzt die Aufgabe einer Wohnung nicht voraus, dass ihr Inhaber alle Merkmale beseitigt, die den Anschein erwecken könnten, er wohne dort auch weiterhin. Der Aufgabewille muss aber, wenn auch nicht gerade für den Absender eines zuzustellenden Schriftstückes oder die mit der Zustellung betraute Person, so doch jedenfalls für einen mit den Verhältnissen vertrauten Beobachter erkennbar sein. Hierauf kann nicht verzichtet werden, weil sonst Möglichkeiten zur Manipulation

eröffnet würden (BGH, Urt. v. 27. Oktober 1987 - VI ZR 268/86, NJW 1988, 713; v. 13. Oktober 1993 - XII ZR 120/92, NJW-RR 1994, 564, 565; Beschl. v. 19. Juni 1996 - XII ZB 89/96, NJW 1996, 2581; v. 14. September 2004 aaO).

19 dd) Das Beschwerdegericht meint, an die Erkennbarkeit von Aufgabewillen und Aufgabekt seien bei einem Geschäftslokal strengere Anforderungen zu stellen, jedenfalls wenn die Räume anschließend leer stehen. Der bisherige Inhaber der Geschäftsräume müsse jedenfalls in diesem Fall sicherstellen, dass an ihn gerichteter Schriftverkehr nicht in den Briefkasten der leer stehenden Räume eingelegt werde. Deshalb müsse er nach den Umständen den Briefschlitz zukleben, ein Hinweisschild anbringen oder einen Nachsendeauftrag stellen. Unterblieben derartige Maßnahmen, spreche einiges dafür, dass der ehemalige Inhaber der Geschäftsräume es geradezu darauf anlege, an ihn gerichtete Post nicht zu erhalten. Das bloße Entfernen des Namensschildes genüge nicht, weil nicht davon ausgegangen werden könne, dass der jeweils tätige Zusteller mit den bisherigen örtlichen Gegebenheiten vertraut sei.

20 ee) Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden.

21 Nach der Regelung der §§ 178 ff ZPO wird für die Ersatzzustellung vorausgesetzt, dass eine Wohnung oder ein Geschäftsraum tatsächlich vorhanden ist. In beiden Fällen kann es deshalb bei einer Aufgabe der Wohnung oder des Geschäftsraums nur darum gehen, möglichen Manipulationen vorzubeugen. Es muss der Wille, die Geschäftsräume aufzugeben, nach außen erkennbaren Ausdruck gefunden haben. Insoweit gilt nichts anderes als bei Wohnräumen. Aus §§ 178 ff ZPO ergibt sich auch bei Geschäftsräumen keine Verpflichtung des Inhabers, bei einer tatsächlichen, nach außen erkennbaren Aufgabe des Geschäftsraums zusätzliche Vorsorge dafür zu treffen, dass Sendungen nicht gleichwohl in den Briefkasten oder Briefschlitz eingeworfen werden. Ebenso wenig besteht eine Verpflichtung, ein Schild anzubringen, auf dem ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass die Geschäftsräume aufgegeben sind. Damit würde dem Empfänger das Risiko der Wirksamkeit zweifelhafter Ersatzzustellungen auferlegt. Dies sieht § 180 ZPO nicht vor. Dem Zustellungsempfänger kann eine ungenaue oder sorglose Arbeit des Zustellers ebenso wenig zugerechnet werden wie dessen Irrtum über das Vorliegen eines Geschäfts- oder Wohnraums.

22 Im vorliegenden Fall hatte der Beklagte unstreitig alle Kanzlei- und Namensschilder unmittelbar nach dem 31. Oktober 2007 entfernt und den Geschäftsraum geräumt. Mehr konnte von ihm nicht verlangt werden. Er hat damit für einen mit den Verhältnissen vertrauten Beobachter zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht, dass er die Geschäftsräume aufgab. Für einen Zusteller, der mit den Gegebenheiten vor Ort nicht vertraut war, gab es danach auch keinen Anhaltspunkt mehr dafür, dass die Räume die Geschäftsräume des Beklagten sein könnten. Der üblicherweise zuständige Briefträger war über die Aufgabe der Geschäftsräume ohnehin ausdrücklich unterrichtet.

23 Dem Beschwerdegericht ist zwar darin zuzustimmen, dass es dem Beklagten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles wohl möglich gewesen wäre, sich gleichwohl Kenntnis von der Post zu verschaffen, die bei seinen ehemaligen Kanzleiräumen eingeworfen wurde. Das ändert aber nichts daran, dass die Voraussetzungen einer Ersatzzustellung nicht vorlagen. Auf die Möglichkeit des Zustellungsempfängers, sich Kenntnis von dem Inhalt von Sendungen zu verschaffen, die ohne das Vorliegen der Voraussetzungen einer Ersatzzustellung eingeworfen wurden, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

24 ff) Da die Einspruchsfrist somit nicht versäumt war, kam es auf den nur hilfsweise gestellten Antrag auf Wiedereinsetzung nicht an. Das Landgericht wird nunmehr dem Rechtsstreit Fortgang zu geben haben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 233, 184, 168, 178, 180 ZPO; § 8 InsO**

**Zustellung durch Aufgabe zur Post;  
Ersatzzustellung durch lizenziertes Postunternehmen;  
Geschäftsanschrift ohne Briefkasten; Postfach**

Erhält ein Verfahrensbeteiligter ein durch Aufgabe zur Post zugestelltes gerichtliches Schriftstück nicht, so ist die Wiedereinsetzung in eine durch die Zustellung in Lauf gesetzte Notfrist nicht geboten, wenn ein lizenziertes Postunternehmen eine Ersatzzustellung an der angegebenen Geschäftsanschrift, ohne dass dies von der Zustellungsempfängerin mitgeteilt worden wäre, nicht durch Einlegen in einen Briefkasten vornehmen kann und mangels Angabe des Zustellungsempfängers auch von einem nicht bei ihm unterhaltenen Postfach keine Kenntnis haben muss.

(BGH, Beschluss vom 21. 1. 2010 – IX ZB 83/06)

9 **Aus den Gründen:** II. 3. b) Es mag zwar sein, dass die Schuldnerin in die versäumte Frist der sofortigen Beschwerde wieder einzusetzen gewesen wäre, wenn die zugestellte Entscheidungsabschrift auf dem Postwege verloren gegangen wäre oder sonstwie ohne ihr Verschulden sie erst nach Ablauf der Notfrist des § 569 ZPO erreicht hätte (vgl. BGH, Beschl. v. 24. Juli 2000 - II ZB 20/99, NJW 2000, 3284, 3285). Die Gründe, mit denen das Beschwerdegericht die Wiedereinsetzung der Schuldnerin nach § 233 ZPO abgelehnt hat, sind nach diesem Ausgangspunkt jedoch rechtlich bedenkenfrei.

10 Die Schuldnerin ist im Verfahren unter ihrer Geschäftsanschrift aufgetreten, ohne darauf hinzuweisen, dass dort ein Briefkasten nicht vorhanden war, so dass Ersatzzustellungen nach § 180 ZPO ausschieden und nur während der Geschäftszeit gemäß § 178 Abs. 1 Nr. 2 ZPO in den Geschäftsräumen durch Übergabe an eine dort beschäftigte Person vorgenommen werden konnten. Die Schuldnerin durfte nach § 168 Abs. 1 Satz 2 ZPO, § 33 Abs. 1 des Postgesetzes auch nicht davon ausgehen, dass jedes gerichtlich beauftragte lizenzierte Zustellunternehmen Kenntnis von ihrem Postfach, welches sie in diesem Verfahren gleichfalls nicht mitgeteilt hatte, besaß und eine Zustellung dort bewirken würde.

11 Die Schuldnerin hat außerdem die Wiedereinsetzungsfrist des § 234 ZPO versäumt. Ihr Geschäftsführer hatte nach seinem am 25. Januar 2006 beim Insolvenzgericht eingegangenen Akteneinsichtsgesuch damals bereits Kenntnis davon, dass ein Antrag auf Festsetzung der Verwaltervergütung gestellt worden war. Schon mit diesem Wissensstand war das Hindernis gegen die Wahrung der Beschwerdefrist gemäß § 234 Abs. 2 ZPO behoben. Denn es bestand jedenfalls danach für die Schuldnerin hinreichender Anlass, nach der öffentlichen Bekanntmachung eines möglicherweise bereits ergangenen Festsetzungsbeschlusses zu forschen. Diese Nachforschung hätte der Schuldnerin die Kenntnis von der Veröffentlichung vom 12. Dezember 2005 verschafft, mit welcher der angefochtene Festsetzungsbeschluss vom 9. Dezember 2005 öffentlich bekannt gemacht worden war. Ergänzend hätte die Schuldnerin dann innerhalb der Nachholungsfrist Akteneinsicht nehmen und die sofortige Beschwerde, wie geschehen notfalls gemäß § 569 Abs. 3 ZPO zu Protokoll der Geschäftsstelle, für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtzeitig erheben können.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**www.gut-netzwerk.de**

Fachleute auf den Gebieten Recht, Wirtschaft,  
Wettbewerb, Steuern, Miete, Leasing, Immobilien,  
Stadtentwicklung, Architektur, Politik und Kultur

im Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum

Erleichtern Sie Ratsuchenden die Kontaktaufnahme über  
das GuT-Netzwerk!

**§ 811 ZPO**

**Zwangsvollstreckung; Pfändungsverbot;  
Pfändungsschutz; Kfz des Schuldners im Gebrauch  
des Ehegatten zur Erwerbstätigkeit;  
Pendlerverkehr zum Arbeitsplatz**

a) Unpfändbar sind auch die Gegenstände des Schuldners, die sein Ehegatte zur Fortsetzung einer Erwerbstätigkeit benötigt.

b) Zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit im Sinne des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erforderliche Gegenstände können auch Kraftfahrzeuge sein, die ein Arbeitnehmer für die täglichen Fahrten von seiner Wohnung zu seinem Arbeitsplatz und zurück benötigt.

(BGH, Beschluss vom 28. 1. 2010 – VII ZB 16/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Gläubigerin betreibt aus drei Vollstreckungstiteln wegen einer Forderung von insgesamt 2459,79 € die Zwangsvollstreckung gegen die Schuldnerin.

2 Die Schuldnerin ist erwerbsunfähig und bezieht eine Rente in Höhe von etwa 840 € netto. Sie lebt zusammen mit ihrem Ehemann und drei Kindern im Alter zwischen 14 und 18 Jahren in dem Dorf K. Der Ehemann der Schuldnerin ist in der Kreisstadt N. beschäftigt mit regelmäßigen Arbeitszeiten von 7.00 Uhr bis 15.45 Uhr, ab und zu auch bis 17.30 Uhr. Für die Fahrten zur Arbeitsstelle verwendet er einen Pkw Ford Mondeo, Baujahr 1994, den er am 29. April 2006 zum Preis von 1900 € erworben hat. Der Pkw ist auf die Schuldnerin zugelassen.

3 Die Gläubigerin hat die Gerichtsvollzieherin beauftragt, diesen Pkw zu pfänden. Die Gerichtsvollzieherin hat den Auftrag abgelehnt. Die dagegen eingelegte Erinnerung der Gläubigerin hat das Amtsgericht Nordhausen - Vollstreckungsgericht - zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde gegen diesen Beschluss ist ohne Erfolg geblieben. Das Beschwerdegericht [LG Mühlhausen – 2 T 286/08] hat die Rechtsbeschwerde zugelassen. Mit dieser begehrt die Gläubigerin, die Gerichtsvollzieherin anzuweisen, den Vollstreckungsauftrag auszuführen.

4 **Aus den Gründen:** II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

5 1. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung bei juris dokumentiert ist, führt aus, der Pkw sei gemäß § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nicht pfändbar, da er für die Fortsetzung der Erwerbstätigkeit des Ehemanns der Schuldnerin erforderlich sei. Zwar benötige die Schuldnerin selbst das Fahrzeug nicht für eine Erwerbstätigkeit. Doch auch ihr Ehemann gehöre zu dem durch § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO geschützten Personenkreis. Das Zwangsvollstreckungsrecht sei dadurch geprägt, dass dem Schuldner und seiner Familie zumindest so viel verbleiben müsse, dass, wenn auch in bescheidenem Umfang, davon gelebt werden könne. Dem Schuldner müsse daher auch das belassen werden, was dazu diene, die für den notwendigen Lebensunterhalt erforderlichen Mittel zu erzielen. Dabei könne es keinen Unterschied machen, ob der Schuldner selbst mittels eines Fahrzeugs Erwerbseinkommen erziele oder ob er dieses seinem Ehegatten zur Verfügung stelle, damit dieser für den Familienunterhalt sorgen könne. Bleibe dem Ehemann der Schuldnerin der Pkw erhalten, könne er weiterhin seine Unterhaltsverpflichtungen aus § 1360 BGB erfüllen. Eine weite Auslegung von § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO sei daher auch durch Art. 6 GG geboten. Der Gegenmeinung, die vor allem aus dem Wortlaut schließe, dass § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nur für den Schuldner gelte, könne aus diesen Gründen nicht gefolgt werden. Der Pkw sei auch zur Ausübung der Erwerbstätigkeit des Ehemanns der Schuldnerin erforderlich. Es werde heute als selbstverständlich angesehen, dass der Arbeitnehmer mit dem Fahrzeug zur Arbeitsstelle fahre. Es sei dem Ehemann der Schuldnerin nicht zuzumuten, gegebenenfalls stundenlang auf ein öffentliches Verkehrsmittel zu

warten, wenn es in der ländlichen Region, in der die Familie wohne, überhaupt noch verkehre. Unbestritten heiße es in dem angefochtenen Beschluss des Amtsgerichts, es sei gerichtsbe-  
kannt, dass öffentliche Verkehrsmittel zur Realisierung der Arbeitszeiten des Ehemanns der Schuldnerin nicht zur Verfügung stünden.

6 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

7 a) Zutreffend ist die Ansicht des Beschwerdegerichts, die Schuldnerin könne sich auf § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO berufen, obwohl ihr Ehemann den Pkw für die Fahrten zu seiner Arbeitsstelle benutze. Denn der Schutzbereich der Vorschrift erstreckt sich auch auf ihn.

8 aa) Nach der überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur greift § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO auch dann ein, wenn der beim Schuldner zu pfändende Gegenstand von seinem Ehegatten für eine eigene Erwerbstätigkeit benötigt wird (OLG Hamm, DGVZ 1984, 138; LG Nürnberg-Fürth, DGVZ 1963, 101; Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 811 Rdn. 24; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 811 Rdn. 55; Schuschke/Walker/Walker, ZPO, 4. Aufl., § 811 Rdn. 32; MünchKommZPO/Gruber, 3. Aufl., § 811 Rdn. 39; Musielak/Becker, ZPO, 7. Aufl., § 811 Rdn. 17; PG/Flury, ZPO, § 811 Rdn. 27; Wiczorek/Schütze/Lüke, ZPO, 3. Aufl., § 811 Rdn. 34).

9 Nach anderer, vor allem am Wortlaut der Norm orientierter Ansicht soll § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO allein für den Schuldner gelten (OLG Stuttgart, DGVZ 1963, 152; LG Augsburg, Rpfleger 2003, 203; Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 30. Aufl., § 811 Rdn. 25; HK-ZPO/Kemper, 3. Aufl., § 811 Rdn. 23; Müller, Zwangsvollstreckung gegen Ehegatten, S. 40 ff.).

10 bb) Die erstgenannte Meinung trifft zu.

11 (1) Dafür spricht der Gesetzeszweck. Die Pfändungsbote des § 811 Abs. 1 ZPO dienen dem Schutz des Schuldners aus sozialen Gründen im öffentlichen Interesse und beschränken die Durchsetzbarkeit von Ansprüchen mit Hilfe staatlicher Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. Sie sind Ausfluss der in Art. 1 GG und Art. 2 GG garantierten Menschenwürde bzw. allgemeinen Handlungsfreiheit und enthalten eine Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 GG). Dem Schuldner und seinen Familienangehörigen soll durch sie die wirtschaftliche Existenz erhalten werden, um - unabhängig von Sozialhilfe - ein bescheidenes, der Würde des Menschen entsprechendes Leben führen zu können (BGH, Beschluss vom 19. März 2004 - IXa ZB 321/03, NJW-RR 2004, 789 = FamRZ 2004, 870).

12 Innerhalb dieses allgemeinen Rahmens soll durch § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erreicht werden, dass der Schuldner seine Arbeitskraft für sich und seine Familienangehörigen einsetzen kann; er soll auch künftig den Unterhalt für sich und seine Familienangehörigen aus eigenen Kräften erwirtschaften können (MünchKommZPO/Gruber, 3. Aufl., § 811 Rdn. 34; Wiczorek/Schütze/Lüke, ZPO, 3. Aufl., § 811 Rdn. 30; Musielak/Becker, ZPO, 7. Aufl., § 811 Rdn. 17). Letztlich schützt § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO daher auch den Unterhalt der Familie (Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 811 Rdn. 24; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 811 Rdn. 55; Schuschke/Walker/Walker, ZPO, 4. Aufl., § 811 Rdn. 32 m.w.N.).

13 Dieser Schutz der Familie wäre unvollkommen, wenn auch die Gegenstände gepfändet werden könnten, die der Ehegatte des Schuldners für eine Erwerbstätigkeit benötigt, die den Familienunterhalt sichert. Ihm würde es dadurch unmöglich gemacht oder doch wesentlich erschwert, seiner Unterhaltspflicht aus § 1360 BGB nachzukommen. Die wirtschaftliche Existenz der Familie wäre in gleicher Weise gefährdet wie bei einer Pfändung beim erwerbstätigen Schuldner. Welcher Ehegatte den zu pfändenden Gegenstand für seine Erwerbstätigkeit benötigt, kann daher im Rahmen des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nicht entscheidend sein. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass ansonsten der Schuldner gesetzlich besser geschützt wäre als der nicht schuldende Ehegatte, der den Gegenstand zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit benötigt (OLG Hamm,

DGVZ 1984, 138, 140; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 811 Rdn. 55). Dieses Ergebnis ist mit Sinn und Zweck des § 811 ZPO nicht in Übereinstimmung zu bringen.

14 (2) Der Wortlaut von § 811 Abs. 1 ZPO zwingt nicht zu einer anderen Auslegung. Zwar ist es richtig, dass die Familie des Schuldners in den Nummern 1, 2, 3, 4, 4 a, 10 und 11 ausdrücklich genannt ist, während in Nummer 5 nur vom Schuldner die Rede ist. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Gesetzgeber eine erweiternde Auslegung dieser Vorschrift nicht zulassen wollte, die sich am Schutz der Familie und am Sozialstaatsprinzip orientiert. Eine solche Wertung kann weder - wie die Rechtsbeschwerde meint - direkt aus § 1362 BGB noch daraus abgeleitet werden, dass gemäß § 739 ZPO für den Fall der Eigentumsvermutung des § 1362 BGB unbeschadet der Rechte Dritter für die Durchführung der Zwangsvollstreckung nur der Schuldner als Gewahrsamsinhaber und Besitzer gilt. Diese Regelungen erleichtern den Gläubigern eines Ehegatten den Zugriff auf dessen Vermögen (BGH, Urteil vom 26. November 1975 - VIII ZR 112/74, NJW 1976, 238, 239) und die Zwangsvollstreckung gegen den schuldenden Ehegatten. Sie schalten jedoch nicht die sozialpolitisch motivierten Regelungen des § 811 ZPO aus (LG Nürnberg-Fürth, DGVZ 1963, 101 mit Anm. Mümmler). Mit der Anwendung des § 811 ZPO wird § 739 ZPO entgegen der Auffassung des OLG Stuttgart (DGVZ 1963, 152, 153) nicht sinnentleert. Diese Regelung kommt in vollem Umfang zur Geltung. Die Pfändungsmöglichkeit wird lediglich unter mit dem Gewahrsam nicht zusammenhängenden Gesichtspunkten eingeschränkt. Unerheblich ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde, aus welchen Gründen nicht derjenige Eigentümer ist, der den Gegenstand zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit nutzt. Selbst wenn die Schuldnerin deshalb Eigentümerin des Fahrzeugs sein sollte, weil ihr Ehemann sich in einem Insolvenzverfahren befand und noch Kraftfahrzeugsteuerrückstände hatte, ändert das nichts daran, dass er das Fahrzeug zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit benutzt.

15 b) Zu Unrecht meint die Rechtsbeschwerde, die Feststellung des Beschwerdegerichts, das Fahrzeug sei für den Ehemann der Schuldnerin zur Fortsetzung seiner Erwerbstätigkeit erforderlich, sei rechtsfehlerhaft erfolgt.

16 aa) Zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit im Sinne des § 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erforderliche Gegenstände können auch Kraftfahrzeuge sein, die ein Arbeitnehmer für die täglichen Fahrten von seiner Wohnung zu seinem Arbeitsplatz und zurück benötigt (OLG Hamm, DGVZ 1984, 138, 140). Voraussetzung ist jedoch, dass das Kraftfahrzeug für die Beförderung erforderlich ist. Das ist nicht der Fall, wenn der Arbeitnehmer in zumutbarer Weise öffentliche Verkehrsmittel benutzen kann (MünchKommZPO/Gruber, 3. Aufl., § 811 Rdn. 62). Inwieweit die Nutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln zumutbar ist, ist eine Frage des Einzelfalles, die unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Schuldners, der öffentlichen Verkehrsanbindung und des Arbeitsverhältnisses zu entscheiden ist. Dabei kann auch eine Rolle spielen, dass es dem Schuldner nach Beendigung der Arbeit in der Regel nicht zuzumuten ist, ungewöhnlich lange auf Bus oder Bahn für den Weg nach Hause zu warten (Schuschke/Walker/Walker, ZPO, 4. Aufl., § 811 Rdn. 34 m.w.N.).

17 bb) Ohne Verfahrensfehler hat das Beschwerdegericht diese Voraussetzungen als gegeben angesehen. Es ist dabei davon ausgegangen, dass der Ehemann gelegentlich nicht nur eine Busverbindung zu seinem normalen Arbeitszeitende um 15:45 Uhr, sondern auch um 17:30 Uhr benötige und es ihm nicht zuzumuten sei, zu dieser Zeit stundenlang auf ein öffentliches Verkehrsmittel zu warten, wenn es überhaupt noch verkehre. Weiter ist es aufgrund der Ausführungen des Amtsgerichts davon ausgegangen, dass öffentliche Verkehrsmittel zur Realisierung der Arbeitszeit des Ehemanns der Schuldnerin nicht zur Verfügung stünden. Daraus kann ohne weiteres entnommen werden, dass es dem Ehemann der Schuldnerin, so er denn um 17:30 Uhr seinen Heimweg antreten muss, nicht zuzumuten ist, öffentliche Verkehrsmittel in Anspruch zu nehmen. Die genauen Abfahrzeiten der öffentlichen Verkehrsmittel sind zwar nicht

mitgeteilt, jedoch ergibt sich aus den Ausführungen der Vorinstanzen, dass der Ehemann der Schuldnerin entweder stundenlang warten muss oder überhaupt keine Busse mehr fahren. Diese Feststellungen sind verfahrensfehlerfrei getroffen. Ihnen steht, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht entgegen, dass das Amtsgericht in seinem Nichtabhilfebeschluss von einer ländlich schwachen Verkehrsanbindung gesprochen hat. Es ist nicht ersichtlich, dass das Amtsgericht damit seine Feststellung, dass dem Ehemann der Schuldnerin öffentliche Verkehrsmittel zur Realisierung der Arbeitszeit nicht zur Verfügung stünden, in Frage stellen wollte. Vielmehr ist das eine Bestätigung dieser Darstellung.

18 Ein Verfahrensfehler des Landgerichts liegt auch nicht darin, dass es seine Entscheidung ohne Kenntnis der genauen Fahrzeiten der öffentlichen Verkehrsmittel getroffen hat. Die Beschwerde hat zwar „die ländlich schwache Verkehrsanbindung an N.“ bestritten. Auch kann die Beschwerde auf neue Verteidigungsmittel gestützt werden, § 571 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Gleichwohl musste dieses Bestreiten dem Landgericht keinen Anlass geben, weitere Aufklärung zu betreiben. Es wäre Sache des Beschwerdeführers gewesen, die Ausführungen des Amtsgerichts zur unzureichenden Verkehrsanbindung konkret anzugreifen. Dies ist nicht geschehen. Das pauschale Bestreiten mit Nichtwissen reichte nicht aus. Soweit mit der Rechtsbeschwerde nunmehr Daten aus dem Fahrplan behauptet werden, die die Annahme des Amtsgerichts erschüttern sollen, eine zumutbare Verkehrsverbindung stünde nicht zur Verfügung, sind das neue Tatsachen, die im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mehr berücksichtigt werden können und die der Beschwerdeführer im übrigen ohne weiteres bereits im Beschwerdeverfahren hätte vorlegen können.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

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

### §§ 305, 310 BGB – Stellen Allgemeiner Geschäftsbedingungen AGB; einvernehmliche Verwendung eines bestimmten Formulatextes; Kaufvertrag

a) Ein Stellen von Vertragsbedingungen liegt nicht vor, wenn die Einbeziehung vorformulierter Vertragsbedingungen in einen Vertrag auf einer freien Entscheidung desjenigen beruht, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird. Dazu ist es erforderlich, dass er in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen.

b) Sind Vertragsbedingungen bei einvernehmlicher Verwendung eines bestimmten Formulatextes nicht im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt, finden die §§ 305 ff. BGB auf die Vertragsbeziehung keine Anwendung.

(BGH, Urteil vom 17. 2. 2010 – VIII ZR 67/09)

### §§ 398, 407 BGB – Befristeter Mietvertrag über von dem Vermieter geleaste Kopiergeräte; Mietzinsanspruch als betagte Forderung; Schutz des Zessionars bei Abtretung des Mietzinsanspruchs

a) Ist ein befristeter Mietvertrag über bewegliche Sachen so ausgestaltet, dass der Vermieter die wesentlichen Gegenleistungspflichten für die monatlich fällig werdenden Mietzinsen bereits zu Beginn des Mietvertrages erbracht hat, entsteht der Anspruch auf Zahlung sämtlicher Mietzinsen als betagte Forderung bereits zu Beginn des Mietvertrages. Die Ansprüche auf künftigen Mietzins sind in diesem besonderen Fall keine befristeten Forderungen.

b) Der Zessionar von Zahlungsansprüchen aus einem solchen Mietvertrag braucht die zwischen Zedent und Mieter vereinbarte vorzeitige Aufhebung des Mietvertrages nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn der Mieter bei Abschluss der Aufhebungsvereinbarung die Abtretung kennt.

(BGH, Urteil vom 4. 11. 2009 – XII ZR 170/07)

### §§ 166, 177, 181, 242, 421, 426 BGB – Mietermehrheit; Inanspruchnahme der Gesamtschuldner

a) Bei der Prüfung, ob das nur von einem der beiden Gesamtvertretungsberechtigten Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts – entgegen § 181 BGB – vorgenommene Rechtsgeschäft von dem anderen konkludent genehmigt wurde, ist allein auf dessen Kenntnisstand abzustellen.

b) Gemäß § 421 Satz 1 BGB kann der Gläubiger frei wählen, welchen der Gesamtschuldner er in Anspruch nehmen will, soweit sich sein Vorgehen nicht als rechtsmissbräuchlich erweist. Dabei ist er grundsätzlich dem von ihm in Anspruch genommenen Gesamtschuldner gegenüber nicht verpflichtet, auf ausbleibende Zahlungen des anderen Gesamtschuldners hinzuweisen.

(BGH, Urteil vom 16. 12. 2009 – XII ZR 146/07)

### § 256 ZPO; § 535 BGB – Feststellungsinteresse des Mieters hinsichtlich der Unwirksamkeit einer Schönheitsreparaturklausel

Zur Frage des Feststellungsinteresses des Mieters hinsichtlich der Unwirksamkeit einer im Mietvertrag enthaltenen Formulklausel über die Verpflichtung des Mieters zur Durchführung von Schönheitsreparaturen.

(BGH, Urteil vom 13. 1. 2010 – VIII ZR 351/08)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2010, 143 mit Anm. Lohmann.

### §§ 535, 199 BGB – Unverjährbarkeit des Mängelbeseitigungsanspruchs während der Mietzeit

Der Anspruch des Mieters auf Mängelbeseitigung ist während der Mietzeit unverjährbar.

(BGH, Urteil vom 17. 2. 2010 – VIII ZR 104/09)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2010, 238.

Die Pressemeldung Nr. 37/2010 des BGH vom 17. 2. 2010 zu diesem Urteil VIII ZR 104/09 lautet auszugsweise:

„Anspruch des Mieters auf Mängelbeseitigung während der Mietzeit unverjährbar

Der Bundesgerichtshof hat heute entschieden, dass der Anspruch eines Mieters gegen den Vermieter auf Beseitigung von Mängeln während der Mietzeit unverjährbar ist.

Die Klägerin ist seit 1959 Mieterin einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus der Beklagten. Das über der Wohnung der Klägerin liegende Dachgeschoss war im Jahr 1990 zu Wohnzwecken ausgebaut worden. Im Oktober 2006 verlangte die Klägerin von den Beklagten schriftlich die Herstellung einer ausreichenden Schallschutzisolierung der Dachgeschosswohnung. Sie ließ im Jahr 2007 ein Beweissicherungsverfahren durchführen, bei dem festgestellt wurde, dass der Schallschutz unzureichend ist. Mit der Klage hat die Mieterin eine Verbesserung des Trittschallschutzes in der Dachgeschosswohnung verlangt. Die beklagten Vermieter haben Verjährung geltend gemacht. Vor dem Amtsgericht [Düren] ist die Klage erfolglos geblieben. Das Landgericht [Aachen] hat ihr auf die Berufung der Klägerin stattgegeben.

Die dagegen gerichtete Revision der Beklagten hatte keinen Erfolg. Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass der Mietgebrauch der Klägerin durch den unzureichenden Schallschutz beeinträchtigt wird und sie deshalb gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB Herstellung des erforderlichen Schall-

schutzes verlangen kann. Dieser Anspruch ist nicht verjährt. Der Anspruch des Mieters auf Beseitigung eines Mangels als Teil des Gebrauchserhaltungsanspruchs ist während der Mietzeit unverjährbar. Bei der Hauptleistungspflicht des Vermieters aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB handelt es sich um eine in die Zukunft gerichtete Dauerverpflichtung. Diese Pflicht erschöpft sich nicht in einer einmaligen Handlung des Überlassens, sondern geht dahin, die Mietsache während der gesamten Mietzeit in einem gebrauchstauglichen Zustand zu erhalten. Eine solche vertragliche Dauerverpflichtung kann während des Bestehens des Vertragsverhältnisses schon begrifflich nicht verjähren, denn sie entsteht während dieses Zeitraums gleichsam ständig neu.“

### **§ 307 BGB – Tankstellenverwaltervertrag; unwirksame Klauseln; Teilnahmepflicht am Lastschriftverfahren in Form des Abbuchungsauftragsverfahrens**

Eine in einem Tankstellenverwaltervertrag enthaltene Klausel, die den Tankstellenverwalter wegen der Ansprüche aus der laufenden Geschäftsverbindung mit dem Mineralölunternehmen, insbesondere der Abrechnungen aus Kraftstoffverkaufserlösen sowie Schmierstofflieferungen aus dem Agenturgeschäft und Lieferungen von Shopware, zur Teilnahme am Lastschriftverfahren in Form des Abbuchungsauftragsverfahrens verpflichtet, benachteiligt den Tankstellenverwalter unangemessen und ist deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

(BGH, Urteil vom 14. 10. 2009 – VIII ZR 96/07)

### **§§ 249, 254 BGB; § 287 ZPO – Kfz-Miete; Unfallersatztarif; Schätzung des Aufschlags zum Normaltarif**

Zur Schätzung eines Aufschlags zum Normaltarif bei einem sogenannten Unfallersatztarif.

(BGH, Urteil vom 19. 1. 2010 – VI ZR 112/09)

### **§§ 249, 254 BGB; § 287 ZPO – Kfz-Miete; Unfallersatztarif; Schadensminderungspflicht; zugänglicher günstigerer Tarif**

a) Für die Frage, ob ein günstigerer Tarif als der sogenannte Unfallersatztarif „ohne weiteres“ zugänglich war, kommt es darauf an, ob dem Geschädigten in seiner konkreten Situation „ohne weiteres“ ein günstigeres Angebot eines bestimmten Autovermieters zur Verfügung stand.

b) Es obliegt dem Schädiger, der einen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht (§ 254 Abs. 2 BGB) geltend macht, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass dem Geschädigten ein günstigerer Tarif nach den konkreten Umständen „ohne weiteres“ zugänglich gewesen ist.

(BGH, Urteil vom 2. 2. 2010 – VI ZR 139/08)

### **§§ 249, 254 BGB; § 287 ZPO – Kfz-Miete; Unfallersatztarif; Normaltarif; Schätzung angemessenen Tarifs**

Zur Schätzung von Mietwagenkosten.

(BGH, Urteil vom 2. 2. 2010 – VI ZR 7/09)

### **§ 307 BGB; § 7 V 4 AKB – Kfz-Miete; Haftungs-freistellung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen; Polizeihinzuziehung als Obliegenheit bei Unfällen**

Wird in AGB die dem Mieter eines Kraftfahrzeugs gegen Zahlung eines zusätzlichen Entgelts gewährte Haftungs-freistellung davon abhängig gemacht, dass er bei Unfällen die Polizei hinzuzieht, liegt darin keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB (im Anschluss an BGH, Urteil vom 11. November 1981 – VIII ZR 271/80 – NJW 1982, 167).

(BGH, Versäumnisurteil vom 10. 6. 2009 – XII ZR 19/08)

### **§ 20 SchuldRAnpG; § 5 NutzEV – Neue Bundesländer; Schuldrechtsanpassung; Erhöhung der Garagenmiete; Ermittlung des ortsüblichen Nutzungsentgelts**

Bei der Ermittlung des ortsüblichen Nutzungsentgelts für Garagenflächen in den neuen Ländern (§ 5 Abs. 1 Nutzungsentgeltverordnung) müssen zwar Einzelfälle außer Betracht bleiben, in denen es einem Nutzungsgeber gelungen ist, ein völlig außerhalb des gängigen Preisspektrums liegendes Nutzungsentgelt zu erzielen. Die Frage, ob ein solcher Extremfall vorliegt, kann aber nicht ohne Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Marktes beantwortet werden.

Werden Garagenflächen in 80% bis 90% aller Fälle von Kommunen oder kommunalen Gesellschaften angeboten, so kann das ortsübliche Entgelt nicht allein durch die Preisgestaltung dieser Anbieter bestimmt und dabei eine nicht unbeachtliche Anzahl privater Nutzungsverträge mit deutlich höheren Entgelten als „Ausreißer“ außer Betracht gelassen werden.

Zur Ermittlung des ortsüblichen Entgelts bei erheblich divergierenden Nutzungsvereinbarungen.

(BGH, Urteil vom 7. 10. 2009 – XII ZR 175/07)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2010, 38.

### **§ 675 BGB – Anlageberatung; Informationspflichten des Anlageberaters**

Zur Pflicht des Anlageberaters, die Wirtschaftspresse im Hinblick auf für die von ihm vertriebenen Anlageprodukte relevante Pressemitteilungen zeitnah durchzusehen.

(BGH, Urteil vom 5. 11. 2009 – III ZR 302/08)

**Hinw. d. Red.:** Zur Unterrichtungspflicht des Steuerberaters über Rechtsänderungen nach Berichten in der Tages- oder Fachpresse vgl. BGH GuT 2004, 245.

### **§§ 27, 205 AktG – Verdeckte Sacheinlage; Eigenkapitalersatz; Dienstleistungen des Inferenten, Beziehers neuer Aktien; „EUROBIKE“**

a) Die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage finden auf Dienstleistungen, die der Bezieher neuer Aktien im zeitlichen Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung entgeltlich für die Aktiengesellschaft erbracht hat oder durch eine von ihm abhängige Gesellschaft hat erbringen lassen, keine Anwendung (Fortführung von BGHZ 180, 38 [= GuT 2009, 131 KL] „Qivive“). Entgeltliche Dienstverträge zwischen der Gesellschaft und dem Inferenten sind im Aktienrecht nicht verboten.

b) Die Bezahlung von Beratungsleistungen vor Leistung der Einlage ist keine verdeckte Finanzierung durch die Gesellschaft im Sinn eines rechtlich dem Hin- und Herzahlen gleichstehenden Her- und Hinzahlens, wenn eine tatsächlich erbrachte Leistung entgolten wird, die dafür gezahlte Vergütung einem Drittvergleich standhält und die objektiv werthaltige Leistung nicht aus der Sicht der Gesellschaft für sie unbrauchbar und damit wertlos ist.

(BGH, Urteil vom 1. 2. 2010 – II ZR 173/08)

### **§ 15a EGZPO; § 37a Saarl. AGJusG – Obligatorisches Schiedsverfahren vor der Klage; Formelle Prüfung der Prozessvoraussetzung durch das Prozessgericht; Saarland; Prozessrecht**

Eine Klage, der ein obligatorisches Schiedsverfahren vorauszugehen hat (§ 15a Abs. 1 Satz 1 EGZPO – hier i. V. m. § 37a Abs. 1 Saarl. AGJusG), ist zulässig, wenn der Kläger mit der Klageschrift eine von der Gütestelle ausgestellte Bescheinigung über einen erfolglosen Einigungsversuch einreicht. Das Prozessgericht ist bei der Prüfung dieser Prozessvoraussetzung an die ihm vorgelegte Bescheinigung gebunden.

(BGH, Urteil vom 20. 11. 2009 – V ZR 94/09)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2010, 43.

### § 26 EGZPO; § 3 ZPO – Nichtzulassungsbeschwerde; Streitwert; Klage auf Unterlassung der Zuführung von Gerüchen aus einem Viehstall; Geruchsmissionen; Verkehrswertminderung des Grundstücks

1 Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unzulässig, da die mit der Revision geltend zu machende Beschwer 20.000 € nicht übersteigt, § 26 Nr. 8 EGZPO.

2 Der Kläger nimmt die Beklagten auf Unterlassung der Zuführung von Gerüchen aus einem Viehstall in Anspruch. Den Wert des Streitgegenstands, der vorliegend zugleich die Beschwer des unterlegenen Klägers bestimmt, hat dieser erstinstanzlich mit - vorläufig - 7500 € angegeben. Das Landgericht [Lüneburg] hat den Streitwert zunächst in dieser Höhe festgesetzt und ihn dann - auf eine Beschwerde der Beklagten hin - auf 15.000 € heraufgesetzt. Auf diesen Betrag hat ihn auch das Oberlandesgericht [Celle], vom Kläger unbeanstandet, festgesetzt.

3 Der Streitwert ist gemäß § 3 ZPO nach freiem Ermessen festzusetzen. Einen Anhaltspunkt bietet, von den Vorinstanzen zu Recht zugrunde gelegt, die Wertminderung, die das Grundstück des Klägers infolge der behaupteten Immissionen erleidet.

4 Dass die Festsetzung des Streitwerts durch die Vorinstanzen ermessensfehlerhaft wäre, macht der Kläger nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Er behauptet vielmehr, in Wahrheit sei mit weit höheren Abschlägen gegenüber dem Verkehrswert eines nicht durch Geruchsmissionen beeinträchtigten Grundstücks zu rechnen. Dazu beruft er sich auf ein Wertgutachten, das ein Sachverständiger über ein anderes in der Nähe gelegenes Grundstück des Klägers erstellt hat. Der Verkehrswert dieses Grundstücks sei mit 210.000 € ermittelt worden. Gleichwohl habe er, der Kläger, es nur für 120.000 € verkaufen können, wobei nur 90.000 € auf den Grund und Boden entfielen. Der Abschlag vom Verkehrswert betrage also rund 57%, womit die Grenze des § 26 Nr. 8 EGZPO überschritten sei. Zur Glaubhaftmachung hat er Kopien des Gutachtens und des Kaufvertrages vorgelegt.

5 Damit ist eine Beschwer von über 20.000 € weder dargelegt noch glaubhaft gemacht. Auch wenn man davon ausgeht, dass die Wertangaben hinsichtlich des anderen Grundstücks des Klägers zutreffen, ist nicht gesagt, dass die Differenz zwischen gutachtlich ermitteltem Verkehrswert und erzieltom Kaufpreis seinen Grund in den behaupteten Geruchsmissionen hat. Ausdrücklich behauptet hat es nicht einmal der Kläger. Wie es zu der Einigung über den konkreten Kaufpreis gekommen ist, legt er nicht dar. Die Gründe können vielfältig sein. Auffallend ist ohnehin, dass der Sachverständige den Wert der mitverkauften Gebäude mit über 170.000 € und den Bodenwert mit nur rd. 35.000 € angegeben hat, während im Kaufvertrag für Gebäude und Grund und Boden zusammen 90.000 € veranschlagt werden. Dass die Gebäude, etwa der im Gutachten mit 134.800 € bewertete und mitverkaufte Kuhstall, infolge der Geruchsbeeinträchtigung an Wert, zumal in dieser exorbitanten Größenordnung, verloren haben könnte, liegt fern und wird von dem Kläger nicht plausibel dargelegt.

6 Es ist daher davon auszugehen, dass die Beschwer, entsprechend den Angaben von Kläger und Beklagten in den Tatsacheninstanzen zum Streitwert, nur 15.000 € beträgt.

(BGH, Beschluss vom 2. 7. 2009 – V ZR 251/08)

### § 91 ZPO – Auswärtiger Rechtsanwalt VIII

Die für die Notwendigkeit der Beauftragung eines auswärtigen Rechtsanwalts erforderlichen besonderen Umstände setzen, wenn sie nicht aus der Natur des Streitfalls folgen, jedenfalls voraus, dass die außergerichtliche Bearbeitung der Sache aufgrund einer allgemeinen Maßnahme der Betriebsorganisation und nicht nur im Einzelfall für die Partei an dem Ort erfolgt, an dem der auswärtige Rechtsanwalt seine Kanzlei hat.

(BGH, Beschluss vom 12. 11. 2009 – I ZB 101/08)

### §§ 114, 115 ZPO – Prozesskostenhilfe PKH für den Beklagten; Bewilligung nach Klagerücknahme; Miete und Betriebskosten für eine Gewerbeinheit

Dem Beklagten ist Prozesskostenhilfe auch nach Klagerücknahme zu bewilligen, wenn Rechtsverteidigung und Prozesskostenhilfeantragstellung bereits zuvor erfolgt waren und die Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg hatte.

(BGH, Beschluss vom 18. 11. 2009 – XII ZB 152/09)

### §§ 533, 531 ZPO; §§ 133, 157 BGB – Pacht; Forderung; Klageänderung in der Berufungsinstanz; Auslegung eines Mediationsvergleichs zur Neuregelung des Pachtverhältnisses

a) Zur Zulässigkeit einer Klageänderung in der Berufungsinstanz, wenn die dieser zugrunde liegenden Tatsachen aufgrund der vom erstinstanzlichen Gericht vertretenen Rechtsansicht unerheblich waren.

b) Zur Auslegung eines Vergleichs, durch den die Parteien eines langjährigen Pachtverhältnisses dessen „Eckpunkte“ neu festlegen und zugleich den Abschluss eines neuen Pachtvertrages vereinbaren.

(BGH, Urteil vom 27. 1. 2010 – XII ZR 148/07)

### § 41 GKG – Räumung; Streitwertbemessung am Streitgegenstand; Streitwertbemessung nach Kopfteilen

Auf die als Gegenvorstellung zu wertende Eingabe der Beklagten zu 3 wird unter Zurückweisung im Übrigen der Beschluss des Senats vom 23. September 2009 abgeändert: Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens beträgt 50.437 €. Im Verhältnis zur Beklagten zu 3 beträgt er nur 18.595 €.

Die nach § 63 Abs. 3 GKG zulässige Gegenvorstellung der Beklagten zu 3 ist nur zum Teil begründet. Zu Recht weist die Beklagte zu 3 darauf hin, dass sie am Rechtsstreit nur beteiligt ist, soweit die Räumung der streitgegenständlichen Räume in Rede steht, also lediglich in Höhe von 18.595 €. Für eine weitere Herabsetzung des Streitwerts ist demgegenüber kein Raum. Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 3 kommt eine Bemessung des Streitwerts gemäß § 41 GKG nach Kopfteilen nicht in Betracht.

(BGH, Beschluss vom 27. 1. 2010 – XII ZR 110/07)

### §§ 21, 169 InsO – Insolvenz; Miete von Baumaschinen und Baugerät; Fortführung des Unternehmens des Schuldners; Mietzinsanspruch; Anspruch auf Nutzungsentschädigung

1. a) Das Insolvenzgericht kann ein Verwertungs- und Einziehungsverbot für künftige Aus- und Absonderungsrechte sowie eine Anordnung, dass davon betroffene Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens eingesetzt werden können, nur durch eine individualisierende Anordnung treffen. Unzulässig und unwirksam sind formularmäßige Pauschalanordnungen, die auf die erforderliche Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen verzichten.

b) Aus einer Anordnung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO kann der betroffene Rechteinhaber die dort zuerkannten Ausgleichsansprüche geltend machen, auch wenn die Anordnung wegen Unbestimmtheit unwirksam ist.

2. Ein Anspruch auf Nutzungsausfallentschädigung in der Form von Zinsen nach § 169 Satz 2 InsO kommt auch bei einer Anordnung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO nur für einen Zeitraum in Betracht, der drei Monate nach dieser Anordnung liegt.

(BGH, Urteil vom 3. 12. 2009 – IX ZR 7/09)

**§§ 129, 140 InsO; §§ 163, 535, 1123, 1124, 1192 BGB; §§ 829, 865 ZPO – Insolvenzanfechtung des Pfändungspfandrechts bei künftigen Mietforderungen des Insolvenzschuldners gegen Dritten**

a) Pfändet ein Gläubiger eine künftige Mietforderung des Schuldners gegen einen Dritten, richtet sich der für die Anfechtung des Pfändungspfandrechts maßgebliche Zeitpunkt nach dem Beginn des Nutzungszeitraums, für den die Mietrate geschuldet war (Bestätigung von BGH, Urt. v. 30. Januar 1997 – IX ZR 89/96 für den Aufwendungsbereich der InsO).

b) Ist das durch Pfändung der Mietforderung entstandene Pfandrecht anfechtbar, weil der Nutzungszeitraum, für den die Mieten geschuldet sind, in der anfechtungsrelevanten Zeit begonnen hat, führt es nicht zur Annahme eines masseneutralen Sicherheitentauschs, dass die Mietforderung zugleich in den Haftungsverband einer Grundschuld fällt.

(BGH, Urteil vom 17. 9. 2009 – IX ZR 106/08)

**§§ 290, 97 InsO – Insolvenzverfahren; Restschuldbefreiung; Auskunfts- und Mitteilungspflichten des Schuldners; Sportgeschäft; Abverkauf an eigenes, neugegründetes Unternehmen**

a) Die Verpflichtung des Schuldners, im Insolvenzverfahren über alle das Verfahren betreffende Verhältnisse Auskunft zu geben, ist nicht davon abhängig, dass an den Schuldner entsprechende Fragen gerichtet werden. Der Schuldner muss vielmehr die betroffenen Umstände von sich aus, ohne besondere Nachfrage, offen legen, soweit sie offensichtlich für das Insolvenzverfahren von Bedeutung sein können und nicht klar zu Tage liegen.

b) Zu den Umständen, die für das Insolvenzverfahren von Bedeutung sein können und deshalb offen gelegt werden müssen, zählen auch solche, die eine Insolvenzanfechtung begründen können.

(BGH, Beschluss vom 11. 2. 2010 – IX ZB 126/08)

## Teileigentum

**§§ 7, 10 WEG**

**Vermietetes Teileigentum; Nutzung als Gaststätte; Zweckbestimmung; Gebrauchsregelung; Auslegung der Teilungserklärung; Nutzungsvorschläge des Architekten in den Plänen**

**Eintragungen des planenden Architekten in den Genehmigungsplänen kommt in der Regel nicht dadurch die Bedeutung einer Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter zu, dass diese Pläne für den Aufteilungsplan genutzt werden.**

(BGH, Urteil vom 15. 1. 2010 – V ZR 40/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Das Grundstück ist durch Erklärung vom 30. August 1994 gem. § 8 WEG geteilt. Der Klägerin gehört die Wohnungseigentumseinheit Nr. 4102, dem Beklagten die unter der Wohnung der Klägerin gelegene Teileigentumseinheit Nr. 4002. Diese besteht nach der Teilungserklärung aus einem Miteigentumsanteil an dem Grundstück „und den nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumlichkeiten im Erdgeschoss und Kellerraum im Kellergeschoss, ... im Aufteilungsplan mit Nr. 4002 bezeichnet“. Der Aufteilungsplan beruht auf einer Grundrisszeichnung des Architekten des Gebäudes, die Bestandteil der Genehmigungsplanung war. Der größte der Teileigentumseinheit Nr. 4002 zugeordnete Raum ist als „Café“ bezeichnet.

2 Der Beklagte hat sein Sondereigentum vermietet. Der Mieter nutzt die Räume als Speiselokal. Mit der Klage verlangt die Klägerin unter anderem, dem Beklagten die Nutzung seines Sondereigentums zu anderen Zwecken als zum Betrieb eines Cafés zu untersagen und dort keine Schank- und Speisewirtschaft zu betreiben. Das Amtsgericht Leipzig hat der Klage insoweit stattgegeben. Das Landgericht Dresden hat sie auf die Berufung des Beklagten abgewiesen und im Berufungsrechtszug von der Klägerin hilfsweise gestellte Anträge zurückgewiesen, die die Klägerin aus einer Unzulässigkeit der Nutzung der Räume zu anderen Zwecken als zum Betrieb eines Cafés herleitet. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision

erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des Urteils des Amtsgerichts und verfolgt die von dem Landgericht zurückgewiesenen Hilfsanträge weiter.

3 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, die Bezeichnung der im Sondereigentum des Beklagten stehenden Räume als „Café“ bedeute eine Nutzungsbeschränkung mit Vereinbarungskarakter, die einer Nutzung der Räume zu anderen Zwecken als zum Betrieb eines Cafés grundsätzlich entgegenstehe. Trotzdem könne die Klägerin von dem Beklagten nicht verlangen, es zu unterlassen, die Räume als Speisegaststätte zu nutzen, weil von einer solchen Nutzung typischerweise keine größeren Beeinträchtigungen ausgingen als von einer heutigem Verständnis entsprechenden Nutzung von Räumen als Café.

4 II. Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nur im Ergebnis stand. Die von der Klägerin aus § 15 Abs. 3 WEG, § 1004 Abs. 1 BGB abgeleiteten Ansprüche bestehen nicht, weil es an einer Beschränkung der Befugnis zur Nutzung des Sondereigentums des Beklagten fehlt, gegen die er durch die Vermietung seiner Räume zum Betrieb einer Speisegaststätte verstoßen würde.

5 1. Jeder Wohnungs- und Teileigentümer ist berechtigt, mit den in seinem Sondereigentum stehenden Gebäudeteilen nach Belieben zu verfahren, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, § 13 Abs. 1 WEG. Derartige Rechte können sich namentlich aus Gebrauchsregelungen der Eigentümer i.S.v. § 15 Abs. 1 WEG ergeben. Insoweit kommen Vereinbarungen gem. § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG und damit auch in der Teilungserklärung getroffene Regelungen, § 8 Abs. 2, § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG, in Betracht. So liegt es mit Nutzungsbeschränkungen in der Teilungserklärung, denen der Charakter einer Vereinbarung zukommt.

6 Ob es sich so verhält, ist durch Auslegung der Teilungserklärung festzustellen. Da die Teilungserklärung Bestandteil der Eintragung in das Grundbuch ist, hat die Auslegung nach objektiven Gesichtspunkten zu erfolgen; die Auslegung ist in vol-

lem Umfang der Prüfung durch den Senat zugänglich (st. Rspr., vgl. Senat, BGHZ 139, 288, 292 [= WuM 1998, 738]; 160, 354, 361 f. [= WuM 2004, 681]).

7 Bei der Auslegung der Teilungserklärung ist von deren Wortlaut auszugehen. Angaben in dem Aufteilungsplan kommt allenfalls nachrangige Bedeutung zu. Aufgabe des Aufteilungsplans ist es nach § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG, die Aufteilung des Gebäudes sowie die Lage und Größe des Sondereigentums und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile ersichtlich zu machen (BayObLG ZfIR 2000, 554, 555 [= GuT 2002, 121 KL]), und nicht, die Rechte der Wohnungs- und Teileigentümer über die Bestimmung der Grenzen des jeweiligen Eigentums hinaus zu erweitern oder zu beschränken (Wenzel in Bärmann, WEG, 10. Aufl., § 15 Rdn. 9; Jennißen/Weise, WEG, § 15 Rdn. 7).

8 a) Werden Genehmigungspläne als Grundlage der Darstellung der Aufteilung des Gebäudes benutzt, kommt Eintragungen des planenden Architekten in diese Pläne daher grundsätzlich nicht die Bedeutung einer Nutzungsbeschränkung zu (st. Rechtspr., vgl. OLG Schleswig NZM 1999, 79, 80 [= WuM 1999, 229]; BayObLG ZfIR 2000, 554, 555 [= GuT 2002, 121 KL]; OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 1400, 1401 [= WuM 2000, 498]; OLG Hamburg ZMR 2003, 446; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2005, 1540 [= GuT 2005, 262]; OLG Hamm NZM 2007, 294, 295). Das wird im vorliegenden Fall schon dadurch offensichtlich, dass in der zur Anfertigung des Aufteilungsplans benutzten Grundrisszeichnung die zu der Teileigentumseinheit Nr. 4002 gehörenden Räume nicht sämtlich als „Café“ bezeichnet sind, sondern sich diese Bezeichnung nur in der Darstellung des größten zu der Teileigentumseinheit gehörenden Raumes befindet und die übrigen zu der Teileigentumseinheit gehörenden Räume mit den Eintragungen „WC H(erren), WC D(amen), Umkl(eideraum)“ und „Küche“ bezeichnet sind. Für die Räume der angrenzenden Wohnungseigentumseinheit Nr. 4003 finden sich die Bezeichnungen „Gard(erobe), Bad, Küche, Wohnen Schlafen“. Entsprechend verhält es sich mit den Wohnungseigentumseinheiten Nr. 4001, 4003 und 4004. Diesen Angaben zu entnehmen, die Nutzung der Räume sei auf den jeweils eingetragenen Zweck beschränkt, ist offenbar verfehlt.

9 b) In die zeichnerische Darstellung des als „Café“ bezeichneten Raumes des Teileigentums des Beklagten sind eine Bar mit zehn Hockern, sechs rechteckige und vier runde Tische mit jeweils vier Stühlen eingezeichnet. In dem Grundriss der Wohnungen finden sich die Aufstellungsorte von Betten, Sesseln und Schränken. Das hat mit der Frage der Abgrenzung des jeweiligen Sondereigentums nichts zu tun und macht offensichtlich, dass es sich bei den über die Darstellung der Wände hinausgehenden Eintragungen des planenden Architekten um Vorschläge handelt, denen für die Auslegung der Teilungserklärung keine Bedeutung zukommt. Das wird im vorliegenden Fall auch dadurch deutlich, dass in der Gemeinschaftsordnung das „Café“ nicht erwähnt ist.

10 c) Etwas anderes folgt entgegen den Feststellungen des Amtsgerichts, auf die das Berufungsgericht Bezug genommen hat, auch nicht daraus, dass die auf dem Grundstück errichteten Gebäude einen „Wohn- und Büropark“ bilden. Dem entspricht oder widerspricht die Nutzung einer Teileigentumseinheit als Speisegaststätte nicht anders als die Nutzung als Café.

11 2. Ob die Teileigentumseinheit des Beklagten die zum Betrieb einer Gaststätte oder eines Cafés bauordnungsrechtlich notwendige Absauganlage aufweist, ist für die Auslegung der Teilungserklärung schon deshalb ohne Bedeutung, weil es sich bei dieser Anlage um einen Umstand außerhalb der Teilungserklärung handelt, der nicht für jeden ohne weiteres erkennbar ist (vgl. Senat, BGHZ 113, 374, 378 [= WuM 1991, 361]; 121, 236, 239 [= WuM 1993, 285]; 139, 288, 292 [= WuM 1998, 738]).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 18, 21 WEG; § 242 BGB**  
**Teileigentum; Verweigerung der erforderlichen Instandsetzung einer Außentreppe; Wohngeldrückstand; Veräußerungsklage; Entziehung des Wohnungseigentums**

**Der Anspruch auf Veräußerung des Wohnungseigentums scheidet aus, wenn der klagende Eigentümer ebenso wie der beklagte Eigentümer gegen seine Pflichten verstößt (hier: Wohngeldrückstände). Treuwidrig ist die Veräußerungsklage auch, wenn der Kläger durch pflichtwidriges Verhalten (hier: Verweigerung der ordnungsgemäßen Instandsetzung von Gemeinschaftseigentum) das dem Beklagten vorgeworfene Verhalten provoziert hat.**

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 22. 1. 2010 – V ZR 75/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Das Grundstück ist mit einem Wohn- und Geschäftshaus bebaut. Es ist nach dem Wohnungseigentumsgesetz in vier Einheiten geteilt. Der Klägerin gehören die Wohnungen Nr. 2 bis 4, der Beklagten die Teileigentumseinheit Nr. 1. Zu dieser gehört das Sondereigentum an Ladenräumen im Erdgeschoss und weiteren Räumen im ersten Obergeschoss des Gebäudes, die über eine Außentreppe zu erreichen waren. Nach der Teilungserklärung stehen der Klägerin in der Wohnungseigentümersammlung drei Stimmen, der Beklagten zwei Stimmen zu.

2 Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft war zunächst der Ehemann der Beklagten. Später wurde es die Klägerin. Um das Jahr 1997 riss der Ehemann der Beklagten die Außentreppe ab, weil diese, wie die Beklagte behauptet, baufällig war. Seither sind die Räume im Obergeschoss der Teileigentumseinheit der Beklagten nur noch mit Hilfe eines von dem Nachbarhaus, das dem Ehemann der Beklagten gehört, geschaffenen Durchbruchs erreichbar. Anträge der Beklagten, die Neuerrichtung der Treppe auf die Tagesordnung der Eigentümersammlung zu setzen oder die Neuerrichtung zu beschließen, blieben ohne Erfolg.

3 Mit der Zahlung des laufenden Hausgelds geriet die Beklagte bis zum Frühjahr 2007 mit einem Betrag von 5631,05 € in Rückstand. Die rückständigen Beträge sind in Höhe von 5092,81 € tituliert. Der titulierte Betrag übersteigt 3% des Einheitswerts des Teileigentums der Beklagten. Vollstreckungsversuche verliefen erfolglos. Mit Schreiben vom 24. März 2007 drohte die Klägerin der Beklagten an, in der Eigentümersammlung den Ausschluss der Beklagten aus der Gemeinschaft gemäß § 18 WEG zu beantragen. Am 26. Juni 2007 beschlossen die Wohnungseigentümer mit den drei Stimmen der Klägerin gegen die beiden Stimmen der Beklagten, der Beklagten ihr Teileigentum wegen der Rückstände auf das Hausgeld zu entziehen.

4 Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihr Teileigentum zu veräußern. Die Beklagte hat eingewandt, auch die Klägerin verstoße gegen ihre Pflichten als Wohnungseigentümerin. Das Amtsgericht Borna hat der Klage stattgegeben. Das Landgericht Dresden hat sie abgewiesen. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung der Entscheidung des Amtsgerichts.

5 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Veräußerung des Teileigentums der Beklagten nach § 18 Abs. 1 WEG seien grundsätzlich gegeben. Trotzdem könne die Klägerin die Veräußerung nicht verlangen, weil auch sie gegen ihre Pflichten als Wohnungseigentümerin grob verstoßen habe. Zur Wiederherstellung der Treppe zu den Räumen der Beklagten im Obergeschoss bedürfe es eines Beschlusses der Wohnungseigentümer. Diesen habe die Klägerin pflichtwidrig verhindert, indem sie einen entsprechenden Antrag der Beklagten zunächst nicht in die Tagesord-

nung der Wohnungseigentümerversammlung aufgenommen und später einen entsprechenden Beschlussantrag mit der Mehrheit ihrer Stimmen abgelehnt habe.

6 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand. Ein durchsetzbarer Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Veräußerung ihres Teileigentums gemäß § 18 WEG besteht derzeit nicht.

7 1. Die Voraussetzungen eines Anspruchs der Klägerin gegen die Beklagte auf Veräußerung deren Teileigentums nach § 18 Abs. 1, Abs. 2 WEG sind gegeben. Eines wirksamen Beschlusses gemäß § 18 Abs. 3 WEG bedarf es bei einer aus nur zwei Mitgliedern bestehenden Eigentümergemeinschaft nicht, weil die für einen solchen Beschluss erforderliche, nach Köpfen zu bestimmende absolute Mehrheit nicht erreicht werden kann. An die Stelle des Beschlusses tritt gemäß § 18 Abs. 1 Satz 2 WEG die Klage des anderen Wohnungseigentümers gegen den Störer auf Veräußerung (LG Aachen ZMR 1993, 233; LG Köln ZMR 2002, 227; Jennißen/Heinemann, WEG, Rdn. 5; Riecke in Riecke/Schmid, WEG, 2. Aufl., § 18 Rdn. 39).

8 2. Bei der Entscheidung der Frage, ob die Pflichtverletzung des Störers zu einem Anspruch auf Veräußerung des Wohnungseigentums führt, darf das Verhalten des Störers nicht isoliert bewertet werden. Es sind vielmehr alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und die Interessen der Beteiligten insgesamt gegeneinander abzuwägen (Jennißen/Heinemann, aaO, Rdn. 13; Riecke, aaO, Rdn. 25 f.). Danach scheidet ein Anspruch auf Veräußerung aus, wenn der klagende Wohnungseigentümer ebenso gegen seine Pflichten wie der beklagte Eigentümer verstößt und der Anspruch auf Veräußerung mit umgekehrten Parteirollen rechtshängig gemacht werden könnte (Kreuzer in Anwaltshandbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., Teil 10 Rdn. 15).

9 So liegt es, soweit die Beklagte behauptet, auch die Klägerin habe das von ihr der Wohnungseigentümergeinschaft geschuldete Hausgeld in erheblichem Maße nicht geleistet oder veruntreut. Feststellungen hierzu sind indessen nicht getroffen.

10 3. Die Veräußerungsklage scheidet aber auch dann, wenn das dem beklagten Wohnungseigentümer vorgeworfene Verhalten von dem Kläger provoziert ist (Kreuzer, aaO) oder sich sonst als treuwidrig darstellt (Vandenhouten in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 8. Aufl., § 18 Rdn. 22).

11 So liegt der Fall hier. Die Klägerin verhindert durch ihr Verhalten die Wiederherstellung der zur ordnungsmäßigen Nutzung der im Eigentum der Beklagten stehenden Räume im

Obergeschoss des Hauses notwendigen Treppe und verstößt so in grober Weise gegen ihre Pflichten als Wohnungseigentümerin. Auch wenn die Treppe nur dazu dient, das Sondereigentum der Beklagten zu erreichen und, wie die Klägerin behauptet, in der Teilungserklärung dem Eigentum der Beklagten zugewiesen ist, handelt es sich bei der Treppe nach § 5 Abs. 1 letzte Alternative WEG zwingend um gemeinschaftliches Eigentum. Gleichgültig aus welchem Grund die Treppe abgerissen worden ist und ob die Räume im Obergeschoss derzeit von dem Nachbarhaus aus betreten werden können, gehört es zur ordnungsgemäßen Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums, die Treppe wiederherzustellen. Hierzu bedarf es nach § 22 Abs. 1 WEG eines entsprechenden Beschlusses der Wohnungseigentümer. Im Übrigen wird auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

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

### §§ 28, 21 WEG – Darstellung der Zahlungen auf die Instandsetzungsrücklage in der Jahresabrechnung; fehlerhafte Entlastung des Verwaltungsbeirats

a) Tatsächliche und geschuldete Zahlungen der Wohnungseigentümer auf die Instandhaltungsrücklage sind in der Jahresgesamt- und -einzelabrechnung weder als Ausgabe noch als sonstige Kosten zu buchen. In der Darstellung der Entwicklung der Instandhaltungsrücklage, die in die Abrechnung aufzunehmen ist, sind die tatsächlichen Zahlungen der Wohnungseigentümer auf die Rücklage als Einnahmen darzustellen und zusätzlich auch die geschuldeten Zahlungen anzugeben.

b) Die Entlastung des Verwaltungsbeirats widerspricht einer ordnungsgemäßen Verwaltung und ist nach § 21 Abs. 4 WEG rechtswidrig, wenn Ansprüche gegen den Verwaltungsbeirat in Betracht kommen und kein Grund ersichtlich ist, auf diese Ansprüche zu verzichten. Dieser Fall ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die von dem Beirat geprüfte Abrechnung fehlerhaft ist und geändert werden muss (Fortführung von Senat, BGHZ 156, 19 [= WuM 2003, 650]).

(BGH, Urteil vom 4. 12. 2009 – V ZR 44/09)

**Hinw. d. Red.:** Veröffentlichung in WuM 2010, 178.

## Wettbewerb

### Internet – Umschau März 2010

*Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin*

#### iPad – Ende des Domain Name System in Sicht?

Auch domain-recht.de kommt nicht umhin, über das iPad zu schreiben, ein neues Produkt aus dem Hause Apple, das bereits im Vorfeld für Wirbel gesorgt hat. Und das nach dessen Vorstellung in der vergangenen Woche nun auch Domainers ins Grübeln bringt: zu Recht.

Andrew Allemann erklärte auf seinem Weblog domainnamewire.com, warum das iPad schlecht für die Domainers-Branche ist. Allemann geht davon aus, dass das geschlossene System von iPad in Verbindung mit Applikationen von Anbietern, wie sie für Zeitungen beispielsweise bereits für das iPhone in aller

Munde sind, die Klick- und Traffic-Raten verschlechtern. Nutzer werden sich solche Applikationen auf ihr mobiles Gerät laden und nicht mehr via Browser auf die Suche nach Inhalten gehen, sondern mit Hilfe der durch die Diensteanbieter erstellten Programme direkt zum Anbieter surfen. Das iPad könnte, so Allemann, an den Revenuen der Domainers kratzen, und er erhält in den Kommentaren seines Artikels reichlich Zustimmung.

Doch weitere Überlegungen und Aspekte der neuen Technologiekombination, die Apple da auf den Markt bringt, hat Allemann nicht angesprochen. Das iPad wird von vielen als Computer ohne Computer bezeichnet, der Menschen, die bisher vor komplexen Rechnern zurückschreckten und deshalb nicht in das Internet gingen, endlich an die neue digitale Wirklichkeit heranzuführt. Mit einem Rechner arbeiten wird unkompliziert und für jedermann möglich. Das dürfte zur Folge haben, dass sich

deutlich mehr Menschen ins Internet bewegen, was auch die Domain-Branche positiv zu spüren bekommen könnte. Wie viele neue Internetnutzer wird das iPad aktivieren, wenn man keine komplizierten Einstellungen, Updates, Serviceleistungen vornehmen muss? Es werden, wenn das iPad nicht floppt, sehr sehr viele sein.

Aber gehen wir einen Schritt weiter: Es könnte auch das Ende der Domain-Industrie, wie wir sie kennen, bedeuten. Bisher stellt sich das iPad als mehr oder weniger geschlossenes System dar, zu dem man als Anbieter am besten über den App-Shop Zugriff haben wird: man bietet seine Internetdienstleistung über so ein kleines Programm an, die im App-Shop bereitgestellt wird. Wozu braucht man dann noch eine besondere Domain? Der Nutzer findet einen direkt mit der installierten Software. Und weiter? Wozu braucht es neue Domain-Endungen, wenn man dem Nutzer mit der Applikation „dotBerlin“ alle berlinrelevanten Angebote direkt über einen speziellen Internetbrowser aus dem App-Shop zur Verfügung stellt, wobei alle Angebote überprüft und garantiert Spam und phishingfrei sind? Verückt? Ja, aber nicht neu: man erinnert sich noch an Portale wie AOL und CompuServe. Beide Internetangebote boten, AOL noch immer, eigene Angebote für alleine die Nutzer deren Software an. Freilich, die Entwicklungen des Internets haben sie marginalisiert; anders könnte das - zumindest in den nächsten Jahren - für iPad-Angebote werden. Aber auch die würden nur begrenzte Zeit Relevanz haben, bis eine neue Entwicklung sich Bahn bricht.

### OLG München – Sedo haftet nicht als Störer

Das Oberlandesgericht München hat sich in einer bereits im August letzten Jahres gefällten und jetzt erst öffentlich gemachten Entscheidung deutlich gegen eine Haftung von Sedo wegen Parkens rechtsverletzender Domains ausgesprochen (Urteil vom 13. 08. 2009, Az.: 6 U 5869/07).

Ein Kunde von Sedo hatte die Domain tatonka.eu bei Sedo, der weltweit größten Domain-Handelsbörse, über die mehrere Millionen Domains angeboten werden, geparkt und zum Verkauf angeboten. Die Klägerin sah dadurch ihre Marke und Kennzeichnungsrechte in Form des Firmenschlagwortes verletzt und mahnte Sedo ab. Sedo nahm die Domain von der Handelsplattform, setzte den Domain-Namen auf eine Blacklist und gab die Unterlassungserklärung ab, verweigerte aber die Zahlung von Abmahnkosten. Die Klägerin erhob Klage vor dem Landgericht München und berief sich darauf, dass die Beklagte ihrem Kunden Keywords eingetragene habe, so dass unter der Domain Links zu Konkurrenten der Klägerin eingeblendet wurden. Im Rahmen einer Beweisaufnahme wurde deutlich, dass die Keywords vom Nutzer ausgesucht wurden, woraufhin das LG München die Klage abwies. Gegen die Entscheidung legte die Klägerin Berufung ein.

Das OLG München bestätigte in seinem Urteil vom 13. 08. 2009 die Entscheidung des Landgerichts und wies die Berufung zurück. Es führte aus, der gegen die Beklagte geltend gemachte Unterlassungsanspruch der Klägerin stand ihr nicht zu, weshalb sie die Erstattung der Kosten nicht verlangen könne. Die Beklagte könne nicht für die von Dritten begangenen Markenrechtsverletzungen in Anspruch genommen werden. Erst mit Kenntnis der Rechtsverletzung komme eine Haftung in Betracht. Weder sei die Beklagte Täterin oder Teilnehmerin, da der Kunde die Keywords ausgesucht habe, noch sei sie Störerin. Sie unterliege keiner vorgeschalteten Prüfpflicht, da das bei der Anzahl von mehreren Millionen geparkten Domains nicht möglich ist: eine Aufteilung in unterscheidungskräftige und nicht unterscheidungskräftige Bezeichnungen der geparkten Domains anhand gängiger Lexika bei vierzehn Sprachen, in denen die Dienstleistung angeboten wird, sei nicht möglich und unter dem Gesichtspunkt, dass selbst allgemeine Begriffe Markenschutz genießen können, stoße man auf unlösbare Probleme, weshalb eine Vorabprüfung unzumutbar sei.

Das OLG München und schon die Vorinstanz zeigen in ihren Urteilen das praktische Gespür für domainrechtliche Ausein-

andersetzungen, die im Grunde das wahrnehmbare Nord-Süd-Gefälle der Internetrechtsprechung nochmals unterstreicht. In Hamburg wäre eine solche Entscheidung kaum denkbar.

Die Entscheidung findet man unter:  
<http://www.aufrecht.de/6274.html>

### nTLDs – was tun, wenn neue Endungen kommen?

Wie berichtet, naht eine Entscheidung ICANNs über den „expression of interest“-Prozess (EOI) und den Starttermin für das vorgeschaltete Bewerbungsverfahren um neue generische Top Level Domains. Worauf kann man als Unternehmen jetzt achten, um von den Prozessen nicht überrascht zu werden?

Zunächst ist es sinnvoll, sich klar darüber zu werden, welche Kennzeichenstrategie man hat, ob diese noch aktuell ist oder ob sie an aktuelle Änderungen und Entwicklungen angepasst werden muss. Es fragt sich, inwieweit generische TLDs in die eigene Kennzeichenstrategie passen. Die eigene Marke oder der eigene Name als mögliche Domain-Endung ist sicher die wesentliche Überlegung im Hinblick auf nTLDs. Hier ist darauf zu achten, inwieweit es bereits andere Marken gibt und inwieweit mögliche Konkurrenten auf den Plan treten. Die hohen Kosten des Anmeldeprozesses und die nicht zu unterschätzenden Folgekosten sind sicher ein Merkmal, das viele von einer Bewerbung um eine eigene Top Level Domain abhalten wird. Doch gibt es auch die andere Seite: wie geht die Konkurrenz damit um, und wenn sie auf eine eigene Top Level Domain optiert, inwieweit muss und kann man vernünftigerweise handeln.

Dabei ergibt sich ein weiterer Aspekt: warum eigentlich sollte sich die Konkurrenz auf eigene Kennzeichen beschränken, sie könnte ja nach einer Branchen-Domain greifen. Zum Beispiel: was bedeutet es für einen Sportwarenhersteller, wenn Adidas oder Nike sich um die Domain .sports bewerben würden? Hier muss man vorbereitet und sich bewusst sein, dass es die Pre-Launch Dispute Resolution Procedures gibt, die Konkurrenten und der entsprechenden „Community“ einen Rechtsweg eröffnen, bevor eine neue Endung dem Bewerber zugesprochen wurde.

Dieses Beispiel deutet darauf hin, worum es derzeit bei den Vorbereitungen der Einführung neuer generischer Top Level Domains im Wesentlichen geht: Unternehmen, die ihre Rechte und zukünftigen Märkte schützen wollen, müssen zumindest den Überblick bewahren und gewappnet sein. Die Entwicklung der neuen Top Level Domains sollte nicht nur beobachtet und analysiert werden, sondern bereits jetzt ist es sinnvoll, Handlungsstrategien zu entwickeln, um fach- und sachgerecht eingreifen zu können, wenn eigene Belange betroffen sind. Das erfordert, gerade weil die aktuellen Vorgänge komplex und nicht leicht verständlich sind, zeitaufwändige Beschäftigung mit diesem Thema. Wenn man selbst keine Ressourcen für diesen Prozess zur Verfügung hat, kann es sinnvoll sein, professionelle Anbieter mit Expertise zu beauftragen. Deren gibt es nicht viele, aber Investitionen in deren Kompetenzen scheint das Mindeste zu sein, was man angesichts der anstehenden Marktverschiebungen tun kann, um handlungsfähig zu bleiben.

### stadtwerke-uetersen.de – Domainer, werdet aktiv

Das OLG Hamburg hat sich im namensrechtlichen Streit um die Domain stadtwerke-uetersen.de der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs angeschlossen: Der Inhaber des Domain-Namens musste diesen gegenüber dem Inhaber des erst später entstandenen Namensrechts freigeben (Urteil vom 24.09. 2009, Az.: 3 U 43/09).

Die Beklagte registrierte die Domain stadtwerke-uetersen.de am 06. Oktober 2007, die sie zunächst nicht, dann aber privat nutzte, indem auf ihr Gebäude in Uetersen gezeigt wurden. Die Klägerin, die unter anderem die Stadtwerke Uetersen GmbH betreibt, ist seit dem 07. Juli 2008 in das Handelsregister eingetragen. Sie verhandelte mit der Beklagten über die Übertragung der Domain; da aber keine Einigung erzielt wurde, mahnte sie sie ab und erhob später Klage auf Löschung der Domain

und Schadensersatz. Das Landgericht Hamburg gab der Klage statt (Urteil vom 24. 2. 2009, Az.: 312 O 656/08); die Beklagte ging daraufhin in Berufung.

Das OLG Hamburg bestätigte die Entscheidung der Vorinstanz: es bestehe ein Löschananspruch der Klägerin wegen Verletzung des Namensrechts aus § 12 Abs. 1 S. 2 BGB, das hier zur Anwendung kommt, da die Beklagte die Domain nicht im geschäftlichen Verkehr verwendete und ein Bezug zu kommerziellem Handeln nicht ersichtlich war. Mit dem Gebrauch des Namens verletzte die Beklagte schutzfähige Interessen der Klägerin. Das Vorliegen der Namensrechtsverletzung klärte das Gericht durch eine umfassende Abwägung der schutzwürdigen Interessen der klagenden Namens-trägerin gegen die der unbefugten nutzenden Beklagten. Problematisch an der Konstellation war, dass das Namensrecht erst nach Registrierung der Domain entstanden ist. Diesen Fall hatte der Bundesgerichtshof bereits mehrmals zu entscheiden. Das Gericht in Hamburg lehnte sich an die BGH-Rechtsprechung an und kam zu dem Ergebnis, dass die Beklagte die Domain löschen müsse: Die Registrierung der Domain stadtwerte-uetersen.de diene nach Überzeugung des OLG Hamburg lediglich dem Ziel, die Domain später zu verkaufen; der von der Beklagten vorgetragene Nutzungszweck ist nach der Überzeugung des Senats lediglich ein vorgeschobenes Argument. „Stadtwerte“ sind, so das Gericht, kommunale Versorgungseinrichtungen, der Begriff bezeichne hingegen nicht die Bauwerke einer Stadt. Über die Gründung der Stadtwerte wurde bereits am 19. September 2007, also einige Tage vor Registrierung der Domain durch die Beklagten, öffentlich berichtet. Zudem ergebe sich aus der vorgerichtlichen Korrespondenz der Parteien das ausschließlich Erwerbsinteresse der Beklagten.

Diese Entscheidung macht nochmals deutlich, dass sich Domain-er und Grabber, die Domains registrieren, um diese später gegebenenfalls gewinnbringend zu verkaufen, auf dünnem Eis befinden. Die Beklagte hatte hier die Domain nicht weiter genutzt, bis klar wurde, dass jemand möglicherweise berechnete Ansprüche stellen würde. Ob diese Entscheidung anders ausgefallen wäre, wenn die Beklagte die Domain zuvor ordentlich und nachvollziehbar genutzt hätte, lässt sich nur vermuten: der Name stadtwerte-uetersen.de spricht deutlich dagegen. Die Entscheidung ist nachvollziehbar und gut begründet; ganz glücklich ist man mit dieser Rechtsprechung gleichwohl nicht, da sie faktisch eine aktive Nutzung einer vielleicht nur auf Vorrat registrierten Webadresse verlangt.

Das Urteil des OLG Hamburg findet man unter:  
[http://openjur.de/u/31967-3\\_u\\_43-09\\_.html](http://openjur.de/u/31967-3_u_43-09_.html)

Die afilias.de-Entscheidung des BGH findet man unter:  
<http://www.domain-recht.de/verweis/243>

### Studie – Google kassiert dank Typosquatting

Ben Edelman, Professor an der Harvard Business School, sorgt mit einer neuen Domain-Studie für weltweites Aufsehen: nach seinen Recherchen zählt der Suchmaschinenbetreiber Google zu den größten Profiteuren von Typosquatting.

Seit über einem Jahrzehnt ist das Phänomen Typosquatting, also das bewusste Registrieren von Tippfehlervarianten populärer Domains zu geschäftlichen Zwecken, bekannt. Trotz aller Bemühungen, diesem Unwesen durch Rechtsprechung und neue Regelungen wie die UDRP ein Ende zu bereiten, ist es auch heute noch weit verbreitet. Doch was macht Typosquatting so attraktiv? Zusammen mit dem Postdoktoranden Tyler Moore hat sich Edelman, der bereits im Jahr 2002 erste Domain-Studien veröffentlicht hat, auf die Suche nach den Ursachen gemacht. Die Ergebnisse hat er nun in einer Studie mit dem Titel „Measuring the Perpetrators and Funders of Typosquatting“ auf 15 Seiten zusammengefasst und anlässlich der „Financial Cryptography and Data Security“-Konferenz auf Teneriffa veröffentlicht.

Basierend auf dem Alexa-Ranking im Juni 2009 nahm Edelman die 3.264 beliebtesten .com-Domains mit mindestens fünf Zeichen Länge als Grundlage für seine Untersuchungen. Da-

raus generierte Edelman eine Liste potentieller Vertipper wie facebookk, facebook oder facebook und verglich sie mit den damals fast 81 Mio. registrierten .com-Domains. Heraus kamen 1.910.738 Vertippervarianten der ursprünglich 3.264 Adressen. Mittels statistischer Berechnungen reduzierte sich die Zahl der potentiellen Typosquatting-Domains auf etwa 938.000; auf jede einzelne der beliebten .com-Domains kamen somit 281 Vertipper, an der Spitze google.com, für die Edelman 2.537 Varianten ermittelte. Sie werden vorrangig zu zwei Zwecken eingesetzt: etwa 80 Prozent dienen der Schaltung von Werbung, weitere 20 Prozent zur Weiterleitung auf (oft konkurrierende) Internetangebote. Daraus leitet sich auch der Schaden von Typosquatting ab: zum einen verwirrt es Internetnutzer bei der Suche, zum anderen müssen die Betreiber der originären Angebote viel Geld an Werbepattformen wie Google AdWords zahlen, um trotz des Typosquatting gefunden zu werden. Edelman schätzt, dass Google US\$ 497 Mio. jährlich an den Vertipperdomains verdient.

Besonders bitter dürfte vielen aufstoßen, dass Google dem Missbrauch nicht wehrlos gegenübersteht. Von den Vertipper-Domains, die über Google Werbung schalten, weisen laut Edelman 63 Prozent auf nur fünf verschiedene Google-IDs, so dass sich die aktivsten Typosquatter auf fünf Benutzerkonten konzentrieren. Solange Werbekunden und -netzwerke allerdings untätig bleiben, brennt die Typosquatting-Flamme weiter. Nach Ansicht von Edelman sollte man sich also nicht täuschen lassen: die Flamme kann gelöscht werden - wenn man nur will.

Weitere Informationen finden Sie unter:

> <http://www.benedelman.org/typosquatting/>

Die gesamte Studie finden Sie unter:

<http://www.benedelman.org/typosquatting/typosquatting.pdf>

### ud.com – neuer Namecheck-Service gestartet!

Der Starnberger Domain-Registrar united-domains AG hat einen innovativen Namecheck-Service gestartet: unter ud.com steht ab sofort eine kostenlose Suchmaschine für Domain-Namen, Usernamen in sozialen Netzwerken und eingetragene Marken zur Verfügung.

„Check & protect your online identity“ - unter diesem Motto kann jedermann bei ud.com auf einen Blick prüfen, ob ein bestimmter Begriff oder Name noch verfügbar ist. Im Gegensatz zu den klassischen Domain-Suchmaschinen, deren Prüfung sich darauf beschränkt, ob ein Begriff unter einer oder mehreren Top Level Domains noch registriert werden kann, schließt die Prüfung bei ud.com nicht nur die wichtigsten generischen Top Level Domains wie .com, .net, .info und .tv sowie die führenden country code Top Level Domains wie .de, .cn oder .eu ein, sondern auch die Verfügbarkeit in Social Networks wie Facebook, Twitter oder Flickr, und den Markendatenbanken der Bundesrepublik, der EU und der WIPO. Mit dem Namecheck kann also geprüft werden, ob ein bestimmter Username bei Facebook oder Twitter schon genutzt wird; darüber hinaus liest ud.com die wichtigsten Markendatenbanken aus und prüft, ob eine bestimmte Zeichenfolge beispielsweise schon als internationale IR-Marke (WIPO) eingetragen worden ist. Neben der reinen Verfügbarkeit kann man so gleichzeitig feststellen, ob der Name unberechtigt von einem Dritten verwendet wird und ein Namensmissbrauch vorliegt.

Das Suchergebnis des Namechecks wird übersichtlich auf einer einzigen Seite präsentiert und durch eine klare Optik rasch verdeutlicht. Ein Klick auf das jeweilige Suchergebnis, und man wird beispielsweise bei Domain-Namen auf die Registrierungsseite von united-domains.de weitergeleitet, wo man ergänzende Informationen findet. Bei den sozialen Netzwerken leitet ein Klick weiter zur Anmeldeseite. Das Suchergebnis kann man zudem in Kürze als .pdf-Datei ausdrucken und speichern, so dass man die Daten weiterverwenden oder eventuell archivieren kann. Ganz perfekt ist ud.com aber noch nicht; wie CEO Florian Huber mitteilt, arbeitet man ständig daran, die Nutzerfreundlichkeit und die Qualität der Suchergebnisse weiter zu verbessern.

Die Domain ud.com hatte die united-domains AG erst vor gut einem Jahr zum Preis von US\$ 99.000,- über die Handelsplattform Sedo ersteigert. Doch nicht schnödes Parking, sondern ein innovativer Suchservice soll der attraktiven Domain neues Leben einhauchen und sie damit zum nützliche Tool nicht nur für Domainer werden.

Den UD-Namecheck finden Sie unter: <http://www.ud.com>

Ein Video-Portrait finden Sie unter:

<http://www.youtube.com/watch?v=zfIiri40IGE>

### UDRP – Prager Gericht senkt den Gebührendruck

Das Schiedsgericht der Wirtschafts- und Landwirtschaftskammer der Tschechischen Republik mit Sitz in Prag hat angekündigt, die Gebühren für ein UDRP-Verfahren auf bis zu EUR 500,00 zu senken. Damit wächst der Druck auf die anderen Schiedsgerichte, auch ihre Verfahren kostengünstiger und effizienter zu gestalten.

Erst seit November 2009 bietet das international als „Czech Arbitration Court“ (CAC) bekannte Gericht Verfahren nach der Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) an, hat seither jedoch durch einige Detailverbesserungen wie der Umstellung auf ein papierloses Verfahren wiederholt von sich Reden gemacht. Im Herbst 2009 hat man weitere Diskussionen um Änderungen der UDRP angestoßen, und einen der wichtigsten Vorschläge nun mit Wirkung ab dem 15. März 2010 umgesetzt: in allen Fällen, in denen der Antragsgegner keine Stellungnahme abgibt und für das Gericht keine eingehende Urteilsbegründung notwendig wird, reduzieren sich die Gebühren für das Verfahren auf EUR 500,-, nach derzeitigem Kurs umgerechnet also etwa US\$ 700,-. Bisher lagen die Mindestgebühren bei EUR 800,-, umgerechnet also etwa US\$ 1.100,-. Das Gericht erhält bei solchen vereinfachten Entscheidungen, die sich in etwa mit einem Versäumnisurteil nach § 331 der deutschen Zivilprozessordnung vergleichen lassen, einen Anteil von EUR 250,-.

Der CAC hat damit eine Art Preisrunde unter den insgesamt vier UDRP-Schiedsgerichten ausgelöst. Zum Vergleich: bei der Genfer WIPO beginnt die Gebührentabelle bei US\$ 1.500,- für Streitigkeiten vor dem Einzelrichter um bis zu fünf Domains; mit der Zahl der Richter und der Domains steigen sodann die Gebühren. Etwas günstiger sind Verfahren vor dem National Arbitration Forum (NAF), aber auch hier sind mindestens US\$ 1.300,- fällig. Blicke noch das in UDRP-Streitigkeiten selten gefragte Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (ADNDRC), bei dem man ab einer Gebühr von US\$ 1.000,- vorstellig werden kann. Die WIPO hatte bereits im November des letzten Jahres angekündigt, an einer Art Schnellverfahren arbeiten zu wollen.

Ebenfalls mit Wirkung ab 15. März 2010 ändern sich die vom CAC verwendeten Standardformulare für UDRP-Schriftsätze. Sie sollen sowohl Klageanträge als auch -erwiderungen noch verständlicher machen, und werden durch online abrufbare Erläuterungen ergänzt. Selbst für das Urteil gibt es einen Vordruck, der eine formelle Einheitlichkeit des Verfahrens gewährleisten soll.

Das Prager Schiedsgericht finden Sie unter:

<http://www.arbcourt.cz/>

Die UDRP finden Sie hier:

<http://www.icann.org/dndr/udrp/policy.htm>

### LG Köln – mit fliegendem Gerichtsstand abgestürzt

Das Landgericht Köln hat in einem Rechtsstreit über die Verletzung von Persönlichkeitsrechten aufgrund im Internet aufgestellter Behauptungen in russischer Sprache die Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit verneint. Maßgebend ist nicht der Wohnsitz des Betroffenen und der Umstand, dass die Internetseite in Deutschland abrufbar ist, sondern - neben weiteren Kriterien - auch die Sprache, in der die vermeintliche Rechtsverletzung abgefasst ist (Urteil vom 26.08.2009, Az.: 28 O 478/08).

Die Parteien sind beide russische Staatsangehörige und gingen gemeinsam zur Schule. Nach einem Klassentreffen in Mos-

kau, bei dem sie sich nach 15 Jahren erstmals wieder begegneten, berichtete die in USA lebende Beklagte auf einer Internetseite über ihre mehrtägige Reise nach Moskau, wobei sie dort auch den in Deutschland lebenden Kläger und seine Wohnung in Moskau erwähnte. Der Kläger sah sich durch einige von der Beklagten verwandte Formulierungen und Beschreibungen in seinem Persönlichkeitsrechten verletzt und verlangte von ihr Unterlassung. Da er seinen Wohnsitz in Deutschland hat, wandte er sich an die deutsche Gerichtsbarkeit.

Das Landgericht in Köln prüfte aufgrund der gegebenen Konstellation die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte und lehnte sie ab. Das Gericht geht davon aus, dass die Rechtsverletzung nicht in Deutschland begangen wurde und deshalb das LG Köln nicht zuständig ist. Das Gericht zieht Parallelen zu Persönlichkeitsrechtsverletzungen bei Presseerzeugnissen und bei Urheberrechtsverletzungen im Internet und verwies dabei auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Maßgebend für die internationale Zuständigkeit ist da der Erscheinungsort und der Verbreitungsort, nicht aber der Wohn- oder Aufenthaltsort des Geschädigten. Bei Internetseiten reiche es für Wettbewerbsverletzungen nach BGH-Rechtsprechung nicht, allgemein auf den Ort der Abrufbarkeit der Rechtsverletzung als Erfolgsort zu verweisen; erst wenn sich der Internetauftritt bestimmungsgemäß im Inland auswirkt, ist das Inland auch Erfolgsort.

Dass die beanstandete Internetseite irgendeinen Inlandsbezug haben könnte, war nicht ersichtlich. Der umstrittene, in russisch abgefasste Text war von der in den USA lebenden Beklagten dort online gestellt worden und handelt von einem privaten Ereignis, das in Moskau stattgefunden hat. Auch wenn der Text in Deutschland abrufbar war, so befand sich dort nicht der Empfängerkreis: das Gericht ging davon aus, dass der russische Text sich nicht an den durchschnittlichen Rezipient in Deutschland wende, da der den Text nicht lesen und verstehen könne. Auch leitete das Gericht über den Wohnsitz des Klägers keinen Inlandsbezug her. Der Erfolgsort ergebe sich auch nicht über den Standort des Name-Servers, über den die Domain, unter der sich die Inhalte fanden, konnektiert ist, da weltweit auf Name-Server zugegriffen werden kann und dann über das Internet die Verbreitung weltweit erfolgt, ganz unabhängig vom Standort des Servers. Mithin sah sich das Landgericht Köln als unzuständig und wies die Klage als unzulässig ab.

Die Entscheidung des Landgerichts Köln fügt der Rechtsprechung zum Gerichtsstand einen weiteren Mosaikstein hinzu. Insbesondere ist die Erwägung, der Standort des Name-Servers nehme keinen Einfluss auf die örtliche Zuständigkeit, interessant und wird sicher zu Diskussionen führen. Zusammen mit der hier nicht besprochenen Entscheidung des AG Frankfurt/M (Beschluss vom 21.08.2009, Az.: 31 C 1141/09) sollte es mit dem leichtfertigen Griff zum fliegenden Gerichtsstand bei Internetrechtsstreiten vorbei sein.

Die Entscheidung des LG Köln findet man unter:

<http://www.domain-recht.de/verweis/257>

Die Entscheidung des AG Frankfurt findet man unter:

<http://www.domain-recht.de/verweis/196>

### Buchtipp – 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.

Auf nun 522 Seiten gibt Prof. Dr. Thomas Hoeren in bekannter Struktur einen grundsätzlichen Überblick über das Internetrecht. Inhaltlich ist das Werk auf dem Stand Februar 2010, aktuelle Entscheidungen und Meinungen wurden hinzugefügt. Einige kleine Änderungen sind nach einem ersten Blick in das Kompendium zu verzeichnen; so ist das Kapitel 3 neu betitelt. Ausführungen zum Patentrecht gibt es nun keine mehr; die über wettbewerbsrechtliche Regeln des Online-Marketings wurden gekürzt. Wie Thomas Hoeren im Vorwort schreibt, überfordert

die Dynamik des Internets die klassischen Buchverleger, weshalb ein Skript zum Herunterladen bei dem schnellen Wandel angemessener ist. Dass dies nicht immer ausreicht, zeigt die Vorratsdatenspeicherung, die erst vor wenigen Tagen vom Bundesverfassungsgericht gekippt wurde, aber nach wie vor übersichtlich und nachvollziehbar in der aktuellen Ausgabe dargestellt wird.

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“ zum Herunterladen unter:  
<http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/Hoeren>  
 mailto: dingeldey@domainrecht.de  
 mailto: RA@daniel-dingeldey.de

**§§ 307, 611, 631 BGB**  
**„Internet-System-Vertrag“;**  
**rechtliche Einordnung; Vorleistungsklausel**

**Zur rechtlichen Einordnung eines „Internet-System-Vertrags“, der die Erstellung und Betreuung einer Internetpräsentation (Website) des Kunden sowie die Gewährleistung der Abrufbarkeit dieser Website im Internet für einen festgelegten Zeitraum zum Gegenstand hat.**

**Zur Frage der Wirksamkeit einer Klausel, die in einem „Internet-System-Vertrag“ eine Vorleistungspflicht des Kunden begründet.**

(BGH, Urteil vom 4. 3. 2010 – III ZR 79/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien schlossen am 14. Juni 2005 einen „Internet-System-Vertrag“ des Typs „€ Premium Plus“ mit „Editorfunktion“ und „Full Service“. Nach der vertraglichen Leistungsbeschreibung schuldete die Klägerin dem Beklagten, der ein einzelkaufmännisches Unternehmen („B. Abbruchsprengungen, Beton-, Bohr- und Sägearbeiten, Großfeuerwerke“) betreibt, die Recherche und Registrierung einer Internet-Domain („Domainservice“), die Zusammenstellung der Webdokumentation - Bild- und Textmaterial - durch einen Webdesigner („Vor-Ort-Beratung“), die Gestaltung und Programmierung einer individuellen Internetpräsenz nach bestimmten einzeln aufgeführten Vorgaben, das „Hosting“ der Websites und Mailboxen auf den Servern der Klägerin sowie die weitere Beratung und Betreuung über eine Hotline. Neben Anschlusskosten von 99 € zuzüglich Umsatzsteuer, die bei Vertragsabschluss zahlbar waren, hatte der Beklagte für die vereinbarte Vertragslaufzeit von insgesamt 36 Monaten ein Entgelt von monatlich 120 € zuzüglich Umsatzsteuer zu entrichten. Zur Zahlung dieses Entgelts trifft § 1 Abs. 1 der im Vertrag in Bezug genommenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Klägerin folgende Regelung:

„Der Berechnungszeitraum beginnt mit dem Datum der Unterschrift unter diesem Vertrag. Das nach diesem Vertrag zu zahlende Entgelt ist am Tag des Vertragsabschlusses und jeweils am selben Tage des folgenden Jahres jährlich im Voraus fällig. Abweichend von Satz zwei ist im ersten Vertragsjahr das Entgelt dreißig Tage nach Vertragsabschluss jährlich im Voraus fällig.“

2 Der Beklagte zahlte die Anschlusskosten und das Entgelt für das erste Vertragsjahr (2005/2006). Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Zahlung der Entgelte für das zweite und dritte Vertragsjahr (2006/2007 und 2007/2008) nebst Zinsen und vorgerichtlicher Kosten.

3 Der Beklagte hat eingewandt, die Bestimmung einer Vorleistungspflicht in § 1 Abs. 1 Satz 2 der AGB sei gemäß § 307

BGB unwirksam, die Klägerin habe die von ihr geschuldeten Leistungen nicht wie geschuldet erbracht und er, der Beklagte, habe den Vertrag wirksam gekündigt.

4 Das Amtsgericht Düsseldorf hat der Klage im Wesentlichen - bis auf einen Teil der Zinsforderung - stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Landgericht Düsseldorf die Klage insgesamt abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

5 **Aus den Gründen:** Die zulässige Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

6 I. Das Berufungsgericht (MMR 2009, 867) hat ausgeführt:

7 Der Klägerin stehe kein fälliger Anspruch auf die verlangten Entgelte zu. Ein solcher ergebe sich nicht aus der in § 1 Abs. 1 Satz 2 der AGB vereinbarten Vorleistungspflicht, da diese Regelung wegen der Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften der §§ 641, 632a BGB und erheblicher Benachteiligung der Vertragspartner der Klägerin nichtig sei. Bei dem „Internet-System-Vertrag“ überwiege der werkvertragliche Charakter, denn der Schwerpunkt des Vertrages liege in der Gestaltung und Programmierung der individuellen Internetpräsenz und nicht in der Zurverfügungstellung von Software und Speicherkapazitäten auf den Servern der Klägerin. Etwaige Ansprüche aus § 649, § 632a BGB oder § 642 BGB habe die Klägerin nicht hinreichend dargelegt.

8 II. Diese Begründung hält der rechtlichen Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

9 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts erweist sich § 1 Abs. 1 Satz 2 der AGB nach Maßgabe des revisionsrechtlich zu Grunde zu legenden Sachverhalts nicht als unwirksam.

10 a) Die Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 der AGB kann der erkennende Senat selbständig auslegen, weil eine unterschiedliche Auslegung durch verschiedene Berufungsgerichte in Betracht kommt (BGHZ 163, 321, 323 f [= WuM 2005, 589]; Senat, Urteil vom 17. September 2009 - III ZR 207/08 - NJW 2010, 57 Rn. 16; BGH, Urteil vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08 - NJW 2009, 3422, 3423 Rn. 20). Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle ist gemäß § 305c Abs. 2 BGB in Zweifelsfällen die „kundenfeindlichste“ Auslegung geboten, wenn diese zur Unwirksamkeit der Klausel führt und damit für den Kunden im Ergebnis am günstigsten ist (Senatsurteil BGHZ 175, 76, 80 f Rn. 9 m.w.N.; BGHZ 176, 244, 250 f [= WuM 2008, 606] Rn. 19 m.w.N.; BGH, Urteil vom 16. Juni 2009 aaO Rn. 21).

11 § 1 Abs. 1 Satz 2 der AGB begründet hiernach eine Vorleistungspflicht des Vertragspartners der Klägerin (Kunde bzw. „Partnerunternehmen“). Denn ihm wird aufgegeben, das vertragliche Entgelt jährlich im Voraus zu entrichten, und zwar unabhängig davon, ob und inwieweit die Klägerin die ihr (für den jeweiligen Zeitabschnitt) obliegenden Leistungen - überhaupt oder ordnungsgemäß - erbringt.

12 b) Die Überprüfung der Wirksamkeit einer Allgemeinen Geschäftsbedingung, die eine Vorleistungspflicht des Kunden begründet, richtet sich in aller Regel - so auch hier - nach den Maßgaben des § 307 BGB. Danach ist eine Klausel, die den Kunden abweichend von der gesetzlichen Regelung zur Vorleistung verpflichtet, nur dann zulässig, wenn für sie ein sachlich rechtfertigender Grund gegeben ist und den berechtigten Interessen des Kunden hinreichend Rechnung getragen wird, insbesondere keine überwiegenden Belange des Kunden entgegenstehen (BGHZ 100, 157, 161 ff; 141, 108, 114; 145, 203, 211; BGH, Urteile vom 23. Mai 1984 - VIII ZR 27/83 - NJW 1985, 850, 851, vom 24. September 2002 - KZR 38/99 - NJW-RR 2003, 834, 836 und vom 20. Juni 2006 - X ZR 59/05 - NJW 2006, 3134 Rn. 6, 10; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 309 Rn. 13; MünchKommBGB/Kieninger, 5. Aufl., § 309 Nr. 2 Rn. 14; Staudinger/Coester-Waltjen, BGB <2006>, § 309 Nr. 2 Rn. 7; Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., Rn. V 505 ff; Hensen, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 309 Nr. 2 BGB Rn. 11 f). Diese Maßstäbe

gelten auch dann, wenn die Vorleistungsklausel, wie im vorliegenden Fall, gegenüber einem Unternehmer verwendet wird (§ 14 Abs. 1, § 310 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB), wobei den Besonderheiten des unternehmerischen Verkehrs im Rahmen der nötigen Interessenabwägung Rechnung getragen werden kann und muss (s. auch Dammann aaO Rn. V 508). Der Grundsatz der Leistung Zug um Zug (§§ 320, 322 BGB) gehört zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), weil er eine gleichmäßige Sicherheit für beide Vertragsparteien gewährleistet. Durch die ihm auferlegte Vorleistungspflicht wird dem Kunden das Druckmittel der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) für die Durchsetzung seines Anspruchs auf vertragsrechtliche Erfüllung (ohne Erfordernis einer Prozessführung) genommen und das Risiko der Leistungsunfähigkeit seines Vertragspartners, des Verwenders, aufgebürdet. Vor diesem Hintergrund bedarf es im Rahmen der bei der Überprüfung nach § 307 BGB anzustellenden umfassenden Interessenabwägung (vgl. etwa Senat, BGHZ 175, 102, 107 f Rn. 19 sowie Urteile vom 12. Februar 2009 - III ZR 179/08 - NJW 2009, 1334, 1337 Rn. 29 [= GuT 2009, 42 KL] und vom 17. September 2009 aaO S. 58 Rn. 18) eines sachlichen Grundes für die Verwendung einer Vorleistungsklausel regelmäßig auch dann, wenn der Kunde Unternehmer ist (so auch Dammann aaO; offen gelassen in BGH, Urteil vom 24. September 2002 aaO; offen gelassen wohl auch bei Hensen aaO Rn. 17; a.A. OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 1988, 1458, 1459; Kieninger aaO Rn. 21).

13 Eine solche Interessenabwägung ist auch und gerade dann vorzunehmen, wenn die gesetzliche Regelung wie beim Werkvertragsrecht abweichend vom Grundsatz der Leistung Zug um Zug sogar eine Vorleistungspflicht des die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendenden (Werk-)Unternehmers vorsieht.

14 c) Nach diesen Maßgaben hält die Regelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 der AGB der Wirksamkeitskontrolle stand.

15 aa) Dem Berufungsgericht ist freilich darin beizupflichten, dass die in § 1 Abs. 1 Satz 2 der AGB niedergelegte Vorleistungspflicht des Kunden vom Leitbild der gesetzlichen Regelung abweicht. Bei dem zwischen den Parteien abgeschlossenen „Internet-System-Vertrag“ handelt es sich nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts insgesamt um einen Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff BGB, und gemäß § 641 Abs. 1, §§ 632a, 646 BGB hat nicht der Besteller, sondern der Werkunternehmer vorzuleisten.

16 Die Qualifizierung des „Internet-System-Vertrags“ als Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff BGB steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Zuordnung von Internet-Verträgen zu den Vertragstypen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Sie findet ihre maßgebliche Grundlage in dem von den Parteien vereinbarten Vertragszweck, wie er in der vertraglichen Leistungsbeschreibung und dem hieran anknüpfenden Parteiwillen, insbesondere auch in der verobjektivierten Kundenerwartung, zum Ausdruck kommt, und rechtfertigt sich letztlich auch aus einem Vergleich mit Verträgen, die ähnliche Gegenstände betreffen und als Werkverträge anerkannt sind.

17 (1) Der „Internet-System-Vertrag“ gehört zum Kreis der Internet-Provider-Verträge; unter diesem Oberbegriff wird eine Vielzahl unterschiedlicher Vertragstypen zusammengefasst, bei denen es sich zumeist um atypische oder gemischte Verträge handelt (s. etwa Spindler, CR 2004, 203 f; ders., in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, 2. Aufl., Teil IV Rz. 4 f = S. 240 ff; Klett/Pohle, DRiZ 2007, 198). Unbeschadet dessen lassen sich einzelne Vertragsgestaltungen im Rahmen der gebotenen Schwerpunkt Betrachtung (BGHZ 2, 331, 333; Palandt/Grüneberg aaO vor § 311 Rn. 26) - unter besonderer Berücksichtigung der unter dem Blickwinkel des Auftraggebers gewählten Zielrichtung (Senat, Urteil vom 7. März 2002 - III ZR 12/01 - NJW 2002, 1571, 1573; BGHZ 54, 106, 107) - einem der im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Vertragstypen zuordnen.

18 (a) Bei dem „Access-Provider-Vertrag“ geht es um die Pflicht des Anbieters, dem Kunden den Zugang zum Internet zu verschaffen; hierbei schuldet der Provider - nur - die Bereithaltung des Anschlusses und das sachgerechte Bemühen um die Herstellung der Verbindung in das Internet, so dass dieser Vertrag im Allgemeinen als Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff BGB anzusehen ist (Senat, Beschluss vom 23. März 2005 - III ZR 338/04 - NJW 2005, 2076 [= GuT 2005, 175] m.w.N.; Klett/Pohle aaO S. 199; für die Annahme eines Werkvertrags hingegen Redeker, IT-Recht, 4. Aufl., Rn. 968).

19 (b) Gegenstand des „Application-Service-Providing (ASP)“-Vertrags ist die Bereitstellung von Softwareanwendungen für den Kunden zur Online-Nutzung über das Internet oder andere Netze. Im Vordergrund dieses Vertrages steht die (Online-)Nutzung fremder (Standard-)Software, die in aller Regel nicht nur einem, sondern einer Vielzahl von Kunden zur Verfügung gestellt wird, und somit der Gesichtspunkt der (entgeltlichen) Gebrauchsüberlassung, weshalb dieser Vertrag von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als Mietvertrag im Sinne der §§ 535 ff BGB eingeordnet worden ist (BGH, Urteil vom 15. November 2006 - XII ZR 120/04 - NJW 2007, 2394 f [= GuT 2007, 10] Rn. 11 ff; Klett/Pohle aaO S. 203; für die Einordnung als Dienstvertrag hingegen Redeker aaO Rn. 987 ff).

20 (c) Beim „Web-Hosting“-Vertrag (bzw. „Website-Hosting“-Vertrag) stellt der Anbieter auf seinem eigenen Server dem Kunden Speicherplatz und einen entsprechenden Internet-Zugang zur Verfügung, wobei es Sache des Kunden ist, diesen Speicherplatz (durch eine eigene Website) zu nutzen und zu verwalten. Dieser Vertrag weist dienst-, miet- und werkvertragliche Aspekte auf (s. dazu etwa MünchKommBGB/Busche, 5. Aufl., § 631 Rn. 279; Klett/Pohle aaO S. 202 f; Schuppert, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, 2. Aufl., Teil II Rz. 48 f = S. 15 f und Teil V Rz. 3 ff = S. 513 ff). Findet der Vertragszweck seinen Schwerpunkt in der Gewährleistung der Abrufbarkeit der Website des Kunden im Internet, so liegt es allerdings nahe, insgesamt einen Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff BGB anzunehmen (so OLG Düsseldorf, MMR 2003, 474 f; Redeker aaO Rn. 980).

21 (d) Im „Webdesign-Vertrag“ verpflichtet sich der Anbieter, für den Kunden eine individuelle Website zu erstellen. Ein solcher Vertrag dürfte - ebenso wie ein Vertrag über die Erstellung oder Bearbeitung einer speziellen, auf die Bedürfnisse des Auftraggebers abgestimmten Software (s. BGHZ 102, 135, 140 f; BGH, Urteile vom 15. Mai 1990 - X ZR 128/88 - NJW 1990, 3008, vom 3. November 1992 - X ZR 83/90 - NJW 1993, 1063, vom 9. Oktober 2001 - X ZR 58/00 - CR 2002, 93, 95 und vom 16. Dezember 2003 - X ZR 129/01 - NJW-RR 2004, 782, 783) - regelmäßig als Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff BGB, unter Umständen auch als Werklieferungsvertrag im Sinne von § 651 BGB, anzusehen sein (s. dazu etwa Busche aaO m.w.N.; Klett/Pohle aaO S. 201; Redeker aaO Rn. 980; Schneider, in: Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl., Teil O Rz. 342 f = S. 2066; Schmidt, in: Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, 2. Aufl., Teil VIII Rz. 4 = S. 659 ff; Cichon, Internet-Verträge, 2. Aufl., S. 117 ff; Härting, Internetrecht, 3. Aufl., Rn. 334 ff = S. 83 ff).

22 (e) Beschränkt sich die Leistungspflicht des Anbieters auf die Beschaffung und Registrierung einer vom Kunden gewünschten Internet-Domain, so stellt sich der Vertrag in der Regel als ein Werkvertrag dar, der eine entgeltliche Geschäftsbesorgung (§ 675 Abs. 1, §§ 631 ff BGB) zum Gegenstand hat (s. OLG Köln, MMR 2003, 191; Klett/Pohle aaO S. 200 m.w.N.; Redeker aaO Rn. 1085; Schuppert aaO Teil VI Rz. 11 = S. 600).

23 (f) Verträge über die „Wartung“ oder „Pflege“ von Software, EDV-Programmen oder Websites sind als Werkverträge einzuordnen, soweit sie auf die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit und die Beseitigung von Störungen (und somit: auf einen Tätigkeitserfolg) gerichtet sind, wohingegen ihre Qualifizierung als Dienstvertrag nahe liegt, wenn es an einer solchen Erfolgsausrichtung fehlt und die laufende Serviceleistung (Tätigkeit) als solche geschuldet ist (s. dazu BGHZ 91, 316,

317; BGH; Urteil vom 8. April 1997 - X ZR 62/95 - NJW-RR 1997, 942, 943; ferner: OLG München, CR 1989, 283, 284 und CR 1992, 401, 402; Palandt/Sprau aaO vor § 631 Rn. 22; Busche aaO § 631 Rn. 284; Redeker aaO Rn. 648 ff m.w.N.; Klett/Pohle aaO S. 201).

24 (2) Der hier zu beurteilende „Internet-System-Vertrag“ weist in einzelnen Elementen Bezüge zu einigen der vorerwähnten Vertragstypen auf, ist indes keinem dieser Vertragstypen vollständig zuzuordnen, sondern als eigener Vertragstypus anzusehen, der sich insgesamt als Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff BGB darstellt.

25 Nach dem vereinbarten Zweck des „Internet-System-Vertrags“, wie er in der „Leistungsbeschreibung“ in der Anlage zum Vertrag sowie in dem daran anknüpfenden Willen der Vertragsparteien, insbesondere auch in der verobjektivierten Kundenerwartung, zum Ausdruck kommt, hat die Klägerin auf ihren eigenen Servern für den Kunden unter der von ihm gewünschten Domain eine Website (Homepage; Internetpräsentation) einzurichten, diese Website für den vereinbarten Zeitraum zu unterhalten und sie über das Internet Dritten zugänglich zu machen. Auf diesen Leistungszweck beziehen sich sämtliche der in der „Leistungsbeschreibung“ aufgeführten einzelnen Leistungspflichten, nämlich die Recherche und Registrierung einer (den Kundenwünschen entsprechenden) Internet-Domain („Domainservice“), die Zusammenstellung der Webdokumentation - Bild- und Textmaterial - durch einen Webdesigner („Vor-Ort-Beratung“), die Gestaltung und Programmierung einer individuellen Internetpräsenz nach bestimmten einzeln aufgeführten Vorgaben, das „Hosting“ der Websites und Mailboxen auf den Servern der Klägerin sowie die (diesbezügliche) weitere Beratung und Betreuung des Kunden über eine Hotline der Klägerin.

26 Gegenstand des „Internet-System-Vertrags“ ist demnach die auf einen bestimmten Zeitraum festgelegte Gewährleistung der Abrufbarkeit einer von der Klägerin für ihren Kunden erstellten und betreuten Website (Homepage) im Internet und somit nicht das schlichte Tätigwerden der Klägerin als solches, sondern die Herbeiführung eines Erfolgs als Ergebnis der Tätigkeit der Klägerin. Die „Abrufbarkeit“ der Website ist in diesem Zusammenhang nicht als eine Garantie für den jederzeitigen Zugriff über das Internet - die der Webhostbetreiber wegen der technischen Gestaltung des Internet nicht übernehmen kann - zu verstehen, sondern dahin, dass die Website so bereitzustellen ist, dass sie für Internethalter abgerufen werden kann, wenn das Internet im üblichen Rahmen den Zugriff ermöglicht (Redeker aaO Rn. 980). Dementsprechend ist dieser Vertrag - anders als der lediglich auf die Verschaffung des Zugangs zum Internet angelegte „Access-Provider-Vertrag“ - nicht als Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff BGB, sondern als Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff BGB einzuordnen (zur allgemeinen Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag s. etwa Senat, Urteil vom 7. März 2002 aaO S. 1572; ferner BGHZ 31, 224, 226 ff; 54, 106, 107; BGH, Urteile vom 19. Juni 1984 - X ZR 93/83 - NJW 1984, 2406 f und vom 16. Juli 2002 - X ZR 27/01 - NJW 2002, 3323, 3324; Palandt/Sprau aaO vor § 631 Rn. 8; Busche aaO § 631 Rn. 14). Im Gegensatz zum „ASP-Vertrag“ geht es bei dem „Internet-System-Vertrag“ nicht - jedenfalls: nicht primär - um die Bereitstellung (Gebrauchsüberlassung) von Softwareanwendungen zur Online-Nutzung für den Kunden. Soweit die Klägerin dem Kunden nach dem „Internet-System-Vertrag“ „Domainservice“ und „Webdesign“ schuldet, stellen diese Leistungen jeweils schon für sich genommen werkvertragliche Leistungen dar, denn dabei geht es um die Beschaffung und Registrierung einer vom Kunden gewünschten Internet-Domain und um die Herstellung einer individuellen Website (Homepage), die - anders als beim Werklieferungsvertrag - nicht als bewegliche Sache an den Kunden „geliefert“ wird, sondern auf den Servern und in der Verfügung der Klägerin verbleibt. Auch das von der Klägerin zu erbringende „Website-Hosting“ steht einer werkvertraglichen Leistung näher als einer dienst- oder mietvertraglichen Leistung, da es in erster Linie dazu dient, die Ab-

rufbarkeit der Website des Kunden im Internet zu gewährleisten und in diesem Sinne einen „Erfolg“ herbeizuführen, somit weder als ein bloßes Tätigwerden noch lediglich als die Gebrauchsüberlassung von Speicherplatz angesehen werden kann. Im Lichte dieser prägenden Zweckrichtung ist schließlich auch die vertraglich vereinbarte Beratungs- und Betreuungspflicht der Klägerin zu würdigen; auch diese zielt auf die Gewährleistung der Abrufbarkeit einer von der Klägerin erstellten und betreuten „Internetpräsentation“ des Kunden.

27 (3) Der Einordnung des „Internet-System-Vertrags“ als Werkvertrag im Sinne der §§ 631 ff BGB steht es nicht entgegen, dass der Kunde ein monatliches pauschales Entgelt zu entrichten hat, dass der Vertrag auf eine bestimmte Zeitdauer angelegt ist und somit Züge eines „Dauerschuldverhältnisses“ aufweist und dass dem Kunden kein körperlicher Gegenstand als „Werkleistung“ übereignet wird. Angesichts des auf einen Erfolg bezogenen Vertragszwecks kommt diesen Umständen kein entscheidendes Gewicht zu. Sie finden sich insbesondere auch bei Werbeverträgen, die einen ähnlichen Zweck und Gegenstand wie der hier zu beurteilende „Internet-System-Vertrag“ aufweisen und von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als Werkverträge angesehen worden sind, wie etwa Verträge über die Präsentation von Werbespots/Videoclips auf einem öffentlichen Videoboard (BGH, Urteil vom 26. März 2008 - X ZR 70/06 - NJW-RR 2008, 1155), über die Anbringung von Werbeplakaten auf bestimmten Flächen für eine festgelegte Zeitspanne (BGH, Urteil vom 19. Juni 1984 aaO) oder über Werbeanzeigen im Telefonbuch (s. BGH, Urteil vom 24. September 2002 aaO m.w.N.).

28 bb) Die in § 1 Abs. 1 Satz 2 der AGB bestimmte, vom Leitbild der gesetzlichen Regelung abweichende Vorleistungspflicht des Kunden kann sich indes auf sachliche Gründe stützen und trägt den berechtigten Interessen des Kunden hinreichend Rechnung. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Klausel (wie hier) gegenüber einem Unternehmer (§§ 14, 310 Abs. 1 BGB) verwendet wird. Die hierfür maßgeblichen Erwägungen hat das Berufungsgericht nicht berücksichtigt.

29 (1) Sachlich rechtfertigende Gründe findet die Vorleistungspflicht des Kunden zunächst darin, dass der Anbieter bei dem hier vorliegenden „Internet-System-Vertrag“ bereits zu Beginn der Vertragslaufzeit die Website zu erstellen und einzurichten sowie die Abrufbarkeit dieser Website im Internet herbeizuführen hat. Auf der Grundlage der vertraglichen Leistungsbeschreibung sind beide Vorinstanzen - im Einklang mit dem Vorbringen der Klägerin, dem der Beklagte nicht mit Substanz entgegengetreten ist - davon ausgegangen, dass damit die Klägerin typischerweise den überwiegenden Teil des von ihr zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten zu erbringenden Gesamtaufwands bei Vertragsbeginn tragen muss. Der Anbieter (hier: die Klägerin) hat daher ein berechtigtes Interesse daran, mit der Bezahlung jeglichen Entgelts nicht lange Zeit, etwa gar bis zum Ende der Vertragslaufzeit - also: bis zur vollständigen Erbringung der von ihm geschuldeten Werkleistung -, warten zu müssen. Ferner kann dem Anbieter die Zahlung monatlicher Ratenbeträge in dem hier in Rede stehenden Umfang von - lediglich - 120 € zuzüglich Umsatzsteuer einen nicht unerheblichen buchhalterischen Aufwand bereiten und sich eine monatliche Ratenzahlung aus seiner nachvollziehbaren Sicht deshalb als unpraktikabel erweisen.

30 (2) Dem berechtigten Interesse des Anbieters an einer dem jeweils erbrachten bzw. noch zu erbringenden Aufwand entsprechenden, praktikablen und zeitnahen Entgeltzahlung steht das ebenso berechtigte Interesse des Kunden gegenüber, das Druckmittel der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) für die Durchsetzung seines Anspruchs auf vertragsgerechte Erfüllung (ohne Erfordernis einer Prozessführung) zu behalten und nicht mit dem Risiko der Leistungsunfähigkeit seines Vertragspartners belastet zu werden. Durch die Vorleistungspflicht läuft der Kunde Gefahr, das von ihm geschuldete Entgelt auch dann entrichten zu müssen, wenn der Anbieter die

ihm obliegende (Werk-)Leistung überhaupt nicht oder nicht ordnungsgemäß erbringt.

31 Dem vorerwähnten Interesse des Kunden muss die Vorleistungsklausel auch dann Rechnung tragen, wenn der Kunde ein Unternehmer ist. Denn auch einem Unternehmer gegenüber wäre es nicht angemessen, wenn diesem das wesentliche Sicherungs- und Druckmittel der Einrede des nicht erfüllten Vertrages vollumfänglich und kompensationslos genommen würde. Dem Verwender einer formularmäßigen Vertragsbestimmung ist es gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB - auch bei Verwendung der Klausel gegenüber einem Unternehmer (s. § 310 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB) - verwehrt, durch eine einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zu gewähren, da hierin eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners entgegen den Geboten von Treu und Glauben läge (s. dazu etwa Senat, BGHZ 175, 102, 107 f Rn. 19 sowie Urteile vom 12. Februar 2009 aaO und 17. September 2009 aaO).

32 (3) Im Ergebnis der sonach gebotenen Interessenabwägung wird § 1 Abs. 1 Satz 2 der AGB den berücksichtigungsfähigen Interessen des Kunden - jedenfalls im unternehmerischen Verkehr - ausreichend gerecht.

33 Vor dem Hintergrund, dass die Klägerin in aller Regel den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit und ganz überwiegenden Teil der von ihr geschuldeten Leistung am Beginn der Vertragslaufzeit erbringt und demgegenüber auf die noch verbleibenden, in der nachfolgenden Vertragslaufzeit anstehenden Leistungen kein größerer Aufwand entfällt, ist es nicht unangemessen, wenn der Kunde (etwa) ein Drittel der von ihm zu zahlenden Gesamtvergütung (Werklohn) im Voraus zu entrichten hat. Diese Vorleistung, die zudem erst 30 Tage nach Vertragsabschluss fällig wird, belastet den Kunden vor allem deshalb nicht unverhältnismäßig, weil der Anteil des für das erste Jahr der Vertragslaufzeit im Voraus zu zahlenden Entgelts an der vereinbarten Gesamtvergütung deutlich hinter dem Anteil am Gesamtaufwand zurückbleibt, den die Klägerin zur Erfüllung ihrer Leistungspflichten in diesem Zeitraum aufzubringen hat. Unter dem Blickwinkel dieser vergleichenden Betrachtung stellt die Zahlungsregelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 der AGB keine einseitige, unangemessene Benachteiligung des Kunden dar.

34 Hinzu tritt, dass die Vorauszahlung etwa eines Drittels der vereinbarten Gesamtvergütung die Druckmittel des Kunden für die Durchsetzung seines Anspruchs auf vertragsgerechte Erfüllung (ohne Erfordernis einer Prozessführung) nur in einem verhältnismäßig geringen Umfang beeinträchtigt. Leistet die Klägerin im ersten Vertragsjahr nicht oder nicht wie vereinbart, so kann der Kunde die für die beiden Folgejahre geschuldeten Entgeltbeträge zurückbehalten und Erfüllungs- oder Gewährleistungsansprüche geltend machen und den (Werk-)Vertrag gegebenenfalls auch kündigen. Um den Anspruch auf den auf das zweite und dritte Vertragsjahr entfallenden Entgeltanteil - insgesamt also (etwa) zwei Drittel der vereinbarten Gesamtvergütung - nicht zu verlieren, wird die Klägerin bestrebt sein, das Schwergewicht der von ihr geschuldeten Leistung - nämlich die Erstellung und Einrichtung der Website sowie die Gewährleistung der Abrufbarkeit dieser Website im Internet - rechtzeitig und ordnungsgemäß zu erbringen und ihren Kunden auf diese Weise zufriedener zu stellen. Geben die Leistungen der Klägerin - erst - im Verlauf des zweiten Vertragsjahres berechtigten Anlass für Beanstandungen des Kunden, so kann dieser mit der Einbehaltung des für das dritte Vertragsjahr zu zahlenden letzten Entgeltanteils immer noch einen wirkungsvollen Druck auf die Klägerin ausüben und sie hierdurch zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Pflichten anhalten. Erst mit der Zahlung des zu Beginn des dritten Vertragsjahres zu entrichtenden Entgeltbetrages verliert der Kunde das Druckmittel der Einrede des nicht erfüllten Vertrages. Zu diesem Zeitpunkt aber hat die Klägerin den für die von ihr geschuldete Vertragserfüllung erforderlichen Gesamtaufwand regelmäßig schon nahezu vollständig erbracht.

35 2. Demnach durfte das Berufungsgericht die Klage nicht mit der Begründung abweisen, § 1 Abs. 1 Satz 2 der AGB sei unwirksam. Da wegen der weiteren gegen die Entgeltforderung der Klägerin vorgebrachten Einwände des Beklagten (keine vertragsgerechte Leistung der Klägerin; Kündigung des Vertrags) noch ergänzende Feststellungen erforderlich sind, ist der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif, so dass die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 12 UWG; §§ 683, 677, 670 BGB**  
**Wettbewerb; Abmahnung durch einen**  
**Wettbewerbsverband; Kosten der zweiten Abmahnung**  
**durch einen Rechtsanwalt; Kräutertee**

**Ein Wettbewerbsverband, der den Schuldner nach einer selbst ausgesprochenen, ohne Reaktion gebliebenen ersten Abmahnung ein zweites Mal von einem Rechtsanwalt abmahnen lässt, kann die Kosten dieser zweiten Abmahnung nicht erstattet verlangen (Abgrenzung von BGHZ 52, 393, 400 – Fotowettbewerb).**

(BGH, Urteil vom 21. 1. 2010 – I ZR 47/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist der Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln. Er mahnte die Beklagte mit Schreiben vom 31. Juli 2007 wegen einer wettbewerbswidrigen Werbung für Kräutertee ab, ohne dass hierauf eine Reaktion erfolgte. Auch eine zweite, nunmehr von den Rechtsanwälten des Klägers ausgesprochene Abmahnung blieb ohne Reaktion. Daraufhin nahm der Kläger die Beklagte gerichtlich auf Unterlassung in Anspruch. Zugleich verlangte er für die eigene Abmahnung einen Pauschalbetrag von 181,13 € sowie die Erstattung der durch die zweite Abmahnung entstandenen Anwaltskosten in Höhe von 899,14 €. Nachdem die Beklagte eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hatte, haben die Parteien den Rechtsstreit insoweit in der Hauptsache für erledigt erklärt.

2 Das Landgericht Hamburg hat die Beklagte zur Zahlung der Kostenpauschale für die erste Abmahnung verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben (OLG Hamburg WRP 2009, 1569).

3 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Zahlungsantrag in Höhe von 899,14 € weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat dem Kläger keinen Anspruch auf Kostenerstattung für die zweite, von seinen Anwälten ausgesprochene Abmahnung zugebilligt. Zur Begründung hat es ausgeführt:

5 Berechtigt im Sinne von § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG sei lediglich die erste Abmahnung. Zwar habe auch der zweiten Abmahnung ein Unterlassungsanspruch des Klägers zugrunde gelegen, so dass es sich um eine begründete Abmahnung gehandelt habe. Berechtigt sei eine Abmahnung aber nur, wenn sie erforderlich sei, um dem Schuldner einen Weg zu weisen, den Gläubiger ohne Inanspruchnahme der Gerichte klaglos zu stellen. Ob Aufwendungen erforderlich seien, richte sich nach den Verhältnissen des Gläubigers. Nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG anspruchsberechtigte Wettbewerbsvereine wie der Kläger müssten in der Lage sein, durchschnittlich schwierige Abmahnungen selbst auszusprechen. Neben der Erstattung der Kosten dieser Abmahnung, die dem Kläger vom Landgericht zugesprochen worden seien, sei für die Erstattung der Kosten einer weiteren, nunmehr anwaltlichen Abmahnung kein Raum. Der Umstand, dass sich die im gerichtlichen Verfahren entstandenen Anwaltskosten des Klägers infolge der hälftigen Anrechnung der vorgerichtlich entstandenen Geschäftsgebühr auf die Verfahrensgebühr verringert hätten, ändere daran nichts.

6 Ein Anspruch auf Erstattung der Kosten der anwaltlichen Abmahnung ergebe sich auch nicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag. Es entspreche nicht dem Interesse und mutmaßlichen Willen des Schuldners, zweimal auf denselben Rechtsverstoß hingewiesen zu werden.

7 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg. Mit Recht hat das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers auf Erstattung der Kosten der zweiten, anwaltlichen Abmahnung verneint.

8 1. Der geltend gemachte Anspruch ergibt sich nicht aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Mit Recht hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, dass es Sinn der vorgerichtlichen Abmahnung nach § 12 Abs. 1 Satz 1 UWG ist, dem Schuldner Gelegenheit zu geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungserklärung beizulegen (BGH, Urt. v. 7. 10. 2009 – I ZR 216/07 Tz. 9 [= GuT 2010, 49] – Schubladenverfügung). Die Abmahnung soll dem Schuldner den Weg weisen, wie er den Gläubiger klaglos stellen kann, ohne dass die Kosten eines Gerichtsverfahrens anfallen (vgl. BGHZ 149, 371, 374 – Missbräuchliche Mehrfachabmahnung). Nur wenn die Abmahnung diese Funktion erfüllt, handelt es sich um eine berechnete Abmahnung im Sinne von § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 12 Rdn. 1. 80 f.). Denn der gesetzliche Kostenerstattungsanspruch rechtfertigt sich daraus, dass die Abmahnung auch im Interesse des Schuldners liegt. Hat der Gläubiger den Schuldner bereits auf die Möglichkeit der Streitbeilegung durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung hingewiesen, kann eine zweite Abmahnung diese Aufgabe nicht mehr erfüllen.

9 Allerdings hat der Senat in der Entscheidung „Fotowettbewerb“ eine zweite (anwaltliche) Abmahnung als notwendige Folge einer ohne Reaktion gebliebenen ersten Abmahnung eines Wettbewerbsverbandes angesehen und dem dort klagenden Verband einen Anspruch auf Erstattung dieser Kosten unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag zugebilligt (BGHZ 52, 393, 400; so auch OLG Köln, Urt. v. 30. 3. 2007 – 6 U 207/06, juris Tz. 11; OLG Brandenburg WPM 2008, 418; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13. 11. 2008 – 29 U 3592/08; OLG München, Urt. v. 16. 12. 2008 – 20 U 36/08; a.A. OLG Hamm, Urt. v. 17. 1. 2008 – 4 U 159/07, juris Tz. 24; vgl. ferner MünchKomm. UWG/Ottofölling, § 12 Rdn. 164; Hess in Ullmann, jurisPK-UWG, 2. Aufl., § 12 Rdn. 39). Mit Recht hat das Berufungsgericht aber darauf hingewiesen, dass diese aus dem Jahre 1969 stammende Entscheidung, mit der erstmals ein Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten aus Geschäftsführung ohne Auftrag begründet worden ist, am Anfang einer umfangreichen Rechtsprechung steht, bei der es nicht zuletzt darum geht, eine missbräuchliche Geltendmachung des Kostenerstattungsanspruchs sowie eine unbillige Belastung des Schuldners mit Kosten zu vermeiden, die zur Erreichung des Ziels einer Streitbeilegung ohne Inanspruchnahme der Gerichte nicht erforderlich sind (vgl. nur BGHZ 149, 371, 374 f. – Missbräuchliche Mehrfachabmahnung). So hat der Senat – ebenfalls noch zum Kostenerstattungsanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag – darauf hingewiesen, dass ein Kostenerstattungsanspruch im Allgemeinen nur hinsichtlich der ersten Abmahnung in Betracht kommt, weil nur die erste Abmahnung dem Interesse und mutmaßlichen Willen des Schuldners entspricht (BGHZ 149, 371, 375 – Missbräuchliche Mehrfachabmahnung). Auch der Grundsatz, dass ein Verband nach § 8 Abs. 3 Nr. 2

UWG grundsätzlich in der Lage sein muss, typische und durchschnittlich schwer zu verfolgende Wettbewerbsverstöße auch ohne anwaltlichen Rat zu erkennen und abzumahnern (st. Rspr., vgl. nur BGHZ 126, 145, 147 – Verbandsausstattung II), dient dazu, den Anreiz einer durch Kosteninteressen begründeten Abmahnertätigkeit eines mit einem Verband zusammenarbeitenden Rechtsanwalts von vornherein zu unterbinden. Dabei spielt es keine Rolle, dass im Streitfall nichts dafür spricht, dass mit der zweiten (anwaltlichen) Abmahnung derartige Kosteninteressen verfolgt worden wären.

10 2. Der Anspruch auf Erstattung der Kosten der zweiten Abmahnung ergibt sich auch nicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 Satz 1, §§ 677, 670 BGB). Wie bereits dargelegt, entsprach die zweite Abmahnung nicht dem Interesse und mutmaßlichen Willen der Beklagten, die bereits durch die erste Abmahnung auf den Wettbewerbsverstoß und auf die Möglichkeit der Streitbeilegung durch eine strafbewehrte Unterlassungserklärung hingewiesen worden war.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

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

### **§ 809 BGB; § 140c PatG – Wettbewerb; Geheimhaltungsinteresse an Geschäftsgeheimnissen; Einsicht in das Gutachten des selbständigen Beweisverfahrens; Patentverletzung; Lichtbogenschürung**

Ist über den Vorwurf der Patentverletzung im selbständigen Beweisverfahren ein Sachverständigengutachten erstellt worden, können möglicherweise berührte Geheimhaltungsinteressen des vermeintlichen Verletzers in aller Regel in der Weise gewahrt werden, dass der Schutzrechtsinhaber die Einsicht in das Gutachten (zunächst) auf namentlich benannte rechts- bzw. patentanwaltliche Vertreter beschränkt und diese insoweit umfassend zur Verschwiegenheit verpflichtet werden.

Zur Einsicht durch den Schutzrechtsinhaber persönlich darf ein solches Gutachten nicht freigegeben werden, bevor der vermeintliche Schutzrechtsverletzer Gelegenheit hatte, seine Geheimhaltungsinteressen geltend zu machen. Er hat insoweit im Einzelnen darzulegen, welche Informationen im Gutachten Geheimhaltungswürdiges, namentlich Geschäftsgeheimnisse, offenbaren und welche Nachteile ihm aus der Offenbarung drohen.

(BGH, Beschluss vom 16. 11. 2009 – X ZB 37/08)

**Hinw. d. Red.:** Zum verfassungsrechtlichen Schutz von Betriebsgeheimnissen im gerichtlichen Verfahren vgl. BVerfG PM GuT 2006, 174. Vgl. weiter BGH X ZR 117/04 GuT 2007, 100 KL; BGH III ZR 148/06 GuT 2007, 235 KL; BGH KRB 59/07 GuT 2007, 399; BGH I ZR 71/05 GuT 2008, 461 KL; BGH IX ZB 138/07 GuT 2008, 453 KL; BGH I ZB 118/07 GuT 2009, 346 KL; BGH I ZR 56/07 GuT 2009, 340; BGH VI ZR 287/08 GuT 2009, 329 KL.

### **§ 4 UWG; § 57a StBerG; § 10 BOSTb – Wettbewerb; Werbeschreiben eines Steuerberaters; Herabsetzung der Leistung von Wettbewerbern; EKW-Steuerberater**

a) Mittel der Aufmerksamkeitswerbung sind einem Steuerberater in einem Werbeschreiben, das insgesamt sachlicher Unterrichtung über die berufliche Tätigkeit dient, nur dann verboten, wenn sie Gemeinwohlbelange beeinträchtigen.

b) Es überschreitet den berufsrechtlich zulässigen Rahmen sachbezogener Werbung und verstößt gegen § 4 Nr. 11 UWG i. V. mit § 57a StBerG, wenn in der Werbung eines Steuerberaters die Preiswürdigkeit und die fachliche Qualität der Leistung von Wettbewerbern in unlauterer Weise pauschal herabgesetzt werden.

(BGH, Urteil vom 29. 7. 2009 – I ZR 77/07)

#### **Korrekturhinweis:**

BGH, Beschluss vom 25. 2. 2010 – I ZR 216/07:

„Das Urteil vom 7. Oktober 2009 [GuT 2010, 49] wird gemäß § 319 Abs. 1 ZPO in der Weise berichtigt, dass es in Textziffer 13 statt „aus § 683 Satz 1, §§ 677, 667 BGB“ „aus § 683 Satz 1, §§ 677, 670 BGB“ heißt.“

Entsprechend verändert ist die Paragraphenkette über dem Leitsatz zu lesen, Red.

# Besteuerung

## Steuern – Umschau März 2010

*RiFG i.R. Karl-Christian Callsen, Erfstadt-Liblar*

### Grundstückshandel bei eingebrachtem Grundstück in Personengesellschaft?

Der Kläger (KI) hat im Streitjahr 2002 insgesamt 12 Grundstücke aus seinem Privatvermögen in das Vermögen einer KG, an der er bereits mehrheitlich beteiligt ist, jeweils zum Verkehrswert gegen Gewährung weiterer Gesellschaftsrechte eingelegt. Zuvor hatte der KI zwei weitere von ihm am 1. 11. 2001 angeschaffte und ein am 1. 8. 1998 angeschafftes Grundstück auch jeweils zum Verkehrswert eingelegt. Dies führte beim KI zu einem Veräußerungsgewinn von 3.159.231,20 EUR. Durch die Grundstückseinlagen erhöhte sich die Beteiligung des KI an der KG, an der noch seine Ehefrau beteiligt war, auf 90%. Gegenstand der KG ist die Verwaltung eigenen Grundbesitzes und grundstücksgleicher Rechte.

Der KI gab für 2003 nach Veräußerung von zwei Immobilien eine Gewerbesteuererklärung für einen gewerblichen Grundstückshandel ab. Nach Durchführung einer Außenprüfung für die Jahre 2000 bis 2002 vertrat das FA die Auffassung, dass auch bei Einbringung eines Grundstücks in eine Personengesellschaft durch einen mehrheitlich beteiligten Gesellschafter gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten eine Grundstücksveräußerung i.S. eines gewerblichen Grundstückshandels gegeben sei. Mit den Einbringungen von 1 Grundstück in 1998, 2 weiteren in 2001 und insbes. 12 in 2002 sei die Drei-Objekt-Grenze überschritten. Dementsprechend setzte es einen Gewerbesteuermessbetrag von 6.425,00 EUR mit Bescheid vom 17. 9. 2007 fest. Der KI trug im Einspruchsverfahren vor, er habe in 2002 noch keinen Grundstückshandel begonnen, weil er sich nicht am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr beteiligt habe. Er habe die Grundstücke in „seiner“ Personengesellschaft eingebracht und niemandem gegenüber eine Verkaufsabsicht kundgetan. Über das Schicksal der Grundstücke habe nur er entscheiden können. Das FG Hamburg folgte der Auffassung des FA mit Urteil vom 27. 5. 2009 (rkr., EFG 2009, 1934).

Die Einbringungen der Grundstücke in 1998 und 2001 sind zusammen mit den Einbringungen in 2002 Grundstücksveräußerungen i.S.d. Drei-Objekt-Grenze. Denn auch die Einbringung von Grundstücken ist eine selbständige, nachhaltige Tätigkeit mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, die sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt und nicht mehr der privaten Vermögensverwaltung zuzurechnen ist.

Das Urteil des FG muss den KI überzeugt haben, weil er es rkr. werden ließ. Es zeigt aber wieder einmal mehr, dass eine vorherige, kompetente steuerliche Beratung derartig gravierende steuerliche Nachteile vermieden hätte.

### Zwischenmieter ohne typisierte Einkünfteerzielungsabsicht?

Die seit 1. 1. 1999 gegründete GbRmbH (= Klägerin = KI) betreibt die Verwaltung und Vermietung eines näher bezeichneten Grundstücks. Beteiligt sind an ihr die Rechtsanwälte A mit 70%, B mit 25% und C mit 5%. Eigentümer jenes Grundstücks sind seit Januar 1996 - bei Anschaffungskosten von 300.000,00 DM und 1.820 qm - der A mit 50%, der B und C mit jeweils 25%. Es ist bebaut mit einer in 1927 bis 1945 errichteten Werkhalle von 900 qm sowie einem viergeschossigen Büro- und Verwaltungsgebäude. Die Eigentümer überließen das seit 1995 leerstehende Anwesen der KI mit Nutzungsüberlassungsvertrag zur weiteren Vermietung und Verpachtung am 2. 1. 1099 für mtl. 2.500,00 DM, die in etwa der Belastung der Eigentümer mit

Zinsen und anderen Ausgaben entsprachen. Die Eigentümer boten ab Januar 2000 bis Juni 2001 das Objekt zur Vermietung und zum Verkauf an.

Die KI verpachtete das Objekt teilweise ab 15. 3. 2004 bis 31. 5. 2005 für 0,00 EUR wegen der Reparaturbedürftigkeit und danach für 4 Jahre für 250,00 EUR / mtl. Ein weiterer Teil des Objekts wurde ebenfalls ab August 2004 für 2 Jahre zu 0,00 EUR, danach für mtl. 200,00 EUR verpachtet. Die KI erklärte für die Streitjahre 1999 bis 2005 jeweils negative Einkünfte aus V+V von insges. 108.448,00 EUR. Das FA setzte jedoch mit geänderten Feststellungsbescheiden die Einkünfte der KI für die Streitjahre mit jeweils 0,00 EUR fest. Nach ablehnender Einspruchsentscheidung wies auch das FG Nürnberg mit Urteil vom 2. 6. 2009 (in Steuer-Telex 2009, 790; Nichtzulassungsbeschwerde zum BFH unter IX B 159/09) die Klage ab.

Ist der Vermieter nicht Eigentümer, sondern nur Zwischenmieter und damit nicht berechtigt, AfA geltend zu machen, dann gilt die typisierende Annahme der Einkünfteerzielungsabsicht nicht. Wie bei der Verpachtung von unbebautem Grundbesitz ist auch bei einer Zwischenvermietung nicht davon auszugehen, dass die Vermietungstätigkeit bereits strukturell defizitär ist. Gilt diese typisierende Annahme nicht, hat der Stpfl. anhand einer Prognose darzulegen, dass er in der Lage ist, auf Dauer gesehen nachhaltig Überschüsse zu erzielen bzw. die verfallenen Gebäude umzugestalten. Dies konnte die KI hier nicht.

### Erstes BFH-Urteil zu anschaffungsnahem Aufwand und Schönheitsreparaturen

Der Kläger (KI) erwarb im Streitjahr 2004 ein Grundstück, bebaut mit einem in 1935 errichteten, nach dem Krieg in 1955 wieder aufgebauten, voll funktionsfähigen, vermieteten Zweifamilienhaus für 195.000,- EUR zuzüglich Anschaffungsnebenkosten (205.263,- EUR). Im Streitjahr führte der KI Modernisierungs- und Instandsetzungsarbeiten durch. Er tauschte einzelne Fenster, Fensterbänke und Rolladenkästen aus, setzte neue Zargen und Türen ein, verlegte in mehreren Zimmern Laminat, schlug Wand- und Bodenfliesen in Küchen und Bädern ab und brachte neue Fliesen an, entfernte Holzdecken und installierte Rigipsplatten, verputzte Wände und tapezierte sie neu, versah Decken mit Rauhputz und strich sie neu, tauschte Badewanne, Toilettenschüssel und Waschbecken aus und erneuerte vergilbte Steckdosen. Die hierfür vom KI als Werbungskosten bei seinen im Streitjahr erzielten Einkünften aus V+V geltend gemachten Aufwendungen von 31.462,- EUR erkannte das FA nicht als Erhaltungsaufwand an, sondern berücksichtigte sie als anschaffungsnahen Herstellungskosten i.S. von § 6 Abs. 1 Nr. 1a EStG nur mit 2%. Nach erfolglosem Einspruchsverfahren wies auch das FG Baden-Württemberg mit Urteil vom 14. 4. 2008 (EFG 2008, 1541) die Klage ab. Jährlich üblicherweise anfallende Erhaltungsarbeiten, zu denen insbesondere Schönheitsreparaturen zählen, sind zwar gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1a Satz 2 EStG auszunehmen von den anschaffungsnahen Herstellungskosten. Hier stehen jedoch auch diese in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem anschaffungsnahen Aufwand.

Auch der BFH kam mit Urteil vom 25. 8. 2009 (DB 2009, 2638) dazu, Schönheitsreparaturen im Streitfall nicht isoliert zu behandeln und damit gfls. auch die übrigen Aufwendungen, sofern sie unter der 15%-Grenze (Aufwand netto innerhalb von 3 Jahren nach Anschaffung unter 15% der Gebäudeanschaffungskosten) blieben, in voller Höhe als sofort abzugsfähig WK zu behandeln. Schönheitsreparaturen beseitigen Mängel, die durch vertragsmäßigen Gebrauch entstanden sind. Darunter fallen nur das Tapezieren, Anstreichen oder Kalken der Wände und Decken, das Streichen der Fußböden, Heizkörper einschließlich Heizrohre, der Innentüren sowie der Fenster und Außentüren von innen. Diese Schönheitsreparaturen können je-

doch nicht isoliert gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1a Satz 2 EStG beurteilt werden, wenn auch sie im Rahmen einer umfassenden Instandsetzung und Modernisierung wie hier angefallen sind. Sie sind dann auch als anschaffungsnahe Herstellungskosten i.S.v. § 6 Abs. 1 Nr. 1a Satz 1 EStG zu behandeln, wenn sie in engem räumlichen, zeitlichen und sachlichen Zusammenhang zueinander stehen und eine einheitliche Baumaßnahme bilden.

Jeder Stpfl., der ein Haus oder eine Wohnung kauft, sollte wissen, dass umfangreiche Reparaturen etc. erst 3 Jahre nach Kauf, d.i. ab Besitzübergang, durchgeführt werden sollten. Erst dann gilt der unbegrenzte Sofortabzug für jegliche Reparaturen.

### **Vergnügungssteuer für Begleitservice und sexuelle Dienstleistungen?**

Die in 1948 geborene Klägerin (Kl) wendet sich gegen die Heranziehung zur Vergnügungssteuer für sexuelle Handlungen. Sie bot nach eigenen Angaben gelegentlich Begleitserviceleistungen und Massagen außerhalb ihrer Wohnung an. Nach Ermittlungen der Bekl, der Stadt H, soll unter der Wohnungsanschrift der Kl im Internet für einen Club geworben worden sein. Mit Bescheid vom 18. 7. 2003 setzte die Bekl gegen die Kl eine Vergnügungssteuer von 10.220,- EUR für das Jahr 2003 fest. Er ging dabei von einer Raumgröße von 50 qm und einem Steuersatz von 5,60 EUR je angefangene 10 qm aus. Die Steuererhebung erfolgte nach der Vergnügungssteuersatzung (VSS) der Bekl vom 19. 12. 2002. Nach § 1 VSS unterliegen im Gebiet der Bekl aufgeführte Vergnügungen (Veranstaltungen) der Besteuerung. Unter § 1 S. 1 Nr. 4 VSS sind aufgeführt sexuelle Vergnügungen jeder Art in Bars, Bordellen, Swinger-Clubs oder ähnlichen Einrichtungen. Nach § 8 VSS wird in diesem Fall eine Pauschsteuer nach der Größe des benutzten Raums erhoben, und zwar je Tag und je angefangene 10 qm Veranstaltungsfläche 10,00 EUR.

Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhob die Kl Klage zum VG. Letzteres fragte beim Innen- und Finanzministerium an, ob die Satzung ministeriell genehmigt worden sei. Nach § 2 Abs. 2 KAG NW nämlich bedarf eine Satzung, mit der eine im Land nicht erhobene Steuer erstmalig oder erneut eingeführt wird, zur Wirksamkeit deren Genehmigung. Da diese Genehmigung fehlte, hatte die Klage beim VG Erfolg.

Auch die Berufung der Bekl zum OVG Münster blieb erfolglos (Urteil vom 18. 6. 2009 in NJW 2010, 102). Nach Aufhebung des Vergnügungssteuergesetzes in NRW durch Gesetz vom 26. 11. 2002 konnte jede Gemeinde selbst entscheiden über die Erhebung einer Vergnügungssteuer. Angesichts der Vielfalt subjektiven Empfindens dessen, was als Vergnügung betrachtet werden kann (vgl. das Sprichwort: Was dem einen seine Eule, ist dem anderen seine Nachtigall), wären einer Besteuerung kaum Grenzen gesetzt. Deshalb hat der Landesgesetzgeber eine Satzungsprüfung den beiden Ministerien übertragen. Im Kern handelt es sich hier um die Besteuerung des Aufwands für die Inanspruchnahme geschlechtsbezogener Handlungen und sexueller Dienstleistungen, also von Prostitution. Die Besteuerung sexueller Vergnügungen wird in der Öffentlichkeit denn auch nicht als Unterfall der Vergnügungssteuer wahrgenommen (Tagesspiegel v. 19. 12. 2007: „Köln stößt sich an Sex-Steuer gesund“). Nach § 1 Nr. 4 VSS, deren Wirksamkeit unterstellt, unterliegen sexuelle Vergnügungen jeder Art in Bars, Bordellen, Swingerclubs oder ähnlichen Einrichtungen der Besteuerung. Die Kl hat jedoch wiederholt vorgetragen, sie habe gelegentlichen Begleitservice angeboten und hierbei außerhalb ihrer Wohnung sexuelle Dienstleistungen erbracht. Selbst wenn es, wie von der Bekl behauptet, auch in ihrer Wohnung zu sexuellen Vergnügungen gekommen sei, erfüllt dies nicht den Steuertatbestand. Eine ihrem eigentlichen Zweck entsprechend genutzte Wohnung ist keine Einrichtung, die Bars, Bordellen oder Swingerclubs ähnelt. Wohnungsprostitution, wie sie etwa in der Vergnügungssteuersatzung der Stadt Köln geregelt ist, wird von der VSS nicht erfasst.

### **Vom Vorbehaltsnießbraucher vertraglich übernommener Reparaturaufwand**

Die Kläger sind Eheleute. Der Kläger (Kl) erzielte in den Streitjahren 1998 bis 2000 Einkünfte aus einem landwirtschaftlichen Betrieb. Das Eigentum an dem Hof hatte er 1995 unter Nießbrauchsvorbehalt auf seinen Sohn übertragen. Dieser konnte vom Vater unter bestimmten Voraussetzungen dessen Verzicht auf den Nießbrauch verlangen. Ab 1. 7. 2000 übte der Kl dementsprechend den Nießbrauch nicht mehr aus, und bewirtschaftete der Sohn den Hof. Zum landwirtschaftlichen Betriebsvermögen gehört u. a. ein sog. Melkerhaus. Wegen erheblichen Reparaturbedarfs hatten seinerzeit der Kl und sein Sohn mündlich vereinbart, dass der Kl das Haus reparieren lassen sollte und ihm kein Ersatzanspruch gem. § 1049 BGB zustehen sollte. Für die Reparatur wendete der Kl insgesamt 301.453,- DM auf, wovon 256.356,- DM auf das Wirtschaftsjahr 1998/1999 und 45.097,- DM auf 1999/2000 entfielen. Das Haus war bis April 1997 an fremde Dritte vermietet, der Sohn mietete es mit seiner Ehefrau von Juli 1999 bis Mai 2000, und ab August 2000 vermietete der Sohn es an fremde Dritte.

Nach einer Außenprüfung kam das FA zu der Auffassung, dass der Reparaturaufwand zwar Erhaltungsaufwand sei, aber eine nach § 12 Nr. 2 EStG nicht abziehbare Zuwendung an den Sohn darstelle. Auch das FG Münster wies mit Urteil vom 4. 5. 2006 (EFG 2007, 1418) die Klage ab. Wenn der Vater als Nießbraucher auf jeden Aufwandsersatz verzichte, sei dies eine Zuwendung an den Sohn. Die Revision der Kl zum BFH hatte vollen Erfolg. Mit Urteil vom 24. 6. 2009 (BFH/NV 2010, 20) erkannte er den Erhaltungsaufwand als Betriebsausgaben beim Gewinn des Kl aus Land- und Forstwirtschaft an.

Der Kl hatte sich als Nießbraucher zur Übernahme auch von außergewöhnlichen Unterhaltungsmaßnahmen ohne Ersatzanspruch vertraglich verpflichtet. Trägt der Vorbehaltsnießbraucher Aufwendungen auf Wirtschaftsgüter, die er weiterhin betrieblich nutzt, handelt es sich deshalb um Betriebsausgaben und nicht um nach § 12 Nr. 2 EStG nicht abziehbare Zuwendungen. Der vertraglich vereinbarte Wegfall eines Ersatzanspruchs ändert daran nichts.

Der BFH hielt der Vorinstanz vor, die einschlägige Rechtsprechung nicht richtig verstanden zu haben. Die Kl hatten deshalb erst beim BFH vollen Erfolg mit ihrer Klage.

### **Erhöhte Steuerermäßigung für Renovierung gem. § 35a EStG erst ab 2009**

Der 10. Senat des FG Münster entschied mit Beschluss betr. Vollziehungsaussetzung vom 11. 12. 2009 (10 V 4132/09 E in DB 2010 vom 22. 1. 2010, M12), dass der von 600,- EUR auf 1.200,- EUR heraufgesetzte Ermäßigungshöchstbetrag erst ab 2009 gelte. Im Streitfall hatte ein Ehepaar (Antragsteller = Ast) in 2008 von Handwerkern Renovierungen durchführen lassen. Von den hierfür in 2008 gezahlten Beträgen entfielen 4.120,- EUR auf Handwerkerlöhne. In ihrer EStE 2008 machten die Ast eine Steuerermäßigung von 824,- EUR (20%) gem. § 35a EStG geltend. Sie seien der Auffassung, die gesetzliche Neuregelung sei ein Tag nach der Verkündung am 30. 12. 2008 in Kraft getreten. Das FA gewährte jedoch nur eine Steuerermäßigung von 600,- EUR. Dem folgte auch das FG Münster. Die gesetzliche Neuregelung sei zwar in Bezug auf den Zeitpunkt der erstmaligen Anwendung des aufgestockten Höchstbetrags bereits in sich widersprüchlich und daher auszulegen. Insbesondere aus der Begründung des Gesetzes ergebe sich aber, dass die Aufstockung des Höchstbetrags erst ab dem Jahr 2009 gelte.

Die Ast hätten die Rechnung lt. Vereinbarung mit dem Handwerker nur mit einem Teilbetrag von 3.000,- EUR in 2008 überweisen sollen, den Restbetrag Anfang 2009. Maßgebend ist gem. § 11 Abs. 2 EStG das Jahr der Zahlung.

### **Abzug von Werbungskosten bei Einkünften aus Kapitalvermögen**

Ab dem 1. 1. 2009 ist als Werbungskosten grundsätzlich nur noch der Sparer-Pauschbetrag von € 801,- zu berücksichtigen;

der Abzug tatsächlicher WK ist ausgeschlossen (§ 20 Abs. 9 EStG). Regelmäßig wiederkehrende Aufwendungen für Konto- und Depotführung werden i.d.R. kurz nach Beendigung des sie betreffenden Kalenderjahres geleistet. Nach § 11 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 EStG sind diese Ausgaben dann für das betreffende Jahr abzusetzen.

Teilweise wurde die Empfehlung gegeben, bestehende Kredite für Kapitalanlagen z. B. auf Vermietungsobjekte umzuschulden, um auch zukünftig eine steuerliche Abzugsfähigkeit der Zinsen zu gewährleisten. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die BFH-Rechtsprechung an die steuerliche Anerkennung der Umschuldung strenge Anforderungen stellt (z. B. BFH-Urteil vom 24. 4. 1997 in BStBl II 1997, 682; BFH-Urteil vom 7. 3. 1995 in BStBl II 1995, 697). So können Stpfl. Finanzierungskosten, die sie bislang bei den Einkünften aus Kapitalvermögen geltend gemacht haben, nur als WK bzw. Betriebsausgaben bei einer anderen Einkunftsart berücksichtigen, wenn die ursprüngliche Darlehnszuordnung eindeutig beendet worden ist. Die Beweislast für die Umwidmung liegt beim Steuerpflichtigen.

**§§ 307, 627 BGB**  
**Steuerberatervertrag; Kündigung des Teilbereichs der Finanz- und Lohnbuchführung; Apotheke**

**Ein einheitlicher Steuerberatervertrag kann nach § 627 BGB gekündigt werden, auch wenn für einen Teilbereich der Tätigkeit dauerhaft feste Bezüge vereinbart sind.**

(BGH, Urteil vom 11. 2. 2010 – IX ZR 114/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger verlangt von der Beklagten, die eine Apotheke betreibt, die Zahlung von weiterem Steuerberaterhonorar für Lohn- und Finanzbuchführung für das Jahr 2007. Er war seit 1980 umfassend als steuerlicher Berater der Beklagten tätig. Mit schriftlichem Vertrag vom 5. Mai 1999 vereinbarte er mit ihr, dass sie für die Finanz- und Lohnbuchführung jährlich eine Pauschale von 29.520 DM und 480 DM Auslagenpauschale, zusammen 30.000 DM zuzüglich Umsatzsteuer zahlt. Der Gesamtbetrag sollte in monatlichen Raten von 2500 DM zuzüglich Umsatzsteuer fällig werden.

2 Hinsichtlich der Geltungsdauer dieser Pauschalvereinbarung wurde bestimmt:

„C. Vertragsdauer, Kündigung

Diese Vereinbarung gilt ab 01.01. 1999 und läuft ein Vertragsjahr, also bis 31. 12. 2000. Sie verlängert sich jeweils um ein weiteres Jahr, wenn sie nicht mit einer Frist von drei Monaten vor Vertragsende schriftlich gekündigt wird. Wird diese Vereinbarung gekündigt ohne dass das Steuerberatungsverhältnis erlischt, so treten an die Stelle dieser Gebührenvereinbarung die allgemeinen Vorschriften der StBGebV (§§ 16 ff) in der jeweils geltenden Fassung.“

3 Eine von ihr behauptete Kündigung vom 4. September 2006 hat die Beklagte nicht bewiesen. Anfang Februar 2007 kündigte sie das Steuerberaterverhältnis fristlos. Der Kläger erbrachte keine Leistungen mehr. Die bis Januar 2007 erbrachten Leistungen auf Finanz- und Lohnbuchführung rechnete er mit 1.957,55 € ab. Da die Beklagte eine Vorschussleistung von 2.800 € erbracht hatte, ergab sich eine Gutschrift von 842,45 €.



Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH  
 Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

Für den Rest des Jahres 2007 lässt sich der Kläger 5 % als ersparte Aufwendungen anrechnen und verlangt aus der pauschalierten Vergütungsabrede noch 17.071,74 €.

4 Das Landgericht Kleve hat der Klage unter Anrechnung der Gutschrift in Höhe von 16.229,35 € stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Zurückweisung der Berufung der Beklagten.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision ist unbegründet. [...]

26 2. c) ee) (2) (2. 1) Die herrschende Meinung in der Rechtsprechung und Literatur vertritt den Standpunkt, dass durch Allgemeine Geschäftsbedingungen das außerordentliche Kündigungsrecht des § 627 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden kann (BGHZ 106, 341, 346; BGH, Urt. v. 5. November 1998 - III ZR 226/97, NJW 1999, 276, 278; v. 9. Juni 2005 - III ZR 436/04, WPM 2005, 1667, 1669; MünchKomm-BGB/Henssler, aaO § 627 Rn. 36, 38; Staudinger/Preis, aaO § 627 Rn. 8; Palandt/Weidenkaff, aaO § 627 Rn. 5; Lingemann in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB 4. Aufl. § 627 Rn. 3; BGB-RGRK/Corts, aaO § 627 Rn. 13), und zwar auch im Verkehr mit Kaufleuten (OLG Koblenz, NJW 1990, 3153, 3154; BB 1993, 2183, 2184 jeweils zum Steuerberater; Münch-Komm-BGB/Henssler, aaO Rn. 38).

27 (2.2) Der Bundesgerichtshof hatte bisher offengelassen, ob und inwieweit Ausnahmen in Betracht kommen können (BGHZ 106, 341, 346; BGH, Urt. v. 9. Juni 2005 aaO). Bei der ganz auf persönliches Vertrauen gestellten Vertragsbeziehung zwischen Steuerberater und Mandanten muss die Freiheit der persönlichen Entschließung eines jeden Teils im weitesten Ausmaß gewahrt werden (BGH, Urt. v. 9. Juni 2005 aaO; OLG Koblenz NJW 1990, 3153, 3154; BB 1993, 2183, 2184). Es mag sein, dass die Kündigungsmöglichkeit des Steuerberatervertrages nach § 627 Abs. 1 BGB in gewissem Umfang eingeschränkt werden kann, wenn der Steuerberater einen überwiegenden Teil seiner Dienstleistungen auf Dauer gegen feste Bezüge zu erbringen hat und dafür Betriebseinrichtungen und Personal in erheblichem Umfang vorhalten muss. Durch die Beschränkung auf lediglich eine Kündigungsmöglichkeit im Jahr erhält jedoch das Interesse des Steuerberaters gegenüber dem Mandanten zu starkes Gewicht, so dass dieser unangemessen benachteiligt wird. Ein derartiger Ausschluss des Kündigungsrechts verstößt gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Denn der Mandant wäre im Extremfall gezwungen, noch fast ein Jahr und drei Monate an dem Steuerberater festzuhalten, obwohl er das Vertrauen in ihn verloren hat. Das benachteiligte den Mandanten unangemessen und ist mit den wesentlichen Grundgedanken des § 627 Abs. 1 BGB jedenfalls dann nicht mehr zu vereinbaren (vgl. OLG Koblenz je aaO), wenn die Umstände, die eine Beschränkung des Kündigungsrechts nach § 627 BGB möglicherweise rechtfertigen könnten, lediglich Teilleistungen des einheitlichen Steuerberatervertrages betreffen (vgl. BGH, Urt. v. 11. Mai 2006 aaO) und die anderen Teilleistungen - wie vom Berufungsgericht festgestellt - erheblich sind.

28 (2.3) Die Annahme der Revision, die Pauschalvereinbarung verstoße nicht gegen § 309 Nr. 9 BGB und damit erst recht nicht gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, bei dem ein geringeres Schutzniveau gelte, trifft nicht zu. Die §§ 308 und 309 BGB finden im Verhältnis zur Beklagten, die gemäß § 14 Abs. 1 BGB Unternehmerin ist, keine Anwendung, § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB.

29 Ob die vereinbarte Kündigungsklausel dem Maßstab des § 309 Nr. 9 BGB standhalten würde, ist entgegen der Auffassung der Revision unerheblich; diese Bestimmung berührt die Kündigungsmöglichkeit nach § 627 BGB - ebenso wie diejenige nach § 626 BGB - ohnehin nicht (vgl. BGH, Urt. v. 9. Juni 2005 aaO; MünchKomm-BGB/Kieninger, aaO § 309 Nr. 9 Rn. 19; Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht 10. Aufl. § 309 Nr. 9 BGB Rn. 18).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Kurzfassungen / Leitsätze (KL)  
Steuerrecht etc.**

**§ 68 StBerG a. F.; § 233a AO – Steuernachzahlung des Kommanditisten; Erwerb, Vermietung, Verpachtung eines Büro- und Geschäftsgebäudes durch die KG; Schadensersatzanspruch gegen steuerlichen Berater; Verjährung**

Hat ein Kommanditist Steuernachzahlungen infolge verringerter Verlustzuweisungen zu verzinsen, beginnt die Verjährung eines Ersatzanspruchs gegen den steuerlichen Berater wegen verspäteten Hinweises auf dieses Risiko mit dem ersten Bescheid, welcher die Verluste der KG in dementsprechend vermindertem Umfang feststellt, selbst wenn es gelingt, durch Vorziehung von Sonderabschreibungen die Gewinnerhöhung in spätere Veranlagungszeiträume zu verschieben und dadurch den Zinsschaden zu mindern.

(BGH, Urteil vom 12. 11. 2009 – IX ZR 218/08)

**§ 823 BGB; § 266a StGB – Nichtabführen von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung im Stadium der Insolvenzreife der GmbH**

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats führt das Nichtabführen von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung im Stadium der Insolvenzreife einer GmbH zu einem Schadensersatzanspruch der Einzugsstelle gegen den Geschäftsführer aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a StGB, wenn dieser an andere Gesellschaftsgläubiger trotz der Insolvenzreife Zahlungen geleistet hat, die nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar waren. In einem solchen Fall konnte sich der Geschäftsführer schon nach der früheren und kann er sich auch nach der neueren Senatsrechtsprechung nicht auf eine Pflichtenkollision berufen (siehe nur Sen.Urt. v. 29. September 2008 – II ZR 162/07, ZIP 2008, 2220 Tz. 6 ff.)

(BGH, Beschluss vom 18. 1. 2010 – II ZA 4/09)

**Hinw. d. Red.:** Vgl. BGH – II ZR 108/05 – GuT 2007, 56 KL.

## Magazin

**Politik und Recht**

**Rede von Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel bei der Trauerfeier für die drei am 2. April 2010 in Kundus gefallenen Bundeswehrsoldaten am 9. April 2010 in Selsingen**

Sehr geehrte, liebe Familie Augustyniak,  
sehr geehrte, liebe Familie Bruns,  
sehr geehrte, liebe Familie Hartert,  
Soldatinnen und Soldaten des Fallschirmjägerbataillons 373,  
sehr geehrte Trauergemeinde,

am letzten Samstag habe ich mit dem afghanischen Präsidenten Karzai telefoniert. Wir haben über drei deutsche und sechs afghanische Soldaten gesprochen. Sie waren wenige Stunden zuvor gestorben. Sie waren gestorben, weil sie Afghanistan zu einem Land ohne Terror und Angst machen wollten. Dabei ließen sie ihr Leben.

Heute nehmen wir Abschied von unseren drei Soldaten, die am Karfreitag in Afghanistan gefallen sind. Wir nehmen Abschied von Martin Augustyniak, Nils Bruns und Robert Hartert.

Ihnen, liebe Angehörige, spreche ich in dieser schweren Stunde mein tief empfundenes Mitgefühl aus. Ich tue dies als Bundeskanzlerin der Bundesrepublik Deutschland im Namen der ganzen Bundesregierung und für die Bürgerinnen und Bürger unseres Landes.

Martin Augustyniak, Nils Bruns und Robert Hartert sind nicht die ersten Toten, die wir beklagen müssen. Aber sie sind die ersten Toten, die wir betrauern, nachdem wir das Umfeld unseres Einsatzes in Afghanistan neu bestimmen mussten. Unser Einsatz in Afghanistan verlangt von uns Politikern, den Tatsachen ins Auge zu sehen und sie klar zu benennen.

Im Völkerrecht nennt man das, was in Afghanistan in weiten Teilen herrscht, einen nicht internationalen bewaffneten Konflikt. Die meisten Soldatinnen und Soldaten nennen es Bürgerkrieg oder einfach nur Krieg. Und ich verstehe das gut. Denn wer auf den Straßen vor sich täglich neue Minen vermuten muss oder wer auf Patrouille immer damit rechnen muss, in einen

Hinterhalt zu geraten oder unter gezieltes Feuer zu kommen, der denkt nicht in juristischen Begrifflichkeiten, der sieht die Welt verständlicher Weise mit anderen Augen.

Ja, es ist wieder und wieder wichtig, dass wir uns klar machen, warum wir junge Frauen und Männer in ein fernes Land schicken, wo ihre Gesundheit an Leib und Seele und ihr Leben immer wieder in Gefahr sind. Die Antwort darauf ist nicht selbstverständlich - und bequem ist sie auch nicht.

Und noch einmal Ja. Es gibt wohl keinen Abgeordneten und auch kein Regierungsmitglied, das nicht schon einmal menschliche Zweifel gehabt hätte, ob dieser Kampfeinsatz in Afghanistan tatsächlich unabweisbar ist. Mir geht es dabei so: Erst, wenn wir auf der einen Seite diese menschlichen Zweifel zulassen, wenn wir ihnen nicht ausweichen, dann können wir auf der anderen Seite die politische Notwendigkeit unseres Einsatzes in Afghanistan auch tatsächlich glaubhaft verantworten.

So kann ich sagen: Ich stehe sehr bewusst hinter dem Einsatz unserer Soldatinnen und Soldaten sowie der Polizisten und zivilen Helfer in Afghanistan, weil er der Sicherheit unseres Landes dient.

Dieser Einsatz in Afghanistan - aber auch das ist wahr - erfordert einen langen Atem. Viele fragen sich, warum wir überhaupt dort sind. Afghanistan ist weit weg von Deutschland, getrennt von uns durch viele Kilometer und fremde Kulturkreise.

Doch was auf dem Spiel steht, ist ganz und gar nicht weit weg. Denn erinnern wir uns an die Umstände, die Deutschland Ende 2001 dazu bewogen haben, deutsche Soldaten im Rahmen des internationalen NATO-Einsatzes nach Afghanistan zu entsenden: Afghanistan soll nie wieder von Al-Qaida-Terroristen und von Talibankämpfern beherrscht werden, die das Land zum Planungs- und Rückzugsraum für die Terroristen des 11. September 2001 und zur Brutstätte weltweiten Terrors gemacht haben.

Die blutigen Anschläge in Madrid und London haben uns schmerzlich vor Augen geführt, dass der Terror auch vor Europa nicht haltmacht. Er nimmt die gesamte freiheitliche Welt ins Visier.

Deshalb galt damals und gilt auch heute: Der Einsatz der Bundeswehr im Rahmen der internationalen Schutztruppe unter Führung der NATO mit insgesamt 42 beteiligten Nationen liegt

auch im dringenden Interesse der Sicherheit unseres eigenen Landes. Unsere Soldaten versehen ihren Dienst und kämpfen in Afghanistan, weil wir verhindern wollen, dass Terroristen uns auch hier in Deutschland treffen.

Dieser Einsatz in Afghanistan ist schwierig. Er ist vor allem weitaus schwieriger, als wir zu Beginn vor gut acht Jahren gedacht haben. Unser Einsatz in Afghanistan wird nicht einen Tag länger dauern als unbedingt erforderlich. Aber wir können uns genauso wenig von heute auf morgen aus unserer politischen Verantwortung für ein stabiles Afghanistan einfach so verabschieden.

Unter meinem Amtsvorgänger begann der Afghanistaneinsatz der Bundeswehr, und zwar mit breiter Unterstützung des Deutschen Bundestages, auch der damaligen Opposition, der ich seinerzeit angehörte. Seitdem gab es manche Fortschritte, aber auch - das sage ich ganz ehrlich - zu viele Rückschläge. Dennoch steht auch heute die große Mehrheit der Abgeordneten des Deutschen Bundestages hinter diesem Einsatz. Darauf können unsere Soldatinnen und Soldaten setzen.

Unter der Verantwortung der jetzigen Bundesregierung wird nun die Übergabe in Verantwortung eingeleitet. Wir können kein Abzugsdatum nennen. Das jetzt zu tun, wäre verantwortungslos. Aber die internationale Gemeinschaft kann und wird die im Januar dieses Jahres beschlossene Übergabe in Verantwortung erfolgreich vollziehen.

Wir wollen in und für Afghanistan ganz konkrete Ziele erreichen: Chancen auf Einkommen und Beschäftigung, den Bau weiterer Straßen, die Ausbildung neuer Lehrer, Schulbesuch für noch mehr Kinder. Dazu erfordert unser Einsatz in Afghanistan Sicherheit. Denn ohne Sicherheit gibt es keinen Wiederaufbau. Und ohne Wiederaufbau wird es keine dauerhafte Sicherheit und Stabilität geben. Beides muss Hand in Hand gehen.

Wir arbeiten deshalb daran, die afghanischen Sicherheitskräfte in die Lage zu versetzen, selbst die Verantwortung für die Sicherheit in ihrem Land zu übernehmen. Dazu haben wir unsere Anstrengungen für die Ausbildung afghanischer Soldaten und Polizisten weiter verstärkt.

Noch aber gibt es vielerorts in Afghanistan genügende Sicherheit nur dank des Einsatzes unserer Soldatinnen und Soldaten. Wenn wir das sagen, dann dürfen wir nie vergessen: Viele Soldatinnen und Soldaten haben bei diesem Einsatz Verletzungen an Körper und Seele davongetragen - darunter auch die am Karfreitag schwer verwundeten Kameraden, die in Koblenz behandelt werden. Auch bei ihnen und ihren Familien sind meine Gedanken in dieser Stunde.

Oft verblasst in der öffentlichen Wahrnehmung das Leid, das der Einsatz bei unseren Soldaten und ihren Familien hinterlässt. Kein Denkmal und keine Feier kann hier unser ganz persönliches Mitgefühl ersetzen.

39 deutsche Soldaten haben seit Beginn unseres Einsatzes ihr Leben in Afghanistan verloren. 20 von ihnen sind durch so genannte Feindeinwirkung und im Kampf gefallen. Jeder Tod beendet nicht nur ihr Leben - das Leben des Sohnes, des Enkels, des Ehemanns, des Vaters, des Bruders, des Lebensgefährten, des Freundes, des Kameraden. Es trifft immer auch gelebte zwischenmenschliche Nähe, Zuneigung, Liebe, Hoffnungen, Träume. Diese Lücken kann niemand schließen, sie bleiben für immer. Genauso für immer aber bleiben die Erinnerungen - die Erinnerungen an gute Zeiten, die miteinander verbracht wurden, an das große oder kleine Glück.

Mir ist erzählt worden, dass Martin Augustyniak, Nils Bruns und Robert Hartert begeisterte Sportler waren: Mountainbiking, Kampf- und Kraftsport, Fußball. Und Sie, liebe Angehörige, haben von der Freundschaft berichtet, die unsere drei Soldaten verband. Sie haben erzählt, mit welcher Begeisterung sie Soldaten waren. Die Erinnerungen bleiben. Die Erinnerungen an das große oder kleine Glück kann niemand nehmen. Sie kön-

nen niemals den Verlust auch nur annähernd ausgleichen, aber sie können helfen. Diesen Trost, liebe Angehörige, wünsche ich Ihnen von Herzen.

Martin Augustyniak, Nils Bruns, Robert Hartert, die in ihrem Einsatz am Karfreitag in Afghanistan für Deutschland ihr Leben verloren haben, haben den höchsten Preis gezahlt, den ein Soldat zahlen kann. Ihnen gebührt unsere und meine tiefe Hochachtung. Ihnen gebührt unser und mein Dank.

Ich verneige mich vor ihnen. Deutschland verneigt sich vor ihnen.

## **Regierungserklärung von Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel zum Einsatz der Bundeswehr in Afghanistan vor dem Deutschen Bundestag am 22. April 2010 in Berlin**

Herr Präsident!  
Meine Damen und Herren!  
Liebe Kolleginnen und Kollegen!

Übermorgen nehmen wir Abschied von vier deutschen Soldaten, die am letzten Donnerstag in Afghanistan gefallen sind. Wir nehmen Abschied von Thomas Broer, Marius Dubnicki, Josef Kronawitter und Jörn Radloff. Schon vor zwei Wochen mussten wir Abschied nehmen von Martin Augustyniak, Nils Bruns und Robert Hartert. Sie waren am Karfreitag in Afghanistan gefallen, ebenso wie sechs afghanische Soldaten.

Sie alle sind gestorben, weil sie Afghanistan zu einem Land ohne Terror und Angst machen wollten. Ich spreche den Angehörigen, den Kameraden und Freunden mein tief empfundenes Mitgefühl aus. Ich tue dies im Namen der ganzen Bundesregierung und der Mitglieder dieses Hohen Hauses und für die Bürgerinnen und Bürger unseres Landes. Auch an die Verwundeten denken wir. Auch bei ihnen sind meine und unsere Gedanken und Sorgen. Wir wünschen ihnen baldige und vollständige Genesung.

Anlässlich des Gelöbnisses von jungen Bundeswehrrekruten am Jahrestag des Stauffenberg-Attentats hat Altbundeskanzler Helmut Schmidt am 20. Juli 2008 vor dem Reichstag gesagt:

„Liebe junge Soldaten! Ihr habt das große Glück ..., einer heute friedfertigen Nation und ihrem ... rechtlich geordneten Staat zu dienen. Ihr müsst wissen: Euer Dienst kann auch Risiken und Gefahren umfassen. Aber ihr könnt euch darauf verlassen: Dieser Staat wird euch nicht missbrauchen.“

Ja, dieser Staat, der im letzten Jahr 60 Jahre alt wurde und der in diesem Jahr 20 Jahre Wiedervereinigung feiern kann, verlangt von seinen Soldatinnen und Soldaten viel, sehr viel, wie wir gerade in diesen Tagen schmerzhaft erfahren müssen. Aber niemals wird er sie missbrauchen. Er stellt sie in den Dienst der freiheitlichen und demokratischen Werte dieses Landes.

Die im Einsatz in Afghanistan gefallenen Soldaten haben wie alle ihre Kameraden, die als Berufssoldaten oder Soldaten auf Zeit tätig sind, einen Eid geleistet, diesen Eid:

„Ich schwöre, der Bundesrepublik Deutschland treu zu dienen und das Recht und die Freiheit des deutschen Volkes tapfer zu verteidigen.“

Ja, die im Einsatz gefallenen Soldaten, derer wir heute gedenken, haben der Bundesrepublik Deutschland treu gedient, indem sie einem Mandat folgten, das der Deutsche Bundestag in den letzten acht Jahren mit unterschiedlichen Mehrheitsverhältnissen auf Antrag von Bundesregierungen in unterschiedlicher Zusammensetzung immer wieder beschlossen hat. Dieses Mandat ist über jeden vernünftigen völkerrechtlichen oder verfassungsrechtlichen Zweifel erhaben. Es ruht auf den Resolutionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen. Es ist unverändert gültig.

Unsere im Einsatz gefallenen Soldaten waren tapfer, weil sie ihren Auftrag, unser Recht und unsere Freiheit zu verteidigen,

in vollem Bewusstsein der Gefahren für Leib und Leben ausgeführt haben. Tapferkeit - das haben zuerst sie und ihre Angehörigen, aber dann auch wir alle schmerzhaft erfahren müssen - ist ohne Verletzbarkeit nicht denkbar.

Jeder einzelne gefallene Soldat verpflichtet deshalb uns alle, sorgsam mit seinem Andenken umzugehen. Unser Entwicklungshilfeminister Dirk Niebel hat die drei Toten Karfreitag zurück nach Deutschland begleitet. Unser Verteidigungsminister Karl-Theodor zu Guttenberg ist unmittelbar nach dem Gefecht der vergangenen Woche zurück nach Masar-i-Scharif geflogen. Ich bin vor zwei Wochen nach Selsingen zur Trauerfeier gefahren, und ich werde am Samstag gemeinsam mit dem Bundesaußenminister und dem Bundesverteidigungsminister in Ingolstadt sein. Wir alle haben das nicht allein als Regierungsmitglieder getan, wir tun es auch - wie viele andere aus diesem Hohen Hause - als Abgeordnete des Deutschen Bundestages. Denn auch als Abgeordnete haben wir diesen Einsatz beschlossen und damit die Verantwortung dafür übernommen, was mit unseren Soldatinnen und Soldaten geschieht. Das, was unsere toten Soldaten für uns getan haben, hat im Mittelpunkt unseres öffentlichen Andenkens zu stehen.

Ich habe es in den letzten Tagen und Wochen häufiger gesagt und wiederhole es heute: Dass die meisten Soldatinnen und Soldaten das, was sie in Afghanistan täglich erleben, Bürgerkrieg oder einfach nur Krieg nennen, das verstehe ich gut. Wer täglich fürchten muss, in einen Hinterhalt zu geraten oder unter gezieltes Feuer zu kommen, der denkt nicht in juristischen Begrifflichkeiten. Wer so etwas erlebt, der fürchtet vielmehr, dass derjenige, der völkerrechtlich korrekt vom nicht internationalen bewaffneten Konflikt spricht, die Situation zu verharmlosen versucht. Deshalb sage ich ganz deutlich: Niemand von uns verharmlost; niemand von uns - ob er im Deutschen Bundestag für oder gegen diesen Einsatz gestimmt hat - verharmlost das Leid, das dieser Einsatz bei unseren Soldaten und ihren Familien, aber auch bei Angehörigen unschuldiger ziviler afghanischer Opfer hinterlässt.

Am 10. Februar dieses Jahres hat Bundesaußenminister Guido Westerwelle für die Bundesregierung vor diesem Hohen Haus erklärt:

„Die Intensität der mit Waffengewalt ausgetragenen Auseinandersetzung mit Aufständischen und deren militärischer Organisation führt uns zu der Bewertung, die Einsatzsituation von ISAF auch im Norden Afghanistans als bewaffneten Konflikt im Sinne des humanitären Völkerrechts zu qualifizieren.“

Das ist das, was landläufig als kriegerische Handlung oder Krieg bezeichnet wird.

Jedem Mitglied dieses Hauses, das sich ernsthaft mit dieser Frage beschäftigt hat - und das unterstelle ich jedem von uns -, war dies vor der Abstimmung über das aktuelle Mandat bewusst. Wir können von unseren Soldaten nicht Tapferkeit erwarten, wenn uns selbst der Mut fehlt, uns zu dem zu bekennen, was wir beschlossen haben.

In einem Interview, das am letzten Sonntag in der Frankfurter Allgemeinen Sonntagszeitung erschienen ist, hat Hauptfeldwebel Daniel Seibert minutiös ein Gefecht beschrieben, in das er am 4. Juni des letzten Jahres geriet. Auf die Frage, ob er selbst in diesem Gefecht geschossen und einen Menschen getötet hat, antwortet er:

„Ich habe ihn erschossen. Er oder ich, darum ging es in diesem Fall.“

Daniel Seiberts Handeln während des Gefechts war es zu verdanken, dass ein Spähtrupp aus einem Hinterhalt der Taliban befreit werden konnte. Hauptfeldwebel Seibert wurde für Tapferkeit ausgezeichnet. Das bedeutet ihm, wie er in dem Interview weiter ausführt, nicht viel. Wichtiger seien ihm Anerkennung und Respekt für die Härte seines Einsatzes, Anerkennung und Respekt von uns allen, von allen Bürgerinnen und Bürgern,

Respekt für ihn und alle Soldaten, die in Extremsituationen ihres Lebens kommen, die wir uns in Deutschland kaum oder gar nicht vorstellen können.

Anlässlich der Verleihung des Friedensnobelpreises am 10. Dezember des letzten Jahres hat der amerikanische Präsident Barack Obama gesagt:

„Ja, die Mittel des Krieges spielen eine Rolle in der Erhaltung des Friedens. Und doch muss diese Wahrheit neben einer anderen bestehen, nämlich der, dass Kriege menschliche Tragödien bedeuten, wie gerechtfertigt sie auch immer sein mögen. Der Mut des Soldaten ist ruhmreich, ein Ausdruck der Aufopferung für sein Land, für die Sache und für seine Waffenbrüder. Doch der Krieg selbst ist niemals ruhmreich, und wir dürfen ihn niemals so nennen.“

In anderen Worten: Wir müssen das Leid beim Namen nennen. 43 deutsche Soldaten haben seit Beginn unseres Einsatzes ihr Leben in Afghanistan verloren. 24 von ihnen sind durch so genannte Feindeinwirkung und im Kampf gefallen. Unbeteiligte Menschen haben ihr Leben verloren - auch infolge deutschen Handelns, wie beim Luftschlag in Kunduz am 4. September vergangenen Jahres.

Jeder Tod beendet nicht nur ihr Leben, er trifft auch immer gelebte zwischenmenschliche Nähe, Liebe, Hoffnungen und Träume. Deshalb ist es wieder und wieder wichtig, dass wir uns klarmachen, warum wir junge Frauen und Männer in ein fernes Land schicken, wo ihre Gesundheit an Körper und Seele und ihr Leben immer wieder in Gefahr sind. Es ist wieder und wieder wichtig, dass wir Politiker die Tatsachen klar benennen. Es ist wieder und wieder wichtig, sich auch als Mitglieder der Bundesregierung und als Abgeordnete zu den menschlichen Zweifeln zu bekennen, die jeder von uns schon hatte oder hat: die Zweifel, ob dieser Kampfeinsatz in Afghanistan tatsächlich unabweisbar ist. Erst wenn wir uns diesen Zweifeln stellen, können wir den Einsatz glaubhaft verantworten. So jedenfalls geht es mir. Dennoch - und so stehe ich wie die große Mehrheit dieses Hauses hinter diesem Einsatz.

Dass afghanische Frauen heute mehr Rechte als früher haben, dass Mädchen zur Schule gehen dürfen, dass Straßen gebaut werden und dass vieles, vieles mehr geschafft wurde, ist das Ergebnis unseres Einsatzes in Afghanistan. Das lohnt sich, und das ist mancher Mühe wert.

Dadurch alleine könnte der Einsatz unserer Soldaten dort aber nicht gerechtfertigt werden. In so vielen anderen Ländern dieser Welt werden die Menschenrechte missachtet, werden Ausbildungswege verhindert, sind Lebensbedingungen katastrophal - und trotzdem entsendet die internationale Gemeinschaft keine Truppen, um sich dort militärisch zu engagieren. Nein, in Afghanistan geht es noch um etwas anderes.

Der berühmte Satz unseres früheren Verteidigungsministers Peter Struck bringt das für mich auf den Punkt. Er sagte vor Jahren:

„Die Sicherheit Deutschlands wird auch am Hindukusch verteidigt.“

Bis heute hat niemand klarer, präziser und treffender ausdrücken können, worum es in Afghanistan geht. Bisläng ist diesem Satz aber vielleicht noch nicht eine ausreichende Debatte darüber gefolgt, was genau es bedeutet, wenn wir sagen: Deutschlands Sicherheit wird auch am Hindukusch verteidigt.

Unsere Sicherheit, in einem freien Rechtsstaat leben zu können, wird heute von Entwicklungen gefährdet, die weit außerhalb unserer Grenzen entstehen können. Das ist an sich keine neue Entwicklung, aber in Zeiten der Globalisierung hat es eine neue Qualität erlangt. Der internationale Terrorismus und die von ihm ausgehende so genannte asymmetrische Bedrohung durch Menschen, denen ihr eigenes Leben nichts bedeutet - dies ist eine der großen Schattenseiten der Globalisierung. Doch so wenig man die Globalisierung abschaffen kann - was ich nicht will, was aber auch gar nicht ginge, selbst wenn man es wollte -,

so wenig dürfen wir in unseren Anstrengungen nachlassen, den Gefahren für das Recht, die Sicherheit und die Freiheit unseres Landes dort zu begegnen, wo sie entstehen.

Es ist müßig und an dieser Stelle auch völlig unnötig, darüber zu diskutieren, in welchem Zusammenhang die historischen Ereignisse der Jahre 1989 und 1990, die zum Ende des Kalten Krieges geführt haben, auch mit dem ebenfalls 1989 abgeschlossenen Abzug der sowjetischen Soldaten aus Afghanistan stehen könnten. Diese Diskussion kann und will ich hier nicht führen, aber etwas anderes steht fest, und zwar, dass Afghanistan durch den Sieg der Taliban Jahre später zur Heimstatt internationaler Terrororganisationen wie al-Qaida gemacht wurde.

Die Terrorangriffe des 11. September hatten ihre Wurzeln in den Ausbildungslagern der al-Qaida im von den Taliban beherrschten Afghanistan. Aus ihnen sind die Attentäter von New York und Washington und später die von London und Madrid unerkannt hervorgegangen. Viele dieser Gruppen haben unerkannt unter uns gelebt. Ja, sie haben inzwischen auch bei uns in Deutschland verheerende Anschläge geplant. Wir hatten bisher lediglich das Glück, sie noch rechtzeitig verhindern zu können.

Es wäre jedoch ein Trugschluss, zu glauben, Deutschland wäre nicht im Visier des internationalen Terrorismus. Die Anschläge des 11. September haben uns ahnen lassen, was sich mittlerweile bestätigt hat: dass sich unter den Bedingungen der Globalisierung die Herausforderungen an unsere Sicherheitspolitik nach dem Ende des Kalten Krieges drastisch gewandelt haben. Es wird in Zukunft weit weniger als bisher um Konflikte zwischen Staaten gehen. Es sind die asymmetrischen Konflikte, die unsere sicherheitspolitische Zukunft dominieren werden.

Es sind Taliban und ihre Verbündeten in Afghanistan, die sich hinter Stammes- und Dorfstrukturen unerkannt verstecken und damit selbst hinter Frauen und Kindern, um dann mit militärischen Mitteln zuzuschlagen. Es sind Piraten vor der Küste Somalias, die mit räuberischen Attacken unsere Handelswege in Gefahr bringen. Es sind die Gefahren, die nicht dem klassischen, dem gewohnten Muster von Konflikten und Kriegen entsprechen, die auch aus weiter Entfernung in Windeseile direkt zu uns gelangen können.

Dennoch: Es ist und bleibt zunächst nicht eine militärische Aufgabe, dieser Bedrohung zu begegnen, ganz im Gegenteil: Der Einsatz der Bundeswehr ist und bleibt nur Ultima Ratio. Er kann stets nur das äußerste Mittel sein, streng gebunden an Völker- und Verfassungsrecht.

Deutschland übt sich auch aufgrund seiner Geschichte nicht nur in Afghanistan in militärischer Zurückhaltung. Ich sage: Deutschland übt sich aus gutem Grund in militärischer Zurückhaltung. Militärische Zurückhaltung und der Einsatz militärischer Mittel als Ultima Ratio - das ist Staatsräson der Bundesrepublik Deutschland, und zwar verbunden mit der politischen Verantwortung, die wir aufgrund unserer wirtschaftlichen Stärke, unserer geografischen Lage im Herzen Europas wie auch als Mitglied unserer Bündnisse wahrnehmen.

Wir sind eingebunden in die Partnerschaft mit den Verbündeten in der Europäischen Union und der NATO. Alleine vermögen wir wenig bis nichts auszurichten. In Partnerschaften dagegen schaffen wir Vieles.

Seit 1990, also seit der Wiedervereinigung und dem Ende des Kalten Krieges, ist unser Land einen beachtlichen Weg gegangen. Im Rahmen der Wiedervereinigung haben wir den Aufbau einer Bundeswehr geschafft, die seit 1990 das gesamte Bundesgebiet umfasst, also auch das Gebiet der früheren DDR. Schritt für Schritt hat Deutschland international Verantwortung gemeinsam mit unseren Verbündeten in der NATO, in der europäischen Sicherheitspolitik und im Auftrag der Vereinten Nationen auch außerhalb des Bündnisgebietes übernommen.

War es unter den Bedingungen des Kalten Krieges noch völlig undenkbar, so stand die Bundeswehr wenige Jahre nach der deutschen Einheit bereits als Teil von Friedenstruppen in Somalia oder auf dem Balkan. 1999 erfolgte die Beteiligung Deutschlands am Einsatz im Kosovo. Ohne Zweifel, es sind diese Einsätze im Ausland, die heute den Auftrag, die Struktur und den Alltag der Bundeswehr wesentlich bestimmen.

Zurzeit beteiligt sich Deutschland mit rund 6.600 Soldatinnen und Soldaten an elf Missionen. Deutsche Soldatinnen und Soldaten sind in Bosnien-Herzegowina, im Kosovo, im Sudan, vor der Küste des Libanon, im Mittelmeer und in Afghanistan im Einsatz. Die rechtliche Absicherung dieser Auslandseinsätze ist in mehreren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts erfolgt. Sie finden statt auf dem Boden von Mandaten des Deutschen Bundestages. Mit ihnen wird über die Abgeordneten ein wichtiges Zeichen für die Verbindung der Bürgerinnen und Bürger unseres Landes mit unseren Soldatinnen und Soldaten gesetzt. Dies ist wichtiger denn je. Denn die Bundeswehr wird ihren Auftrag nur dann erfüllen können, wenn sie sich auf den nötigen Rückhalt in der Gesellschaft verlassen kann und wenn dieser Rückhalt auch sichtbar wird.

Auf der Grundlage dieses rechtlichen Rahmens für unsere Bundeswehr sage ich unmissverständlich: Zum Einsatz der Bundeswehr im multilateralen Rahmen wie den Vereinten Nationen, der Europäischen Union und der Nato sind wir bereit, wenn er dem Schutz unserer Bevölkerung oder dem unserer Verbündeten dient. Wer deshalb heute den sofortigen, womöglich sogar alleinigen Rückzug Deutschlands unabhängig von seinen Bündnispartnern aus Afghanistan fordert, der handelt unverantwortlich. Nicht nur würde Afghanistan in Chaos und Anarchie versinken, auch die Folgen für die internationale Gemeinschaft und ihre Bündnisse, in denen wir Verantwortung übernommen haben, und für unsere eigene Sicherheit wären unabsehbar. Die internationale Gemeinschaft ist gemeinsam hineingegangen; die internationale Gemeinschaft wird auch gemeinsam hinausgehen. Handelte sie anders, wären die Folgen - das ist meine Überzeugung - weit verheerender als die Folgen der Anschläge vom 11. September 2001.

Dies zeigt allein ein Blick auf die Landkarte: Afghanistan hat in seiner unmittelbaren Nachbarschaft die Nuklearmacht Pakistan. Wir müssen davon ausgehen, dass ein weiterer unmittelbarer Nachbar Afghanistans, der Iran, alles unternimmt, um Nuklearmacht zu werden. Vor einigen Tagen habe ich zusammen mit vielen Staats- und Regierungschefs auf Einladung des amerikanischen Präsidenten Barack Obama am Nukleargipfel in Washington teilgenommen. Wir waren uns einig: Der Atomterrorismus gehört zu den größten Bedrohungen für die Sicherheit der Welt. Organisationen wie al-Qaida versuchen, in den Besitz von Nuklearwaffen zu kommen oder nukleares Material zu erlangen, um damit als so genannte „schmutzige“ Bomben nuklear angereicherte konventionelle Waffen zu bauen. Besonders gefährlich ist die Situation in Pakistan, Afghanistans östlichem Nachbarn. Die Lage dort ist heute schon sehr fragil. Gingen wir nicht ganz konsequent die nukleare Abrüstung an, wie wir es uns in Washington vorgenommen haben, und verließen wir planlos Afghanistan, würde die Gefahr erheblich steigen, dass Nuklearwaffen und Nuklearmaterial in die Hände von extremistischen Gruppen gelangen könnten. Dies muss verhindert werden.

Wir dürfen niemals vergessen, worum es für uns in Afghanistan geht: Es geht nicht um einen Konflikt zwischen so genanntem Abendland und Morgenland, es geht nicht um eine Auseinandersetzung zwischen Christentum und Islam. Ein Im-Stich-Lassen der moderaten muslimischen Kräfte in Afghanistan durch einen überstürzten oder gar alleinigen Abzug wäre nur Eines: eine Ermutigung für alle Extremisten, die weit über Afghanistan und seine Nachbarn hinausginge. Deshalb kann gar nicht oft genug gesagt werden: Es geht um die Sicherheit Deutschlands, die Sicherheit Europas, die Sicherheit unserer Partner in der Welt, die auch am Hindukusch verteidigt wird.

Die Partner der internationalen Gemeinschaft wissen, dass wir Afghanistan nicht zu einer Demokratie nach westlichem Vorbild machen können. Darum hat es auch gar nicht zu gehen. Etwas mehr als acht Jahre nach Beginn des Einsatzes müssen wir feststellen - ich sage dies durchaus auch selbstkritisch und ohne jede Schuldzuweisung gegen irgendjemanden -: Es gab manche Fortschritte, es gab zu viele Rückschritte, und unsere Ziele waren zum Teil unrealistisch hoch oder sogar falsch. Es ist deshalb in seiner Bedeutung gar nicht hoch genug einzuschätzen, dass auf der Londoner Afghanistan-Konferenz vor gut drei Monaten gemeinsam mit der neuen afghanischen Regierung wichtige neue Weichenstellungen unseres bisherigen Vorgehens in Afghanistan vorgenommen wurden. Es wurde die Strategie der vernetzten Sicherheit verabschiedet, in der die Sicherheitspolitik und die Entwicklungspolitik eng miteinander verbunden sind. Die Londoner Strategie schließt alle politischen Kräfte Afghanistans ein. Ja, es ist ein Angebot auch an diejenigen unter den Taliban und den Aufständischen, die bereit sind, Gewalt und Terror abzuschwören. Es ist ein Angebot an alle, die sich am Aufbau einer guten Zukunft ihres Landes beteiligen wollen.

Die Londoner Strategie sieht vor, die afghanischen Sicherheitskräfte so auszubilden, dass sie schnellstmöglich in die Lage versetzt werden, für die Sicherheit und Stabilität ihres Landes selbst zu sorgen. Bereits 2011 wollen wir mit der Übergabe in Verantwortung beginnen.

Die Londoner Strategie stimmt unsere Aufbau- und Ausbildungsleistung mit den Entwicklungsmaßnahmen unserer Partner genau ab. Die Londoner Strategie hat ausdrücklich eine regelmäßige Überprüfung von Benchmarks, Zielen und Maßnahmen festgelegt. Eine erste Bilanz wird die nächste Konferenz am 20. Juli in Kabul ziehen, an der der Bundesaußenminister teilnehmen wird.

In einem Wort: Die Londoner Strategie schafft die Voraussetzungen für eine Übergabe in Verantwortung. Darum, um eine Übergabe in Verantwortung, hat es der internationalen Staatengemeinschaft zu gehen, nicht um einen Abzug in Verantwortungslosigkeit wie auch nicht um den Versuch, Afghanistan zu einer Demokratie nach westlichem Vorbild zu machen. Das missachtete entweder unsere eigenen Sicherheitsinteressen, oder es wäre zum Scheitern verurteilt, weil es die kulturellen, historischen und religiösen Traditionen der afghanischen Gesellschaft unberücksichtigt ließe. Es ist wahr: Die Traditionen der Stammesversammlungen und der Loya Jirga in Afghanistan sind uns nicht vertraut, sondern fremd. Aber wahr ist auch: Sie sind eine eigene afghanische Tradition der konsensorientierten Entscheidungsfindung, die auf ihre Weise Prinzipien von Rechtsstaatlichkeit ermöglichen kann.

Nicht nur aufgrund meiner eigenen Erfahrung in der DDR halte ich den Rechtsstaat für die größte zivilisatorische Errungenschaft der Menschheit. Rechtsstaatlichkeit - das meint nicht nur, aber zunächst die Freiheit der Menschen von Willkür und Unterdrückung, von Anarchie und Chaos, von einer Situation, in der jeder in der ständigen Angst leben muss, verfolgt oder getötet zu werden. Erst wenn den Menschen diese permanente Angst genommen wird, erst wenn der Staat in der Lage ist, das elementare Bedürfnis seiner Bevölkerung nach Sicherheit zu erfüllen, erst dann gewinnen Menschen auch den Freiraum, ja die Freiheit, sich dem Aufbau ihres Landes zu widmen, ihrer Bildung, ihrer Wirtschaft, ihrem sozialen Ausgleich.

Es ist die vornehme Aufgabe der internationalen Staatengemeinschaft, Afghanistan beim Aufbau einer solchen Ordnung zu unterstützen, und zwar weil das unserer eigenen Sicherheit dient. Das ist der Auftrag, den die NATO und ihre Verbündeten, also auch die Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr, dort erfüllen. Es ist richtig: Sicherheit kann es auf Dauer nicht ohne Entwicklung geben; aber genauso richtig ist: Sicherheit ist die Voraussetzung jeder Entwicklung und die Voraussetzung dafür, dass sich in einem Land wie Afghanistan nicht wieder Brutstätten des internationalen Terrorismus bilden, die uns in

Europa und der Welt bedrohen können. Das eine ist die Voraussetzung des anderen. Die internationale Gemeinschaft wird ihre militärische Präsenz so lange aufrechterhalten, wie es nötig ist, nicht länger, aber auch nicht kürzer. Unser Einsatz ist nicht auf Dauer angelegt, aber auf Verlässlichkeit. Das ist der Kern der Übergabe in Verantwortung, die wir in London eingeleitet haben und die wir erfolgreich beenden werden.

Herr Präsident, liebe Kolleginnen und Kollegen, die 43 Soldaten, die in ihrem Einsatz für Deutschland in Afghanistan ihr Leben verloren haben, haben den höchsten Preis gezahlt, den ein Soldat zahlen kann. Sie haben uns Deutsche mit davor beschützt, dass wir in Zeiten der globalen Dimension unserer Sicherheit im eigenen Land Opfer von Terroranschlägen werden. Alle Soldaten, die in Afghanistan Dienst tun, verdienen unsere Solidarität und unser Mitgefühl. Sie leben ständig in Angst, verletzt oder getötet zu werden. Sie leben in dieser Angst, damit wir zu Hause in Deutschland nicht Angst haben müssen. Dafür gebühren ihnen unser Dank, unsere Hochachtung und unsere Unterstützung.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 21. 4. 2010**

#### **Starke Stimme in der Welt – Öffentliche Anhörung zum Europäischen Auswärtigen Dienst Europas Diplomaten werden im Ausland für 450 Mio. Bürger Europas sprechen und unsere Werte und Ziele weltweit vertreten**

Anlässlich der Anhörung zum Europäischen Auswärtigen Dienst erklären der außenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Philipp Mißfelder MdB und der zuständige Berichterstatter Roderich Kiesewetter MdB:

Der Europäische Auswärtige Dienst (EAD) wird die starke Stimme Europas in der Welt sein. Das ist bei der öffentlichen Anhörung des Auswärtigen Ausschusses, die auch Bürgern die Gelegenheit gab, sich gemeinsam mit den Parlamentariern zu informieren, klar geworden.

Die Europäische Union garantiert den Menschen in Europa seit ihrer Gründung Frieden und Wohlstand. Die Union baut auf Demokratie, Menschenrechte und die Grundsätze der sozialen Marktwirtschaft. Weltweit können wir diese Werte nur verteidigen und verbreiten, wenn die Staaten Europas nach außen als echte Union auftreten.

Darum will die CDU/CSU-Bundestagsfraktion einen demokratisch durch das Europäische Parlament kontrollierten EAD. Europas Diplomaten werden im Ausland für 450 Mio. Bürger Europas sprechen und unsere Werte und Ziele weltweit vertreten.

Als Experte der CDU/CSU-Fraktion war das Mitglied des Europäischen Parlaments Elmar Brok aus Brüssel angereist.

#### **BMJ-Newsletter vom 11. 2. 2010**

#### **Bundesjustizministerin zu der SWIFT-Entscheidung des Europäischen Parlamentes**

Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger zu der Entscheidung des Europäischen Parlamentes, dem SWIFT-Interimsabkommen die Zustimmung zu verweigern:

Die Bürgerinnen und Bürger in Europa haben heute gewonnen. Das Europäische Parlament stärkt mit seiner Entscheidung nicht nur den Datenschutz, sondern die Demokratie in Europa insgesamt.

Das SWIFT-Interimsabkommen enthält erhebliche Lücken beim Datenschutz und den zugehörigen Rechtsschutzmöglichkeiten. Diese falsche Weichenstellung wird heute korrigiert. Das Europäische Parlament misst dem Datenschutz eine hohe Be-

deutung zu. Die heutige Entscheidung des Europäischen Parlamentes ist eine hohe Messlatte für den Datenschutz in Europa, auch für die Bundesregierung.

Mit der Entscheidung des Europäischen Parlamentes wird deutlich, dass das Europäische Parlament seine neue Stärke verantwortungsvoll nutzt. Der heutige Tag ist ein Signal, dass sich die Gewichte zwischen nationalen Regierungen, EU-Kommission und Europäischem Parlament verschoben haben. Künftig muss sich auch die deutsche Politik viel stärker im Vorfeld politischer Entscheidungen mit dem Europäischen Parlament abstimmen.

### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 11. 2. 2010**

#### **Schallende Ohrfeige für Rat und Bundesregierung bei SWIFT**

Zur heutigen Entscheidung des Europäischen Parlamentes, das SWIFT-Abkommen abzulehnen, erklärt Dr. Konstantin von Notz, Sprecher für Netzpolitik:

Wir begrüßen die heutige Entscheidung des Europäischen Parlamentes ausdrücklich. Sie ist konsequent und in der Sache richtig.

Richtig, da nicht hingenommen werden konnte, dass die Bankdaten von 500 Millionen Europäerinnen und Europäern ohne ausreichenden Rechtsschutz und unter Umgehung der mühsam erkämpften europäischen Datenschutzstandards willfährig an die USA weitergegeben werden.

Richtig auch, da der Rat mit tatkräftiger Unterstützung der Bundesregierung versucht hat, die Rechte des Europäischen Parlamentes auszuhebeln und das Abkommen nur einen Tag vor Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags durchzuwinken.

Deshalb ist die heutige Entscheidung des Parlamentes auch eine schallende Ohrfeige für Rat und Bundesregierung. Dass es nur der Courage des Unternehmens SWIFT zu verdanken war, dass unsere Bankdaten nicht an US-Behörden weitergegeben wurden, ist ein Armutszeugnis für Rat und nationale Regierungen. Deren Aufgabe wäre es gewesen, unsere Bankdaten zu schützen – nicht die des Unternehmens SWIFT.

Das Vorgehen von Rat und nationalen Regierungen in Sachen SWIFT hat letztendlich auch etwas Gutes: Es hat eindrucksvoll bewiesen, warum es so wichtig ist, dass das Europäische Parlament – nicht nur in datenschutzrechtlichen Belangen – zukünftig entscheidend ist. Die heutige Abstimmung ist ein historischer Schritt auf dem Weg der weiteren Demokratisierung Europas.

### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 11. 2. 2010**

#### **SWIFT – Sicherheit und Datenschutz gewährleisten Ablehnung des SWIFT-Abkommens durch das Europäische Parlament**

Anlässlich der Ablehnung des SWIFT-Abkommens durch das Europäische Parlament erklärt der Innenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Hans-Peter Uhl MdB:

Die heutige Ablehnung des vorläufigen SWIFT-Abkommens ist ein deutliches Zeichen, dass die Bedenken der Abgeordneten des Europäischen Parlamentes bei den Verhandlungen für das nächste SWIFT-Abkommen Berücksichtigung finden müssen. Insbesondere betrifft das Verbesserungen bezüglich des abfragbaren Datenumfanges sowie praxisnahe Rechtsschutzmöglichkeiten und Verfahrensgarantien für Betroffene.

Das SWIFT-Abkommen ist ein wichtiges Instrument im Kampf gegen die Finanzierung des internationalen Terrorismus. Auch Deutschland hat in der Vergangenheit erheblich von diesem Datenaustausch profitiert. Es ist deswegen unerlässlich, die Vorbehalte der Abgeordneten des Europäischen Parlamentes ernst zu nehmen und bei den nächsten SWIFT-Verhandlungen zu berücksichtigen. Nur so kann ein angemessener Ausgleich zwischen Sicherheitsbedürfnis und Datenschutz gewährleistet werden.

### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 4. 3. 2010**

#### **Die Union hält, was sie verspricht Anlegerschutz wird weiter gestärkt**

Anlässlich der Ankündigung von Bundesfinanzminister Wolfgang Schäuble, noch im April einen Gesetzentwurf zur Stärkung des Anlegerschutzes und der Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes vorzulegen, erklärt die Verbraucherpolitische Berichterstatterin der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Lucia Puttrich MdB:

Die immense Bedeutung des finanziellen Verbraucherschutzes ist vor allem den vielen Betroffenen der Lehman-Pleite schmerzhaft vor Augen geführt worden. Die Bundesregierung hat mit der Verlängerung der Verjährungsfristen, der Einführung des Beratungsprotokolls und schließlich mit dem Produktinformationsblatt wesentliche Bausteine zur Verbesserung des Anlegerschutzes auf den Weg gebracht.

Wir begrüßen sehr, dass diese Maßnahmen von Seiten des Bundesfinanzministeriums durch eine bessere Regulierung des Kapitalmarktes flankiert werden. Die Eckpunkte des Entwurfs geben die richtigen Antworten. Auch unregelmäßige Produkte des grauen Kapitalmarktes sind künftig in die Pflichten einer anlegergerechten Beratung einzubeziehen. Hierzu gehört zum Beispiel, dass der Berater mit der erforderlichen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit im Interesse seiner Kunde beraten muss.

Auch das Beratungsprotokoll muss auf Produkte des grauen Kapitalmarktes ausgeweitet werden.

Gerade im grauen Kapitalmarkt tummeln sich aufgrund der bislang fehlenden staatlichen Finanzaufsicht viele unseriöse Anbieter befinden. Schlechte Beratung war hier leider oftmals die Regel. Insofern macht es hier auch Sinn, für diese Anlageprodukte ein Produktinformationsblatt zu verlangen.

Ebenso unterstützen wir Bundesfinanzminister Schäuble bei der Einführung eines Registrierungs- und Sanktionsregimes bei der Aufsichtsbehörde für Anlageberater, in dem auch Angaben zur Qualifikation und Weiterbildung enthalten sein sollen. Dies deckt sich mit unserer Forderung, von Anlageberatern – insbesondere den freien Finanzvermittlern – einen Qualifikationsnachweis zu verlangen. Bislang kann sich in Deutschland jeder ohne entsprechende Ausbildung zum Finanzberater aufschwingen.

Die Pläne des Bundesfinanzministeriums unterstreichen die wachsende Bedeutung des Verbraucherschutzes im Finanzsektor.

### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 4. 3. 2010**

#### **Hasardeuren am Finanzmarkt Leitplanken setzen Neue Spielregeln für Leerverkäufe mit einem Verbot des Handels ungedeckter Wertpapiere**

Zu den Vorschlägen von Bundesfinanzminister Schäuble zur Stärkung des Anlegerschutzes und zur Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes erklärt der finanzpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Leo Dautzenberg MdB:

Hasardeuren am Finanzmarkt, die in Glücksrittermanier auf Kurse wetten, sind Leitplanken zu setzen. Eine weitere Finanzkrise mit den erheblichen Kosten für den Steuerzahler ist unter allen Umständen in Zukunft zu vermeiden. Die von Bundesfinanzminister Schäuble vorgestellten Eckpunkte zur Stärkung des Anlegerschutzes und zur Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes bieten hierzu die richtigen Ansatzpunkte.

Neue Spielregeln für Leerverkäufe mit einem Verbot des Handels ungedeckter Wertpapiere geben dem Markt ebenso klare Leitlinien wie eine reformierte Transparenz bei Übernahmen. Die Verbesserung des Verbraucherschutzes im Finanzdienstleistungssektor ist der Union ein Herzensanliegen. Anbieter und Verbraucher müssen auf gleicher Augenhöhe miteinander umgehen. Eine Verlängerung der Haltefristen bei offenen Immobilienfonds begrüßen wir. Die derzeitige Unsicherheit in diesem Markt muss durch klare Vorgaben beseitigt werden, und zwar gerade zum Schutz der Anleger.

Dass Bundesfinanzminister Schäuble jetzt auf nationaler Ebene eine durchdachte Initiative ergreift, ist der richtige Schritt. Jetzt bedarf es noch der Schaffung eines eigenen Insolvenz- und Restrukturierungsgesetzes für den Bankenmarkt. Zudem ist die Aufsicht neu zu regeln – unsere Vorschläge einer Integration der gesamten Finanzaufsicht bei der Bundesbank liegen auf dem Tisch.

#### **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 8. 4. 2010**

##### **Aufarbeitung der Finanzkrise steht in Deutschland noch aus**

Zur Forderung von IG-Metall-Chef Berthold Huber, die Finanzkrise in Deutschland mit einer „Wahrheitskommission“ aufzuarbeiten, erklärt Dr. Gerhard Schick, Sprecher für Finanzpolitik:

Berthold Huber legt den Finger in die offene Wunde und fordert eine umfassende Aufarbeitung der Finanzkrise in Deutschland. Recht hat er, denn diese Aufarbeitung steht hier zu Lande noch ganz am Anfang. Der Untersuchungsausschuss, der Ende der vergangenen Legislaturperiode die Rettung der Hypo Real Estate aufklären sollte, war nur ein erster kleiner Schritt. Ob das Instrument der „Wahrheitskommission“ das beste Vorbild ist, sei dahingestellt. Richtig ist aber, dass es nur dann möglich ist, Lehren zu ziehen, wenn man der Wahrheit auf den Grund geht und in jedem einzelnen Fall das Zustandekommen dieser Finanzkrise nachvollzieht. Nur dann kann eine Neuausrichtung der Finanzmärkte gelingen.

Die mangelnde Aufarbeitung in Deutschland steht im krassen Gegensatz zu anderen Ländern: In den USA arbeiten Demokraten und Republikaner seit Mai 2009 gemeinsam in einem Untersuchungsausschuss die Krise auf - nach dem Vorbild der legendären Pecora-Kommission, die den Crash an der Wall Street im Jahr 1929 untersuchte und zu etlichen Reformen wie der Gründung der US-Börsenaufsicht SEC oder der US-Einlagensicherung FDIC führte. Ferner investierten die US-Behörden 30 Millionen US-Dollar in eine juristische Analyse zu den Hintergründen der Lehman-Pleite: Aufgedeckt wurden Bilanzmanipulationen, Aufsichtsversagen und Fehlverhalten der Manager. Auch scheuten die US-Behörden - wie im Übrigen auch die Schweizer Aufsicht - keine selbstkritischen Berichte zu gemachten Fehlern. Auch in Island wird die Krise gründlich aufgearbeitet: durch eine Parlamentskommission, eine Sondereinheit der Strafverfolgungsbehörden und die Finanzaufsicht.

Immerhin geht die Zivilgesellschaft in Deutschland voran: Unter Beteiligung der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen veranstalten am kommenden Samstag, 10. April, Attac Deutschland und die Berliner Volksbühne ein „Bankentribunal“. Nach Anklageerhebung und Beweisführung soll ein Urteil über die Schuldigen der Finanzkrise gefällt werden - um anschließend im „Forum der Alternativen“ die Transformation der Finanzmärkte in Angriff zu nehmen.

#### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 19. 4. 2010**

##### **Finanzkrise: Betrugsbekämpfung ist erforderlich, reicht aber allein nicht aus**

Zur Anklage der US-Boersenaufsicht SEC gegen die Investmentbank Goldman Sachs erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Joachim Poss:

Dass kriminelles, mindestens aber unethisches Verhalten von Banken und Investmenthäusern eine wesentliche Begleiterscheinung der Finanzkrise war, ist an sich nichts Neues. Der Milliardenbetrüger Madoff oder Banken, die ungesicherte Lehman-Zertifikate ahnungslosen Anlegern als vermeintlich sichere Anlage verkaufen, all dies und anderes mehr ist bekannt und war bereits Gegenstand von Gerichtsverfahren.

Und nun also die Klage der US-Boersenaufsicht gegen Goldman Sachs wegen betrügerischen Zusammenwirkens mit einem Hedge-Fonds zum Schaden der Anleger. Keine Frage: Auch dieser Fall muss aufgeklärt werden und gegebenenfalls müssen angemessene Strafen und Schadenersatzansprüche folgen. Soweit die IKB-Bank betroffen sein sollte, sind auch Ansprüche des deutschen Fiskus zu prüfen, der diese Bank mit grossem finanziellen Aufwand gerettet hat.

Aber: Ueber all dem darf nicht in Vergessenheit geraten, dass die Betrugereien eben nur eine Begleiterscheinung der Finanzkrise, ein Ausnutzen der vielfach blinden Renditegier von Investoren und Bankern war, nicht aber die Ursache der Krise selbst. Diese lag tiefer, in einem systemischen Versagen der deregulierten Finanzmärkte, auf denen eine immer wildere Spekulation mit billig geliehenem Geld und ganz legalen Produkten statt fand.

Deswegen kann die gebotene Strafverfolgung in aufgedeckten Betrugsfällen auch keinesfalls die dringend erforderlichen rechtlichen Schlussfolgerungen der Krise ersetzen: Bessere Aufsicht und wirksamere Regulierung auf den Finanzmärkten, die Beendigung der auf den extremen Kurzfristerfolg ausgerichteten Vergütungsexzesse sowie umfassendere Massnahmen zur Dämpfung der Spekulationsanreize, wie eine umfassende Finanztransaktionssteuer, müssen weiterhin mit allem Nachdruck verfolgt werden.

#### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 21. 4. 2010**

##### **Fall Goldman-Sachs: Strenge Regulierung fuer alle Finanzmarktakteure dringend erforderlich**

Zur Affäre um die Investmentbank Goldman-Sachs erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Joachim Poss:

Der Fall Goldman-Sachs wirft ein grelles Licht auf die nach wie vor enge Verquickung von Banken und Hedge-Fonds. Das Zusammenwirken von Investmentbankern und Fondsverwaltern und die daraus resultierenden Interessenkonflikte sind dabei keinesfalls auf diesen Einzelfall beschränkt, sondern sind systematisch in den Geschäftsmodellen dieser Finanzmarktakteure angelegt. Insofern dürfte dieser nun bekannt gewordene Fall eher die Spitze eines Eisbergs als ein singuläres Ereignis sein.

Das macht deutlich, wie wichtig es ist, nicht nur die Regulierung von Banken zu verschärfen - es muss endlich auch dafür gesorgt werden, dass die Hedge-Fonds keine regulierungsfreie Zone mehr sind.

Die enge Beziehung zwischen Banken und Hedge-Fonds erweist sich auch in diesem Fall als systematischer Nachteil der „normalen“ Kunden der Bank, die hinsichtlich der Gestaltung der von ihnen erworbenen Produkte stets einen Informationsnachteil haben. Ein solch systematisches Informationsgefälle führt - ohne wirksame Regulierung als Gegengewicht - stets zu ineffizienten Marktergebnissen.

Das Thema Hedge-Fonds-Regulierung ist bereits vor Jahren vom damaligen Bundesfinanzminister Peer Steinbrück auf die internationale Agenda gesetzt worden - passiert ist bisher nichts. Bundeskanzlerin Angela Merkel, die auch jetzt wieder mit scharfen Worten schnell zur Stelle ist, hat hier - wie insgesamt beim Thema Finanzmarktregulierung - trotz aller Bekundungen noch immer keine Ergebnisse vorzuweisen.

Wenn sich das nicht schleunigst ändert, werden weiterhin voellig intransparente Produkte an den Finanzmärkten verkauft werden, bei denen die Käufer ausgenommen werden. Finanzminister Schäuble und Bundeskanzlerin Merkel sind in der Pflicht, jetzt endlich das Reden einzustellen und zu Taten zu kommen.

### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 21. 4. 2010**

#### **Goldman Sachs: Bundesregierung muss Rolle der deutschen Banken klären**

Zum Verfahren der US-Boersenaufsicht gegen die amerikanische Bank Goldman Sachs und eine Ausweitung der Affäre auf deutsche Banken erklärt der zuständige Berichterstatter der SPD-Bundestagsfraktion Manfred Zoellmer:

Die US-Boersenaufsicht SEC hat gegen die amerikanische Bank Goldman Sachs ein Betrugsverfahren in Milliardenhöhe eingeleitet. Die US-Bank soll Anleger mit Finanzprodukten getauscht haben und nicht alle notwendigen Informationen über das Produkt an die Kunden übermitteln haben. Folge war ein Totalverlust, den auch die deutsche Mittelstandsbank IKB erlitt, die dieses Produkt erwarb und fast 150 Millionen Euro Verlust verbuchen musste. Die IKB wird seit Sommer 2007 von der staatseigenen KfW gestützt.

Im Rahmen dieses Verfahrens könnten sich auch Verdachtsmomente gegen deutsche Banken ergeben, die wie Goldman Sachs Finanzmarktpapiere aufgelegt haben, mit denen Anleger von den hohen Immobilienpreisen in Amerika profitieren sollten. Gleichzeitig sind offenbar Ausfallversicherungen an Hedge-Fonds verkauft worden, die auf das Gegenteil - also das Platzen der Immobilienblase - setzen. Dabei geht es um die Täuschung der Kunden durch willentliche Vorenthaltung von Informationen über das jeweilige Finanzprodukt.

Es gibt eine Reihe von Hinweisen darauf, dass diese Geschäftspraktiken auch von deutschen Banken angewandt wurden.

Die Bundesregierung und insbesondere der Bundesfinanzminister sind jetzt aufgefordert diesen Verdachtsmomenten nachzugehen und sich nicht darauf zu verlassen, dass amerikanische Behörden dies tun oder im Rahmen von US-Gerichtsverfahren sich solche Verdachtsmomente womöglich erheben.

### **BMJ-Newsletter vom 2. 3. 2010**

#### **Herausragender Tag für Grundrechte und Datenschutz**

Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vorratsdatenspeicherung:

Heute ist ein herausragender Tag für die Grundrechte und den Datenschutz. Dem einseitigen Stakkato an Sicherheitsgesetzen der vergangenen Jahre wurde mit dem heutigen Urteil des Bundesverfassungsgerichts erneut eine Absage erteilt. Das Urteil reiht sich nahtlos in eine Reihe aufsehenerregender Verfassungsgerichtsentscheidungen ein, die seit dem Urteil zum Großen Lauschangriff 2004 ergangen sind. In dieser Tradition stehen die Entscheidungen zur Telefonüberwachung, zur Rasterfahndung, zur Pressefreiheit und zur Online-Durchsuchung. Diese Rechtsprechung ist zugleich Auftrag für eine grundrechtsschonende Innenpolitik.

Die heutige Entscheidung strahlt auch auf Europa aus. Das Bundesverfassungsgericht macht mit seiner Entscheidung deutlich, dass sich Deutschland für die Freiheitsrechte seiner Bürgerinnen und Bürger auch in europäischen und internationalen Zusammenhängen einsetzen muss.

Das Datenschutzbewusstsein in der Europäischen Union hat sich erkennbar gewandelt, nicht zuletzt im neuen Europäischen Parlament. Nach den jüngsten Äußerungen der neuen EU-Justizkommissarin Viviane Reding bin ich optimistisch, dass auf europäischer Ebene zügig an eine Überarbeitung der Richtlinie gearbeitet werden wird. Daran werde ich konstruktiv und nachdrücklich mitwirken.

Nach der heutigen Entscheidung kann und wird es keinen nationalen Schnellschuss geben. Das weitere Vorgehen muss europäisch eingebettet sein. Der Gesetzgeber kann es sich nicht erlauben, erneut in Karlsruhe zu scheitern.

Politisch stärkt die heutige Entscheidung der Koalition den Rücken bei datenschutzrechtlichen Vorhaben, wie wir sie im Koalitionsvertrag verabredet haben.

Das Urteil ist Maßstab und Richtlinie für zukünftige Gesetzgebungsvorhaben im Bereich der Innen- und Rechtspolitik. Es ist uns Auftrag und Verpflichtung zugleich.

### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 2. 3. 2010**

#### **Bundesverfassungsgericht stellt Weiche für das digitale Zeitalter**

Zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Vorratsdatenspeicherung erklärt der stellvertretende Fraktionsvorsitzende Olaf Scholz:

Das Bundesverfassungsgericht misst dem Schutz der Daten unserer Bürgerinnen und Bürger erneut eine überragende Bedeutung zu. Am Beginn des digitalen Zeitalters stellt das Gericht die Weiche. Ein Gefühl des Beobachtetseins darf in einer freiheitlichen Gesellschaft die unbefangene Wahrnehmung der Grundrechte nicht beeinträchtigen. Das Urteil stellt den Gesetzgeber allerdings auch nicht vor unlösbare Aufgaben. Es wird anerkannt, dass Telekommunikationsverbindungsdaten für eine effektive Strafverfolgung und Gefahrenabwehr von besonderer Bedeutung sind. Was dazu nötig ist, kann auch in Zukunft getan werden.

### **DStV – Pressemitteilung vom 3. 3. 2010**

#### **Vorratsdatenspeicherung beschränkt – ELENA vor dem Aus?**

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 2. März 2010 zur Vorratsdatenspeicherung im Rahmen der Telekommunikationsüberwachung verstärkt nach Ansicht des Deutschen Steuerberaterverbandes e.V. (DStV) die verfassungsrechtlichen Zweifel an das im Jahr 2010 eingeführte Verfahren zum elektronischen Entgeltnachweis (ELENA).

Hiernach haben Arbeitgeber - monatlich - umfangreiche Datensätze an eine zentrale Speicherstelle zu übermitteln. Hierzu gehören sowohl die Stammdaten der Arbeitnehmer und das gezahlte Entgelt als auch persönliche Angaben wie die Fehlzeiten, etwa wegen Elternzeit oder Krankheit, oder sämtliche Details einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht nunmehr ausdrücklich den Grundsatz der Datensparsamkeit betont. Eine umfangreiche Datenspeicherung „auf Vorrat“ komme nur zum Schutz für überragend wichtige Rechtsgüter in Betracht. Dies sei beispielsweise bei der Verfolgung von schwerwiegenden Straftaten oder der Abwehr von Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit von Menschen der Fall.

Vom Schutz „überragend wichtiger Rechtsgüter“ kann bei ELENA freilich nicht die Rede sein. Ziel des Gesetzes soll einmal mehr „der Abbau von Bürokratie“ sein. So soll, im Falle

der Inanspruchnahme von Ersatzleistungen eines (ehemalig) Beschäftigten, der Arbeitgeber keine Entgeltbescheinigung „auf Papier“ mehr ausstellen müssen. Wenn jedoch stattdessen periodisch und - ohne konkreten Anlass - stetig Daten übermittelt werden, stellt sich schon die Frage nach der Erforderlichkeit der Maßnahme, da es an der behaupteten Erleichterung für den Unternehmer fehlt. Zudem lehrt die Erfahrung, dass große Datenspeicher weitere Begehrlichkeiten wecken und darüber hinaus keineswegs sicher gegen Missbrauch sind.

Der DStV hat daher bereits im Gesetzgebungsverfahren von ELENA dafür plädiert, anstelle des Aufwands und der Kosten für dieses bürokratische Monstrum es dem Arbeitgeber zu ermöglichen, etwaig benötigte Daten anlassbezogen elektronisch an die öffentliche Stelle zu übermitteln.

**Hinw. d. Red.:** Pressemeldung, Urteil, Abweichende Meinungen der Entscheidung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung können für eine Übergangszeit bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) als Datei angefordert werden.

### DStV – Pressemitteilung vom 7. 4. 2010

#### Steuerberater begrüßen Umdenken bei ELENA

Der Deutsche Steuerberaterverband e.V. (DStV) begrüßt ausdrücklich die Überlegungen des Bundeswirtschaftsministers Rainer Brüderle, das Verfahren zum elektronischen Entgeltnachweis gründlich auf den Prüfstand zu stellen. Unterstützung verdient nach Ansicht des Verbandes vor allem der Ansatz, kleine und mittlere Unternehmen von den zusätzlichen monatlichen Mitteilungspflichten zu befreien.

So sehr allerdings der DStV eine Mittelstandskomponente willkommen heißt, kann diese Ausnahme aber nicht über die verfassungsrechtlichen Bedenken und die mangelnde Praktikabilität von ELENA hinwegtäuschen. „Insofern wäre jetzt der richtige Zeitpunkt für den Einstieg in den Ausstieg“, plädiert stattdessen DStV-Präsident Hans-Christoph Seewald für eine generelle Revision.

Der DStV hatte sich - als eine von wenigen Stimmen - bereits im Gesetzgebungsverfahren eindeutig gegen ELENA ausgesprochen, auch im Vorgriff auf die sich anbahnende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur „Vorratsdatenspeicherung“. Das alleinige Motiv, Arbeitgeber im Bedarfsfalle von der Ausstellung einer Papierbescheinigung zu befreien, kann nach unveränderter Ansicht des DStV nicht den Aufbau eines millionenfachen Datenspeichers rechtfertigen.

Der Verband plädiert stattdessen dafür, es den Arbeitgebern zu ermöglichen, auf Nachfrage ausgewählte Daten elektronisch an die Träger der Sozialversicherung zu übermitteln. Hierdurch könnte weitaus einfacher und zudem auf verfassungsrechtlich sicherem Boden der Gesetzeszweck erreicht werden.

### SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 3. 2010

#### Datenschutzaufsicht muss unabhängig sein

Zu der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur notwendigen Unabhängigkeit der Datenschutzbehörden erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Olaf Scholz:

Es ist gut, dass der Europäische Gerichtshof mit seiner Entscheidung klargestellt hat, dass die europäischen Datenschutz-Richtlinie nicht nur „voellige Unabhängigkeit“ besagt, sondern auch „voellige Unabhängigkeit“ meint. Zu den notwendigen Reaktionen auf die Datenschutzskandale in der Privatwirtschaft, die uns in den vergangenen Jahren beschäftigt haben, gehört die Stärkung der Datenschutzaufsicht in der Privatwirtschaft.

Der Europäische Gerichtshof hat dies mit seiner Entscheidung unterstrichen. Diejenigen Bundesländer, die die Daten-

schutzaufsicht noch immer in ein Ministerium integriert haben, müssen nun schnell unabhängige Stellen schaffen. Dazu gehört auch, dass diese Stellen keiner staatlichen Aufsicht unterstellt sein dürfen. Sie sind nur Recht und Gesetz unterworfen. Dies muss auch Konsequenzen haben fuer die Unabhängigkeit des Bundesbeauftragten fuer den Datenschutz. Die Rechtsaufsicht des Bundesministeriums des Inneren muss gestrichen werden.

### Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 9. 3. 2010

#### EuGH stärkt Datenschutz in der Privatwirtschaft

Zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur mangelnden Unabhängigkeit der für Datenschutz zuständigen Kontrollstellen erklärt Dr. Konstantin von Notz, Sprecher für Innenpolitik:

Das heutige Urteil des Europäischen Gerichtshofs stärkt den Datenschutz in der Privatwirtschaft. Zugleich macht es deutlich, wo noch Verbesserungsbedarf besteht.

Die Kontrollpraxis der Bundesländer steht schon seit langem in der Kritik. Die Rüge des Europäischen Gerichtshofs kommt demnach nicht überraschend. Sie ist das Resultat der fehlenden Unabhängigkeit der für den Datenschutz bei Privatunternehmen zuständigen Kontrollstellen der Bundesländer. Die entsprechende EU-Richtlinie ist seit 1995 geltendes Recht. Dass viele Bundesländer es bis heute nicht geschafft haben, die diesbezüglichen Regelungen umzusetzen, zeigt, wie sträflich viele Länder die Datenschutzkontrolle vernachlässigt haben.

Die Skandale der letzten Jahre, ob bei LIDL, der Deutschen Bahn oder anderen Unternehmen konnten auch deshalb geschehen, weil die Aufsicht hier nicht funktioniert hat. Die bislang mangelnde Unabhängigkeit ist dabei nur eines der Probleme. Noch immer sind die Kontrollstellen viel zu schlecht ausgestattet, um wirksam tätig werden zu können. Jetzt sind die Länder gefordert, eine gründliche Reform mit dem Ziel einer Stärkung der Datenschutz-Kontrollstellen in die Wege zu leiten.

### SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 25. 2. 2010

#### Ministerin Aigner ohne Macht in Sachen Gentechnik

Anlaesslich einer Befragung der Bundesregierung zum Ruhenlassen des Gerichtsverfahrens gegen das Genmais-Anbauverbot erklärt die verbraucherpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Elvira Drobinski-Weiss:

Verhandelt das Bundesamt fuer Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) ohne Wissen des Verbraucherministeriums mit dem Agrarkonzern Monsanto ueber eine Aufhebung des Anbauverbotes fuer genveränderten Mais? Die Antwort der Bundesregierung auf unsere konkreten Nachfragen gibt neue Raetsel auf. Der Sprecher von Monsanto behauptet, Gespraech mit dem BVL zu fuehren, in denen eine „Wuerdigung der positiven Stellungnahmen“ zum MON 810-Mais erreicht werden solle. Die im Bundesministerium zustaendige parlamentarische Staatssekretaerin dagegen erklärt, es gebe keine Gespraech. Was laeuft wirklich in Sachen MON 810?

Derzeit beteuert man seitens des Ministeriums zwar, das am Anbauverbot festgehalten werde - aber was geschieht kommandes Jahr? Zu befuerchten ist, dass nach einer moeglichen Neuzulassung von MON 810 auf EU-Ebene der gentechnisch veraenderte Mais dann auch in Deutschland wieder angebaut wird.

Zu Recht hatte Ministerin Aigner im April 2009 wegen moeglicher negativer Auswirkungen auf die Umwelt das Anbauverbot fuer den MON 810-Mais verhaengt. Mit einer Klage dagegen war Monsanto im Eilverfahren unterlegen. Vieles deutet da-

rauf hin, dass diese Entscheidung im Hauptverfahren besiegelt worden waere. Bis zuletzt soll Monsanto nicht einmal eine Klagebegründung eingereicht haben.

Die Niederlage wurde Monsanto nun erspart. Dabei waere die Gerichtsentscheidung bei der Diskussion um die Neuzulassung von MON 810 und bei der Verteidigung des Anbauverbots hilfreich gewesen.

Bei der fuer diese Bundesregierung wegweisenden Entscheidung fuer den Umgang mit der Gruenen Gentechnik hat das zustaeendige Bundesamt die Ministerin wohl einfach uebergangen. Die Einigung zwischen BVL und Monsanto, das Gerichtsverfahren zu MON 810 ruhen zu lassen, soll ohne vorherige Absprache mit ihr zustande gekommen sein.

Das muss Konsequenzen haben. Die Ministerin muss ein Machtwort sprechen. Sie muss dafuer sorgen, dass das Anbauverbot auch ueber 2010 hinaus gilt, und sie muss sich dafuer einsetzen, dass eine Neuzulassung von MON 810 verhindert wird. Aber sie muss auch der Frage nachgehen, ob das eigenmaechtige Vorgehen der Verantwortlichen im zustaeendigen Bundesamt und die anscheinend eilfertig gegeneuber Monsanto signalisierte Bereitschaft zur „aussergerichtlichen Loesung“ moeglicherweise auf Interessensvermengungen zurueckzufuehren sind.

### **BMJ-Newsletter vom 1. 3. 2010**

#### **Neuer Präsident des Europäischen Patentamts in München gewählt**

Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger zur Wahl von Benoît Battistelli zum Präsidenten des Europäischen Patentamts (EPA) in München:

Die heutige Wahl ist ein erfreuliches Zeichen für die Stabilität des Europäischen Patentamts - gerade, nachdem auf EU-Ebene bereits wesentliche Fortschritte bei der Schaffung eines europäischen Patents erzielt werden konnten. Der neue Amtspräsident und das EPA werden bei der Umsetzung eines europäischen Patents eine wesentliche Rolle spielen. Dies ist für Deutschland und den Standort München besonders wichtig. Aus Deutschland stammt der weitaus größte Anteil europäischer Patentanmeldungen des EPA. Die heutige Wahl ist nicht nur ein guter Tag für die enge deutsch-französische Zusammenarbeit, sondern auch für den Schutz des geistigen Eigentums in Europa.

Zum Hintergrund:

Auf seiner Sondersitzung am 1. März 2010 hat der Verwaltungsrat der Europäischen Patentorganisation seinen bisherigen Vorsitzenden, Benoît Battistelli, zum sechsten Präsidenten des Europäischen Patentamts für eine Amtszeit von fünf Jahren gewählt. Er wird damit Nachfolger der bisherigen Amtsinhaberin, Frau Alison Brimelow, und sein Amt am 1. Juli 2010 antreten.

Benoît Battistelli ist seit 2004 Generaldirektor des französischen Patentamts, dem Institut National de la Propriété Industrielle. Von Dezember 2006 bis März 2009 war er stellvertretender Vorsitzender und seitdem Vorsitzender des Verwaltungsrats der Europäischen Patentorganisation.

Das Europäische Patentamt bietet Einzelerfindern und Unternehmen, die Patentschutz begehren, ein einheitliches Anmeldeverfahren für bis zu 39 europäische Staaten. Das EPA ist das Exekutivorgan der Europäischen Patentorganisation mit Sitz in München, einer Zweigstelle in Den Haag sowie Dienststellen in Berlin und Wien. Die Europäische Patentorganisation ist eine zwischenstaatliche Organisation, die am 7. Oktober 1977 auf der Grundlage des am 5. Oktober 1973 in München unterzeichneten Europäischen Patentübereinkommens gegründet wurde. Die Europäische Patentorganisation hat gegenwärtig 36 Mitgliedstaaten, darunter alle 27 Mitgliedstaaten der EU. 2008 wurden rund 146.500 Anmeldungen nach dem Europäischen Patentübereinkommen eingereicht. 18% der Anmeldungen

stammen aus Deutschland. Nach den USA stellt damit Deutschland weltweit den zweitgrößten und bei weitem den größten Anteil an Patentanmeldungen aus Europa.

Bisherige Präsidenten des Europäischen Patentamts waren:

- 1977–1985 : Johannes Bob van Benthem (NL)
- 1985–1995 : Paul Braendli (CH)
- 1996–2004 : Ingo Kober (DE)
- 2004–2007 : Alain Pompidou (FR)
- 2007–2010 : Alison Brimelow (GB)

### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 2. 3. 2010**

#### **Amflora-Kartoffel mit der Lizenz zum Verschmutzen zugelassen**

Zur EU-Zulassung der genveränderten Industriekartoffel „Amflora“ erklart die verbraucherpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Elvira Drobinski-Weiss:

Wir fordern Ministerin Aigner auf, den kommerziellen Anbau von Amflora-Kartoffeln in Deutschland zu untersagen. Trotz gentechnikfreier Alternativen hat die EU-Kommission die genveränderte Industriekartoffel Amflora zugelassen. Das ist schlimm genug, denn damit werden Ablehnung der Verbraucherinnen und Verbraucher ignoriert. Und auch die Bedenken der Weltgesundheitsorganisation und der EU-Arzneimittelbehörde wegen des in der Kartoffel enthaltenen Antibiotika-Resistenzgens werden uebergangen.

Ein wirklich starkes Stueck ist aber: Die zur industriellen Verwertung entwickelte gentechnisch veraenderte Kartoffel darf an Tiere verfuettert werden und sogar bis zu einem Anteil von 0,9 Prozent in die Lebensmittelkette gelangen. Und dies, ohne zu Lebensmittelzwecken zugelassen zu sein. Das ist ein eklatanter Verstoss gegen das Vorsorgeprinzip, welches den Schutz von Mensch und Umwelt gewaehrleisten soll. Die deutsche Delegation hatte ihre Zustimmung zur Zulassung in einer Protokollnotiz vom 16. 7. 2007 davon abhaengig gemacht, dass eine Vermischung mit Lebensmitteln und Futtermitteln verhindert wird. Der Toleranzwert fuer Verunreinigungen in der Lebensmittelkette zeigt: Eine Vermischung ist offensichtlich nicht zu verhindern.

### **SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 3. 3. 2010**

#### **Bundesamt einigte sich mit Monsanto ohne Wissen Aigners**

Anlaesslich der erneuten Befragung der Bundesregierung zum Ruhenlassen des Gerichtsverfahrens gegen das Genmais-Anbauverbot erklart die verbraucherpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Elvira Drobinski-Weiss:

Nun ist die Katze aus dem Sack: Bereits am 5. Februar 2010 hat des Bundesamt fuer Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit BVL zugestimmt, das Gerichtsverfahren zum Anbauverbot fuer den genveränderten MON 810-Mais ruhen zu lassen. Aber erst am 18. Februar 2010 ist Ministerin Aigner informiert worden. Das darf sich Aigner nicht bieten lassen.

Und was vom immer wieder beteuerten Festhalten am MON 810-Anbauverbot zu halten ist, machte die ausweichende Antwort des Parlamentarischen Staatssekretaers auf die Frage nach dem Abstimmungsverhalten der Bundesregierung zur Neuzulassung von MON 810 deutlich.

Selbst wenn Ministerin Aigner tatsaechlich am Anbauverbot festhalten moechte: Sie wird es schwer haben, wenn hinter ihrem Ruecken Fakten geschaffen werden. Auch der Verdacht, dass Gespraechе zwischen Monsanto und BVL stattfinden, in denen Monsanto die Beendigung des Anbauverbots erreichen will, laesst sich nicht ausraeumen. Das eigenmaechtige Verhalten des BVL muss Konsequenzen haben.

## **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 12. 4. 2010**

### **Verlängerung des Branntweinmonopols sinnvoll Kreislaufwirtschaft durch die Schlempe- und Düngerverwertung hat sich bestens bewährt**

Zu Äußerungen von Bundeslandwirtschaftsministerin Ilse Aigner zu einer möglichen Verlängerung des Branntweinmonopols erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser MdB:

Das Branntweinmonopol hat für Deutschland weiterhin eine herausragende Bedeutung, sowohl für die Pflege der Kulturlandschaft als auch aus wirtschaftlichen Gründen. Deshalb begrüßen wir die heutige Erklärung von Bundeslandwirtschaftsministerin Ilse Aigner außerordentlich, dass eine Einigung auf europäischer Ebene möglich ist und danken ihr für ihre intensiven Bemühungen. Auch die Arbeitsgruppe für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz hat in Gesprächen mit Vertretern der EU-Kommission Anfang März 2010 auf die Bedeutung einer Verlängerung des Branntweinmonopols bis zum Jahr 2017 hingewiesen.

Dass mit der letztmaligen Verlängerung bis 2017 schmerzhafte Einschnitte verbunden sein werden, scheint klar. Dies ist aber die einzige Möglichkeit, eine nochmalige Verlängerung des Branntweinmonopols zu ermöglichen.

Viele Streuobstwiesen werden heute nur noch gepflegt und genutzt, weil Alkohol in kleinen und mittleren landwirtschaftlichen Brennereien dezentral produziert wird. Die Art der Kreislaufwirtschaft durch die Schlempe- und Düngerverwertung hat sich bestens bewährt. Außerdem liefern die Brennereien Wertschöpfung und Arbeitsplätze im gesamten ländlichen Raum, nicht nur in den Brennereien selbst, sondern auch in den Zulieferbetrieben (Apparatebauer, Landhandel und örtliches Handwerk).

## **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 13. 4. 2010**

### **Bundesregierung verspielt die Zukunft der Gemeinsamen Agrarpolitik**

Zur Position der Bundesregierung zur Weiterentwicklung der Gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) nach 2013 erklärt Friedrich Ostendorff, Sprecher für Agrarpolitik:

Die Bundesregierung hat es erneut versäumt, in der Agrarpolitik Antworten auf die großen Herausforderungen wie Klimaschutz, Schutz der Biodiversität und weltweite Ernährungssouveränität zu geben. Statt der notwendigen ökologischen und sozialen Reform der EU-Agrarpolitik in der Finanzperiode nach 2013 hat sich die Bundesregierung dafür entschieden, alles so zu lassen wie es ist. Damit trägt sie zur Verschärfung der Krise der bäuerlichen Landwirtschaft weltweit bei, verspielt Mittel, die für eine ökologische Modernisierung der europäischen Landwirtschaft dringend benötigt werden und ruiniert die Zukunft der Gemeinsamen Agrarpolitik. Ministerin Aigner versäumt es, das GAP-Budget gesellschaftlich zu legitimieren und öffnet damit Begehrlichkeiten anderer Ressorts Tür und Tor.

Die bisherige GAP begünstigt einseitig Betriebe, die keine oder kaum gesellschaftliche Leistungen erbringen. 85 Prozent der Zahlungen gehen an die 20 Prozent der Betriebe, die ohnehin schon begünstigt sind. Landwirte, die ökologische und gesellschaftliche Leistungen erbringen, werden hingegen benachteiligt. Die Mittel für eine ausreichende Honorierung von Gemeinwohlleistungen fehlen, weil das Geld an die Falschen ausbezahlt wird.

Wir fordern eine klare Qualifizierung von Agrarzahlungen: Wer Zusatzleistungen beim Klima-, Boden- und Tierschutz, bei der Kulturlandschaftspflege oder zum Erhalt der Artenvielfalt erbringt, muss leistungsgerecht dafür honoriert werden. Wer

hingegen allein auf Massenproduktion für den Weltmarkt setzt und sich nicht um die ökologischen und sozialen Folgen schert, kann keinen Anspruch mehr auf staatliche Förderung haben.

Die Bundesregierung erteilt einer solchen Qualifizierung der Agrarzahlungen nun eine Absage und setzt weiterhin auf die einseitige Förderung der Industrialisierung der Landwirtschaft. Insbesondere Bundesumweltminister Röttgen und der Minister für Wirtschaftliche Zusammenarbeit, Niebel, müssen sich fragen lassen, warum sie auf jegliche umwelt- und entwicklungspolitischen Akzente verzichtet haben. Mit diesem Positionspapier hat sich allein der Deutsche Bauernverband auf ganzer Linie durchgesetzt. Schwarz-gelbe Agrarpolitik bleibt damit Klientelpolitik und ignoriert alle anderen gesellschaftlichen Gruppen, statt diese in einen Dialog über die Zukunft der Gemeinsamen Agrarpolitik einzubinden.

## **Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 23. 4. 2010**

### **Signalurteil zum Schweinepatent: Jetzt EU-Biopatentrichtlinie ändern**

Zum Widerruf des sogenannten „Schweine-Patents“ durch das Europäische Patentamt (EPA) erklärt Ulrike Höfken, Sprecherin für Ernährungspolitik und Agrotechnik:

Der Widerruf des Schweine-Patents ist ein großer Sieg für Greenpeace, Misereor, den Deutschen Bauernverband, die Bäuerliche Erzeugergemeinschaft Schwäbisch Hall und andere Kläger.

Die jetzige Entscheidung darf aber keine Ausrede für Ministerin Aigner sein, sich zurückzulehnen und auf die mangelhafte Selbstkontrolle des EPA zu vertrauen. Es kann nicht sein, dass Rechtssicherheit für Landwirte und Züchter erst durch Klagen gegen bereits erteilte Patente geschaffen wird. Wir fordern darum die Bundesregierung auf, endlich ihr Versprechen aus dem Koalitionsvertrag einzulösen und sich mit Nachdruck in Brüssel für eine Reform des EU-Patentrechts einzusetzen.

Dass die Selbstkontrolle des EPA nicht funktioniert zeigt sich daran, dass zu weit reichende Patentansprüche wie die beim Schweine-Patent oftmals erst von Dritten aufgedeckt werden. Sie verursachen hohe Kosten, steigern die Abhängigkeit von Landwirtschaft und mittelständischen Züchtern und beeinträchtigen die wissenschaftliche Forschungsfreiheit. Die zunehmende Kontrolle der gesamten Lebensmittelkette durch Konzerne bedroht zudem die Sortenvielfalt bei Kulturpflanzen und damit die globale Ernährungssicherheit.

## **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 12/2010 vom 4. 3. 2010**

### **Mindesthebesatz von 200% für Gewerbesteuer verfassungsgemäß**

Seit dem 1. Januar 2004 sind Gemeinden nach § 1, § 16 Abs. 4 Satz 2 GewStG verpflichtet, Gewerbesteuern zu einem Mindesthebesatz von 200 % zu erheben. Zuvor stand es den Gemeinden frei, jeden beliebigen Hebesatz festzusetzen und durch eine Festsetzung des Hebesatzes auf Null von der Erhebung der Gewerbesteuer gänzlich abzusehen.

Die Beschwerdeführerinnen, zwei Gemeinden in Brandenburg, wenden sich mit Kommunalverfassungsbeschwerden gegen die Neuregelung. Sie wollen weiterhin die Möglichkeit haben, wie in der Vergangenheit niedrigere Hebesätze zu bestimmen oder keine Gewerbesteuer zu erheben.

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen (Beschluss vom 27. 1. 2010 – 2 BvR 2185/04 und 2 BvR 2189/04). Der gesetzlich vorgeschriebene Mindesthebesatz von 200 % für die Gewerbesteuer ist verfassungskonform. Die Neuregelung verstößt nicht gegen die grundgesetzlich gewährleistete kommunale Finanzhoheit und die von ihr umfasste Hebesatzautonomie. Art. 28 Abs. 2 in

Verbindung mit Art. 106 Abs. 6 GG gewährleisten nicht, dass den Gemeinden das Recht zur Festsetzung des Hebesatzes der Gewerbesteuer ohne gesetzliche Einschränkungen eingeräumt wird. Die mit dem gesetzlichen Mindesthebesatz von 200 % verbundene Beschränkung des Hebesatzrechts berührt die Finanzautonomie der Gemeinde nicht in ihrem Kernbereich, weil den Gemeinden ein erheblicher Gestaltungsspielraum erhalten bleibt.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Die Neuregelung ist durch die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 105 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 72 Abs. 2 GG gedeckt. Sie ist zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich.

Die Vorschriften verstoßen nicht gegen die im Grundgesetz als Bestandteil der allgemeinen Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG) gewährleistete und konstitutiv durch Art. 106 Abs. 6 Satz 2 und Art. 28 Abs. 2 Satz 3 GG verstärkte kommunale Finanzhoheit.

Art. 28 Abs. 2 Satz 3 und Art. 106 Abs. 6 Satz 2 GG gewährleisten nicht, dass den Gemeinden das Recht zur Festsetzung des Hebesatzes der Gewerbesteuer ohne gesetzliche Einschränkungen eingeräumt wird. Die gemeindliche Hebesatzautonomie verlangt insbesondere keine unentziehbare Befugnis der Gemeinden, auf die Erhebung der Gewerbesteuer ganz zu verzichten. Das Grundgesetz fußt weder in seiner ursprünglichen Fassung noch in seinen späteren Änderungen auf einer einfachgesetzlichen Tradition uneingeschränkter Gestaltungsfreiheit der Gemeinden bei den Hebesätzen. Mit der wettbewerblichen Funktion der Gewährleistung eines Hebesatzrechts können auch gesetzliche Bestimmungen vereinbar sein, die die Freiheit des Wettbewerbsverhaltens begrenzen, um den Wettbewerb in gemeinwohlverträglichen Bahnen zu halten. Den Gemeinden ist weder eine bestimmte Aufkommenshöhe noch die Gewerbesteuer als solche von Verfassungen wegen garantiert.

Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des gemeindlichen Hebesatzrechts lässt allerdings keine beliebigen Einschränkungen zu. Der „Rahmen der Gesetze“, an den Art. 106 Abs. 6 Satz 2 GG das Hebesatzrecht bindet, darf nicht beliebig eng gezogen werden. Die Finanzhoheit muss den Gemeinden im Kern erhalten bleiben. Das Hebesatzrecht darf nicht unverhältnismäßig beschränkt werden.

Diesen Anforderungen wird der gesetzliche Mindesthebesatz von 200 % für die Gewerbesteuer gerecht. Die Regelung dient dem legitimen Ziel, die Bildung von „Steueroasen“ zu verhindern und die Streuung von Gewerbebetrieben über das ganze Land hinweg zu fördern sowie der Sicherung der verfassungsrechtlich vorgesehenen Gewerbesteuer-Umlage. Da die Berechnung der Umlage vom Ist-Aufkommen der Gewerbesteuer abhängt, kann sich eine Gemeinde durch Festsetzung des Hebesatzes auf Null der Abführung der Umlage entziehen. Die Festlegung eines Mindesthebesatzes verhindert, dass Gemeinden einen Anteil an der Einkommensteuer erhalten, ohne sich an der Gegenfinanzierung durch die Gewerbesteuerumlage zu beteiligen. Ein Mindesthebesatz von 200 % wahrt auch die Grenzen der Zumutbarkeit. Das Hebesatzrecht als solches bleibt den Gemeinden weiter erhalten. Bei dem maßvollen, weit unter dem Durchschnitt liegenden Mindesthebesatz von 200 % ist es ihnen weiterhin möglich, Standortnachteile auszugleichen und am interkommunalen Wettbewerb um Gewerbeansiedlungen teilzunehmen. Ihnen bleibt ein erheblicher Gestaltungsspielraum erhalten.



## SPD-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 24. 2. 2010

### Keine Beeridigung der Gewerbesteuer

Zur geplanten Abschaffung der Gewerbesteuer erklärt der kommunalpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Bernd Scheelen:

Nach dem heute bei der schwarz-gelben Regierungskoalition auf der Tagesordnung stehenden Kabinettsbeschluss zur Einsetzung einer „Kommission zur Erarbeitung von Vorschlägen zur Neuordnung der Gemeindefinanzierung“ steht fest: die Gewerbesteuer soll abgeschafft werden.

Diesen Angriff auf die vom Deutschen Staedtetag, Deutschen Staedte- und Gemeindebund und Deutschen Landkreistag gleichermaßen verteidigte selbstaendige Einnahmequelle konnten wir in der Vergangenheit erfolgreich abwehren. Es ist uns sogar gelungen, die Gewerbesteuer fuer die Kommunen berechenbarer zu machen. Wir werden uns auch weiterhin erneut mit allen Mitteln gegen diesen Politstreich zur Wehr setzen.

Die besondere Ironie besteht darin, dass alle kommunalen Spitzenverbaende zu dieser Beeridigung erster Klasse eingeladen werden sollen.

## DStGB – Pressemitteilung vom 25. 3. 2010

### EuGH stärkt Gestaltungsfreiheit der Städte und Gemeinden: Kommunale Immobiliengeschäfte nicht ausschreibungspflichtig

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund sieht in dem heutigen Urteil des Europäischen Gerichtshofs, wonach die Veräußerung kommunaler Grundstücke an private Investoren nicht ausschreibungspflichtig ist, ein eindeutiges Signal für ein Mehr an kommunalem Gestaltungsspielraum.

„Mit der Entscheidung hat der Europäische Gerichtshof das durch ein Miteinander von Kommunen und Investoren geprägte deutsche Städtebaurecht gestärkt. Weiter hat der EuGH der von deutschen Oberlandesgerichten, insbesondere vom OLG Düsseldorf („Ahlhorn-Rechtsprechung“), vertretenen Auffassung nach Anwendung des formalisierten Vergaberechts bei kommunalen Immobiliengeschäften eine Absage erteilt“, kommentierte das Geschäftsführende Präsidialmitglied des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Dr. Gerd Landsberg, das Urteil.

„Mit der Entscheidung wird nach einem über zweijährigen Rechtsstreit eindeutig festgestellt, dass die Städte und Gemeinden beim Verkauf kommunaler Grundstücke und bei der Suche nach einem geeigneten Investor im Rahmen eines transparenten Verfahrens große Handlungsspielräume haben. Auch ist mit dieser Entscheidung endgültig klargestellt, dass das im April letzten Jahres in Kraft getretene neue Bundesgesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, wonach ein Bauauftrag stets eine der Kommune unmittelbar wirtschaftliche zugute kommende Bauleistung durch Dritte beinhalten muss, dem EU-Recht standhält“, hob Landsberg positiv hervor.

## CDU/CSU-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 20. 4. 2010

### Keine Schlechterstellung von Kommunen bei der EU-Neuregelung von Zahlungsverzug Einführung eines Sonderprivatrechts für öffentliche Stellen begegnet grundlegenden verfassungs- und rechtspolitischen Bedenken

Die EU-Kommission plant die Neufassung einer Richtlinie, die die Folgen des Zahlungsverzugs grundlegend ändern würde. Dazu erklären der rechtspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Michael Grosse-Brömer MdB, und der zuständige Berichterstatter im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, Dr. Stephan Harbarth MdB:

Die Initiative der Europäischen Kommission zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr ist grundsätzlich begrüßenswert. Insbesondere die Kommunen dürfen dabei aber nicht unangemessen benachteiligt werden.

Klar ist, dass wegen der derzeit herrschenden restriktiven Kreditvergabe Schuldner gezwungen werden müssen, fällige Rechnungen umgehend zu begleichen. Für das Funktionieren unserer Sozialen Marktwirtschaft ist es unabdingbar, dass den Unternehmen – insbesondere den kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) – ausreichende Liquidität zur Verfügung steht.

Das angestrebte Ziel, Zahlungsverzug noch wirksamer zu bekämpfen, darf indes nicht zu Lasten der Vertragsfreiheit gehen. Diese ist als Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit grundgesetzlich geschützt. So muss die individualvertragliche Vereinbarung von Zahlungsfristen nach wie vor möglich bleiben.

Auch die von der Kommission geplante Einführung eines Sonderprivatrechts für öffentliche Stellen begegnet grundlegenden verfassungs- und rechtspolitischen Bedenken. So dürfen Kommunen und andere öffentliche Stellen nicht durch besonders strenge Sanktionen im Falle des Zahlungsverzugs gegenüber privaten Unternehmen unangemessen benachteiligt werden. Der Kommissionsentwurf schießt hier an einigen Stellen weit über das Ziel hinaus.

So ist nicht nachvollziehbar, weshalb öffentliche Stellen neben den ohnehin schon nach geltendem Recht zu zahlenden Verzugszinsen auch noch eine Pauschalentschädigung in Höhe von fünf Prozent der Gesamtsumme leisten sollen. Und das unabhängig davon, ob sie einen Tag oder eine lange Zeit im Verzug sind. Eine solche Pauschalentschädigung ist abzulehnen. Sie ist nicht nur unangemessen, sondern wäre auch eine nicht zu rechtfertigende Zusatzbelastung für die Steuerzahler. Steuerfelder sollten verantwortungsbewusst und zukunftsorientiert eingesetzt und nicht für übertriebene Strafzahlungen vergeudet werden.

Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion wird sich daher im Interesse der kleinen und mittleren Unternehmen und der Steuerzahler für Verbesserungen des Kommissionsentwurfs einsetzen.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 25. 2. 2010**

##### **Neue Länder werden nicht zurückstehen Gesamtdeutsches Interesse an der Erschließung der Wirtschaftsräume in Ostdeutschland**

Zum verkehrs- und baupolitischen Dialog des Bundesministers für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung Dr. Peter Ramsauer mit den CDU-Bundestagsabgeordneten der neuen Länder erklärt der für den Aufbau Ost zuständige stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Arnold Vaatz MdB:

Investitionen in die Verkehrsinfrastruktur sind Investitionen in die Zukunft unseres Landes insgesamt. Deutschland ist als Industrieland auf ein leistungsfähiges Verkehrsnetz angewiesen. Dieses Netz muss weiter ausgebaut und erhalten werden. Daher ist es erforderlich, weiterhin auf hohem Niveau Investitionen zu tätigen. Die ostdeutschen Unionsabgeordneten werden darauf drängen, dass es bei den Mitteln für die Verkehrsinfrastruktur nicht zu Einschnitten kommt. Es gibt keinen Anlass, Ost und West gegeneinander auszuspielen. Die Unionsfraktion hat Deutschland als Ganzes im Blick. Es gibt ein gesamtdeutsches Interesse an der Erschließung der Wirtschaftsräume in Ostdeutschland. Für Ostdeutschland ist vor allem wichtig, dass der Bundesverkehrsminister den Bau einer leistungsfähigen Schienenverbindung von den deutschen Ostseehäfen über Berlin und Dresden nach Südosteuropa vorantreiben wird.

Bei dem Treffen wurde auch über die Folgen des demografischen Wandel diskutiert, der sich besonders in den ostdeutschen Ländern bemerkbar macht. Angesichts gravierender Veränderungen wie Alterung der Gesellschaft, Bevölkerungsrückgang und Wanderungsbewegungen muss vor allem die ländliche In-

frastruktur gestärkt werden. Ziel ist es, die Menschen in dünn besiedelten Landstrichen stärker zu unterstützen. Städte und Gemeinden im ländlichen Raum müssen gezielter gefördert werden. Wir begrüßen die Initiative des Verkehrsministers für die ländliche Infrastruktur, die noch in diesem Jahr beginnen soll. Dafür sind 20 bis 30 Millionen Euro vorgesehen. Zudem können mit dem Programm „Stadtumbau Ost“ die Innenstädte weiter aufgewertet und Altbausubstanz saniert werden. Mit dem „Stadtumbau West“ wird Kommunen in den alten Bundesländern bei der Bewältigung des demografischen und des wirtschaftlichen Strukturwandels geholfen. Beide Programme sind langfristig angelegt und bis zum Jahr 2016 mit finanziellen Mitteln ausgestattet.

#### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 17. 3. 2010**

##### **Insolvenzrecht zügig modernisieren Unternehmensgründer nach einem Fehlstart eine zweite Chance geben**

Der rechtspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Michael Grosse-Brömer MdB und die zuständige Berichterstatterin der CDU/CSU-Bundestagsfraktion im Rechtsausschuss, Elisabeth Winkelmeier-Becker MdB erklären zum an diesem Mittwoch in Berlin beginnenden 7. Deutschen Insolvenzrechtstag:

Die weitere Modernisierung der seit 1999 geltenden Insolvenzordnung duldet angesichts der krisenbedingt angespannten Lage vieler kleiner und mittlerer Unternehmen keinen Aufschub. Es ist daher zu begrüßen, dass das zuständige Bundesministerium der Justiz auf Drängen der Koalitionsfraktionen angekündigt hat, in den nächsten Monaten einen ersten Gesetzentwurf vorzulegen.

Die Voraussetzungen für den Erhalt von möglichst vielen Arbeitsplätzen müssen verbessert werden, indem die Restrukturierung und Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen erleichtert wird. Hierfür ist es besonders wichtig, bereits bestehende Sanierungsmöglichkeiten – u. a. das sogenannte Insolvenzplanverfahren – effektiver zu gestalten und noch stärker auf die Frühsanierung von Unternehmen auszurichten. Damit soll Unternehmern das Signal gegeben werden, dass sich frühzeitig ergriffene Sanierungsschritte lohnen, um eine angeschlagene Gesellschaft dauerhaft zu erhalten.

Zudem wäre es hilfreich, mit einer Neufassung des Insolvenzstatistikgesetzes klarere Erkenntnisse über tatsächliche Verläufe und Ergebnisse von Insolvenzverfahren zu gewinnen. Denn die mediale Wahrnehmung von Unternehmensinsolvenzen ist meist einseitig auf Fälle beschränkt, in denen ein Unternehmen zerschlagen und aufgelöst wird. Mit Hilfe von zielgenauem statistischem Material können dagegen Sanierungserfolge und Unternehmensrettungen in Zukunft besser sichtbar gemacht werden. Dies kann langfristig dabei helfen, der Stigmatisierung von Unternehmen entgegenzuwirken, die in Insolvenz gehen mussten.

Schließlich sollten Unternehmensgründer nach einem Fehlstart eine zweite Chance erhalten. Der Zeitraum der Restschuldbefreiung sollte – auch angesichts der Regelungen europäischer Nachbarländer – auf drei Jahre verkürzt werden. Ob

Zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) Ausgabe September/Oktober 2009 erschien die Beilage 50a zu Heft 50:

**Claudia R. Cymutta,  
Miete und Insolvenz**

Einzelstücke der Beilage 50a, Umfang 96 Seiten, DIN A5, können zum Preis von 16,00 EUR inkl. 7% MwSt zzgl. Porto bei der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Fax 0228/470954, info@prewest.de, bezogen werden. Preis bei Mehrbezug auf Anfrage.

diese Wohlverhaltensphase genauso bei Verbraucherinsolvenzen verkürzt werden kann, wird angesichts der damit verbundenen schwierigen Fragen in den parlamentarischen Beratungen zu klären sein.

### **DStV – Pressemitteilung vom 2. 3. 2010**

#### **Deutscher Steuerberaterverband e.V. verlangt praxisgerechtes Umsatzsteuerrecht**

Bürokratieabbau und Steuervereinfachung sind die prägenden Begriffe des Koalitionsvertrags. Mit der bevorstehenden Umsetzung der EUMehrwertsteuer-Richtlinie in nationales Recht droht der Praxis allerdings eine erhebliche Fristverkürzung, die diesen Zielen gänzlich entgegen steht.

Unternehmer müssen seit dem Jahr 2010 nicht nur grenzüberschreitende Lieferungen, sondern nunmehr auch sonstige Leistungen wie Dienstleistungen in den EU-Mitgliedstaaten in einer „Zusammenfassenden Meldung“ deklarieren - künftig ohne Möglichkeit einer Dauerfristverlängerung. Die Mitgliedstaaten dürfen dieses Manko wenigstens teilweise ausgleichen, indem sie die Regelabgabefrist für alle Unternehmer bis zu einem Monat verlängern. Unverständlicherweise will der deutsche Gesetzgeber aber diesen Rahmen zu Gunsten der Steuerpflichtigen nicht ausschöpfen. Abgabetermin für die „ZM“ soll bereits der 25. Tag nach Ablauf des Meldungszeitraums sein. Die Argumentation, wonach der Unternehmer damit 15 Tage gegenüber dem status quo gewinne, geht meist fehl. Derzeit steht dem Großteil der Steuerpflichtigen ein zusätzlicher Monat mit der Dauerfristverlängerung zur Verfügung. Würde der vorliegende Gesetzesvorschlag umgesetzt, träten für diese Fälle zur Fristverkürzung von zehn Tagen durch EU-Recht noch fünf Tage hinzu.

Beispiel: Für den Monat Februar musste bisher der Unternehmer im Falle einer Dauerfristverlängerung die ZM spätestens am 10. April abgeben. Nach EU-Recht wäre dies der 30. März, nach den Plänen der Bundesregierung sogar der 25. März.

Eine derartige Fristverkürzung hätte zur Folge, dass Umsatzsteuervoranmeldungen und Zusammenfassende Meldungen nicht mehr gemeinsam abgegeben werden können. Dies bedeutete doppelten Aufwand und Kosten für die Steuerpflichtigen. Neben seiner Kritik im Finanzausschuss hat sich der DStV daher nochmals an die drei im Deutschen Bundestag vertretenen Steuerberater gewandt, um auf eine praxisgerechte Umsetzung der europäischen Vorgaben zu drängen.

### **Weniger Bürokratie für Kleinbetriebe**

#### **Mitgliedsstaaten sollen Ausnahmen von der Bilanzierungspflicht zulassen Beschluss des Europäischen Parlamentes voraussichtlich Ende Februar**

Für Kleinbetriebe in der Europäischen Union soll es künftig weniger Bürokratie geben. Der Rechtsausschuss des Europäischen Parlamentes verabschiedete am 28.01.2010 entsprechende Änderungen einer EU-Richtlinie, die jetzt noch vom Plenum des Europäischen Parlamentes (voraussichtlich Ende Februar) angenommen werden müssen. Danach können die Mitgliedsstaaten künftig Kleinbetriebe von der Verpflichtung zu Jahresabschlüssen ausnehmen. Die Pflicht zur Aufzeichnung der geschäftlichen Transaktionen und zur Dokumentation der finanziellen Situation soll indes erhalten bleiben. Voraussetzung für die Qualifizierung als Kleinbetrieb ist, dass der Betriebe zwei der nachfolgenden drei Kriterien erfüllt: maximal 10 Beschäftigte im Durchschnitt des Geschäftsjahres, 1 Mio. EUR Jahresumsatz und 500.000 EUR Bilanzsumme. Der Vorschlag zur Entlastung der Kleinbetriebe entstammt einem Vorschlag der so genannten »Stoiber-Gruppe«, die sich um Bürokratieabbau bei der EU-Gesetzgebung kümmert.

Quelle: Woche in Brüssel (wib) vom 1. 2. 2010, hrsgg. vom Sachsen-Verbindungsbüro Brüssel

### **DStV – Pressemitteilung vom 26. 4. 2010**

#### **DStV gegen Selbstentmachtung des Europäischen Parlaments im Bilanzrecht**

„Mit Sorge begleiten wir die derzeitigen Überlegungen in Brüssel, die internationalen Rechnungslegungsstandards IFRS for SMEs zu übernehmen, anstatt die europäischen Richtlinien weiterzuentwickeln“, erklärt StB/WP Hans-Christoph Seewald, Präsident des Deutschen Steuerberaterverbandes e.V. (DStV). „Das europäische Parlament muss auf die Rechtsentwicklung der Rechnungslegung in Europa Einfluss nehmen können und darf dies nicht einem privaten Gremium überlassen.“

Zum Hintergrund:

Die Europäische Kommission plant, das europäische Bilanzrecht, das bisher in der vierten EG-Richtlinie geregelt ist, zu überarbeiten. Die gemeinschaftsrechtlichen Regeln geben auch für Deutschland den Gestaltungsrahmen für die nationalen Bilanzierungsvorschriften vor. Mehrere europäische Länder drängen zu einer Einführung der internationalen Rechnungslegungsstandards IFRS for SMEs (International Financial Reporting Standards for Small and Medium-Sized Entities) für kleine und mittelständische Unternehmen.

Grund für die neue Initiative ist die bislang in Europa sehr uneinheitliche Bilanzierung, welche eine Vergleichbarkeit der Jahresabschlüsse von Gesellschaften verschiedener Länder erschwert. Zwar hat die Europäische Kommission bereits in der Vergangenheit den Versuch einer Annäherung unternommen; Widerstände in verschiedenen Mitgliedstaaten haben jedoch zu zahlreichen Wahlrechten in der europäischen Richtlinie geführt, so dass eine Angleichung weitgehend ausblieb.

Der DStV begrüßt grundsätzlich die Absicht, das europäische Regelwerk zu überarbeiten, um für grenzüberschreitend tätige Unternehmen den Verwaltungsaufwand zu verringern. Dies darf jedoch nach Auffassung des DStV keinesfalls durch eine direkte Übernahme der von dem privaten International Accounting Standards Board (IASB) in England erarbeiteten Standards erfolgen.

Auch inhaltlich können die IFRS for SMEs nicht überzeugen. Sie betonen zu stark den Informationszweck der Rechnungslegung für Investoren. Dieser darf aber gerade bei mittelständischen Unternehmen nicht überbewertet werden. Neben dem Informationszweck bildet die Bilanz die Grundlage der Ausschüttungsbemessung und ist so unmittelbar mit der Kapitalerhaltung bei haftungsbeschränkten Gesellschaftsformen verbunden. Ferner wird sie als Grundlage für die Besteuerung herangezogen. Diese Zwecke müssen durch ein einziges Rechenwerk erfüllt werden, da sonst gerade der mittelständischen Wirtschaft enorme Zusatzkosten aufgebürdet werden. Diese Anforderungen erfüllt eine IFRS-Bilanz jedoch nicht.

Ein wesentlicher Kritikpunkt ist, dass die IFRS for SMEs für viele Fälle eine Bilanzierung zu Zeitwerten vorsehen. Dieses sog. Fair Value-Konzept hat sich in den Ländern, welche es bereits anwenden, in der Finanzmarktkrise als „Brandbeschleuniger“ erwiesen, da noch nicht am Markt realisierte Wertsteigerungen von Beteiligungen und Finanzanlagen bereits gewinnerhöhend bilanziert wurden. Außerdem bieten die IFRS for SMEs keine abschließende Lösung für den Ausweis des Eigenkapitals der in Deutschland weit verbreiteten Rechtsform der Personengesellschaft.

Nach langjährigen Beratungen, in die der DStV eng eingebunden war, ist im Jahre 2009 mit dem Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG) in Deutschland eine grundlegende Überarbeitung der handelsrechtlichen Bilanzregeln erfolgt. Durch eine wohlüberlegte Annäherung an internationale Rechnungslegungsstandards ist die Aussagekraft der Jahresabschlüsse auch für Informationszwecke deutlich gesteigert worden, ohne grundlegende Prinzipien wie das Verbot des Ausweises nicht realisierter Gewinne aufzugeben. Einer Einführung der Fair Value-Bewertung in der von den IFRS vorgesehenen Breite wurde nach gründlicher Diskussion in Deutschland eine

Absage erteilt. Ein wichtiges Argument gegen eine weitreichende Fair Value-Bewertung war die dafür notwendige kostspielige und aufwendige Bestimmung des Verkehrswertes, die häufig nur schätzweise möglich ist.

Der DStV und seine Landesverbände haben im Rahmen der Konsultation der Europäischen Kommission zur möglichen Einführung von IFRS for SMEs ihre Haltung klar dargelegt und eigene Vorschläge für eine sinnvolle europaweite Harmonisierung der Rechnungslegung erläutert. Sie treten für eine Weiterentwicklung der bestehenden europäischen Richtlinie zu einem eigenen Rechnungslegungssystem ein, das durch die Streichung einer Vielzahl von Wahlrechten zu einer einheitlichen Bilanzierung in Europa führt. Dieses Vorgehen würde das Europäische Parlament auch in die Lage versetzen, die Normen dieses wichtigen Rechtsgebiets in Zukunft selbst zu setzen.

Der DStV würde es begrüßen, wenn sich die Bundesregierung auch auf europäischer Ebene dafür einsetzt, dass Vorschriften zur Rechnungslegung in Europa weiterhin von demokratisch legitimierten Gremien verabschiedet werden.

### **CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 31. 3. 2010**

#### **Deutschkenntnisse vor Einreise für nachziehende Ehegatten verfassungsgemäß Beherrschen der deutschen Sprache ist unbestritten der Schlüssel zu einer erfolgreichen Integration**

Zum heutigen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts erklärt der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Günter Krings MdB:

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die seit 2007 erforderlichen einfachen Deutschkenntnisse beim Ehegattennachzug im Einklang mit Grundgesetz und Europarecht stehen, ist außerordentlich zu begrüßen. Die Bundesrichter schaffen damit die überfällige Klarheit, dass die seinerzeit gegen umfangreiche Widerstände geschaffene Regelung im Einklang mit dem Grundrecht von Ehe und Familie steht. Die entsprechende Regelung des Aufenthaltsgesetzes soll Zwangsehen verhindern, weil Frauen durch den Erwerb von Sprachkenntnissen vor der Einreise in ihrer sprachlichen und sozialen Kompetenz gestärkt werden. Allen ausländischen Familien wird das unmissverständliche Signal gesendet, dass es ohne Deutsch nicht geht. Denn das Beherrschen der deutschen Sprache ist unbestritten der Schlüssel zu einer erfolgreichen Integration in Deutschland schlechthin. Besonders erfreulich ist der an Deutlichkeit nicht zu überbietende Hinweis des Gerichts, dass der klagenden Analphabetin und Mutter von fünf Kindern aus der Türkei sowohl die Alphabetisierung als auch der Erwerb einfacher deutscher Sprachkenntnisse vor der Einreise nach Deutschland zumutbar ist.

### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 14/2010 vom 9. 3. 2010**

#### **Verfassungsbeschwerde gegen Versuchsreihen am „CERN“ unzulässig**

Die Beschwerdeführerin ist eine deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz im Ausland. Mit einem Eilantrag zum Verwaltungsgericht Köln versuchte sie vergeblich, die Bundesrepublik Deutschland zu verpflichten, gegen die Versuchsreihen der Europäischen Organisation für kernphysikalische Forschung (Organisation Européenne pour la Recherche Nucléaire - CERN) einzuschreiten. In dieser Forschungseinrichtung können nach einer in der kernphysikalischen Wissenschaft diskutierten Theorie sogenannte Miniatur-Schwarze-Löcher erzeugt werden. Nach überwiegender wissenschaftlicher Meinung birgt dieser Versuchsaufbau am CERN kein Gefahrenpotential. Die Beschwerdeführerin befürchtet allerdings eine Zerstörung der Erde durch die geplante Versuchsreihe. Mit ihrem Antrag hatte sie auch in der Rechtsmittelinstanz keinen Erfolg.

Die Beschwerdeführerin rügt mit ihrer Verfassungsbeschwerde insbesondere eine Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Die Bundesrepublik Deutschland sei wegen ihrer Beteiligung an „CERN“ von Verfassungen wegen verpflichtet, auf diese Organisation einzuwirken, um die bei der Versuchsreihe eingesetzte Energie auf ein unbedenkliches Maß zu beschränken. Dies gelte jedenfalls solange, wie die Warnung, die Erde könne zerstört werden, nicht empirisch widerlegt sei.

Die 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat diese Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 18.2.2010 – 2 BvR 2502/08). Sie ist unzulässig, weil die Beschwerdeführerin nicht substantiiert darlegt, dass sie durch die ablehnenden Gerichtsentscheidungen in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt ist. Ein schlüssiger Vortrag der Beschwerdeführerin, der von ihr befürchtete Schaden werde eintreten, fehlt. Für die Darlegung der Möglichkeit eines solchen Schadenseintritts genügt es insbesondere nicht, Warnungen auf ein generelles Misstrauen gegenüber physikalischen Gesetzen, also gegenüber theoretischen Aussagen der modernen Naturwissenschaft zu stützen. Praktisch vernünftige Zweifel setzen - wenigstens - die Auseinandersetzung mit Gegenbeispielen, also Widerlegungsversuchen der jeweiligen Aussagen voraus. Namentlich im Bereich der theoretisch weit fortgeschrittenen Naturwissenschaften erfordern vernünftige Zweifel zudem ein hinreichendes fachliches Argumentationsniveau. Dabei kann man sich nicht wie die Beschwerdeführerin auf solche Hilfsvermutungen beschränken, die ihrerseits mit dem bewährten, anerkannten Hintergrundwissen des jeweiligen Faches in Widerspruch stehen und nach ihrem eigenen Vortrag bislang weder wissenschaftlich publiziert, noch auch nur in Umrissen theoretisch ausgearbeitet sind.

Ebensowenig reicht es für einen schlüssigen Vortrag aus, dass die Beschwerdeführerin Schadensereignisse als mögliche Folge der Versuchsreihe ankündigt und diese Ankündigung damit zu begründen sucht, dass sich die Gefährlichkeit der Versuchsreihe eben in den von ihr für möglich gehaltenen Schadensereignissen manifestiere. Ein solches Vorgehen hinzunehmen hieße, Strategien zu ermöglichen, beliebige Forschungsanliegen durch entsprechend projektspezifische Warnungen zu Fall zu bringen.

Die Größe eines vermeintlichen Schadens - hier die Vernichtung der Erde - erlaubt keinen Verzicht auf die Darlegung, dass ein wenigstens hypothetisch denkbarer Zusammenhang zwischen der Versuchsreihe und dem Schadensereignis besteht.

Ob und inwiefern eine staatliche Schutzpflicht zugunsten Grundrechtsberechtigter auch in den Fällen besteht, in denen - wie vorliegend - die behauptete Gefahr von einer internationalen Organisation ausgeht, an der Deutschland beteiligt ist, bedarf danach keiner Entscheidung.

Das Oberverwaltungsgericht konnte sich hier darauf beschränken, die von der Bundesregierung vorgenommene Einschätzung des Gefährdungspotentials zu kontrollieren. Für diese Bewertung obliegt der Exekutive im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeit eine gesteigerte Verantwortung für Entscheidungen, die auf ungewissen Folgenabschätzungen beruhen. Das gilt insbesondere dann, wenn wissenschaftlich und praktisch noch unerschlossenes Neuland betreten wird. Es ist nicht Sache der gerichtlichen Kontrolle, die der Exekutive zugewiesene Wertung wissenschaftlicher Streitfragen einschließlich der daraus folgenden Risikoabschätzung durch eine eigene Bewertung zu ersetzen.

Die danach durch die Exekutive pflichtgemäß vorzunehmende Bewertung ist vorliegend erfolgt. Der wissenschaftliche Meinungsstand zur Gefährlichkeit der von der Organisation betriebenen Versuche lässt sich - soweit aus den vorgelegten Unterlagen ersichtlich - dahingehend zusammenfassen, dass selbst die Vertreter der Minderheit, die ein Schadensszenario für möglich halten, lediglich behaupten, dass die von ihnen aufgezeigten theoretischen Denkmodelle, die von einer Vielzahl unwäg-

barer Prämissen abhängen, bisher nicht widerlegt worden seien. Demgegenüber schließt die Mehrheit der mit dieser Frage befassten Wissenschaftler schon die Möglichkeit des Eintritts dieser Prämissen aus. Entsprechende Szenarien sehen sie sogar als widerlegt an.

#### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 26/2010 vom 23. 4. 2010**

##### **Beschwerden gegen Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs und gegen eine Terminbestimmung im sozialgerichtlichen Prozess nicht zur Entscheidung angenommen**

Der Beschwerdeführer zu 1) machte erfolglos Leistungen der gesetzlichen Unfallversicherung geltend, weil er während seines Grundwehrdienstes in der NVA ionisierenden Strahlen ausgesetzt gewesen sei. In seinem sozialgerichtlichen Verfahren hatte er einen Richter des Bundessozialgerichts wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt, weil dieser sich im Jahr 2004 in einem Workshop eines berufsgenossenschaftlichen Instituts zum Bericht der sogenannten Radarkommission geäußert hatte. Der Ablehnungsantrag war vom Bundessozialgericht zurückgewiesen worden.

Der Beschwerdeführer zu 2) ist ein eingetragener Verein, der sich die gemeinschaftliche Vertretung von Interessen Strahlengeschädigter zur Aufgabe gemacht hat.

Beide Beschwerdeführer richten sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde gegen die Zurückweisung des Ablehnungsgesuchs. Darüber hinaus beantragt der Beschwerdeführer zu 2) den Erlass einer einstweiligen Anordnung, den vom Bundessozialgericht angesetzten Termin zur mündlichen Verhandlung, an dem der erfolglos abgelehnte Richter teilnehmen werde, aufzuheben und den Rechtsstreit erst nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts fortzuführen.

Die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 19. 4. 2010 – 1 BvR 626/10). Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu 1) ist unbegründet, diejenige des Beschwerdeführers zu 2) unzulässig.

Eine Entziehung des gesetzlichen Richters im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG liegt nicht vor, weil wissenschaftliche Äußerungen zu einer für das Verfahren bedeutsamen Rechtsfrage alleine noch kein Befangenheitsgrund sind. Zweifel an der Unvoreingenommenheit eines Richters können erst dann auftreten, wenn die Nähe der Äußerungen zu der von einem Beteiligten in einem konkreten Prozess vertretenen Rechtsauffassung bei einer Gesamtbetrachtung nicht zu übersehen ist, und die wissenschaftliche Tätigkeit des Richters vom Standpunkt anderer Prozessbeteiligter aus die Unterstützung dieses Beteiligten bezweckt. Die Erheblichkeit der Äußerungen für ein Rechtsgebiet sowie die Möglichkeit, dass die im Diskurs vertretene Meinung eines Richters von anderen aufgegriffen werden kann, stellen noch keine Besonderheiten in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung dar. Eine subjektive Parteilnahme des Richters in seinem Vortrag oder eine Bezugnahme auf einen konkreten Sachverhalt wird nicht behauptet. Die zitierten Äußerungen des Richters betreffen abstrakte Kausalitätsfragen und nehmen grundsätzlich auf gesetzliche Erfordernisse Bezug.

Der Beschwerdeführer zu 2), der nicht als Partei an dem Verfahren vor dem Bundessozialgericht beteiligt war, ist durch die Zurückweisung des Befangenheitsgesuchs nicht in eigenen Rechten betroffen. Eine bloße Berührung von Vereinsinteressen begründet noch keine Verletzung von Grundrechten.

Der Antrag des Beschwerdeführers zu 2) auf einstweiligen Rechtsschutz bleibt aus mehreren Gründen ohne Erfolg. Mangels Beteiligung am Verfahren vor dem Bundessozialgericht fehlt ihm die Antragsbefugnis für den Erlass einer einstweiligen Anordnung, die in untrennbarem Zusammenhang mit der Ablehnung des Befangenheitsantrags durch das Bundessozialgericht steht, weil die Mitwirkung eines angeblich befangenen

Richters befürchtet wird. Davon unabhängig könnte die für den Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht erforderliche Folgenabwägung eine Terminverschiebung nicht rechtfertigen. Es ist regelmäßig nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, auf dem Wege des einstweiligen Rechtsschutzes prozessleitende Verfügungen eines Fachgerichts im laufenden Verfahren aufzuheben. Der Grundrechtsschutz kann ausreichend durch eine verfassungsgerichtliche Kontrolle der fachgerichtlichen Endentscheidung gesichert werden.

#### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 143/2009 vom 23. 12. 2009**

##### **Verfassungsbeschwerde gegen Versagung von Prozesskostenhilfe bei Ablehnung von SGB II-Leistungen für Schönheitsreparaturen nicht zur Entscheidung angenommen**

Die Beschwerdeführer machen in einem sozialgerichtlichen Klageverfahren die Gewährung von Leistungen der Grundversicherung für Arbeitsuchende zur Renovierung der Küche in ihrer Mietwohnung geltend. Das Sozialgericht lehnte die Bewilligung von Prozesskostenhilfe mit der Begründung ab, die Beschwerdeführer seien nach dem Mietvertrag nicht zur Durchführung der Renovierungsarbeiten verpflichtet, da die entsprechende Klausel im Mietvertrag über die Durchführung von Schönheitsreparaturen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unwirksam sei. Die Wohnung sei nach dem Vortrag der Beschwerdeführer auch nicht unbewohnbar.

Die gegen die Versagung von Prozesskostenhilfe in der Sache gerichtete Verfassungsbeschwerde hat die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 25. 11. 2009 – 1 BvR 2515/09). Sie ist ohne Aussicht auf Erfolg, weil die Beschwerdeführer nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG iVm Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 20 Abs. 3 GG verletzt sind. Das Sozialgericht hat die Anforderungen an die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Rechtsverfolgung nicht überspannt und dadurch den Zweck der Prozesskostenhilfe, dem Unbemittelten den weitgehend gleichen Zugang zu Gericht wie den Bemittelten zu ermöglichen, verfehlt. Es hat nicht über eine schwierige, bislang ungeklärte Rechtsfrage im Prozesskostenhilfeverfahren entschieden. Ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundessozialgerichts dürfte das Gericht bereits im Prozesskostenhilfeverfahren feststellen, dass die von den Beschwerdeführern geltend gemachten Kosten nicht nach § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II zu übernehmen sind.

#### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 141/2009 vom 22. 12. 2009**

##### **Verfassungsbeschwerde gegen Versagung von Prozesskostenhilfe wegen Kürzung einer Erwerbsminderungsrente erfolglos – Abwarten paralleler Revisionsverfahren zumutbar**

Die Beschwerdeführerin bezieht eine Rente wegen Erwerbsminderung. Der Rentenversicherungsträger legte bei der Berechnung dieser vor Vollendung des 60. Lebensjahres gewährten Rente einen gekürzten Zugangsfaktor zugrunde. Die Beschwerdeführerin erhob gegen diese Kürzung Klage beim Sozialgericht und beantragte Prozesskostenhilfe. Zu diesem Zeitpunkt waren bereits verschiedene Revisionsverfahren zur gleichen Rechtsfrage beim Bundessozialgericht anhängig. Den Vorschlag des Gerichts, das Klageverfahren bis zum Abschluss dieser Revisionsverfahren ruhend zu stellen, lehnte die Beschwerdeführerin ab. Das Sozialgericht und das Landessozialgericht lehnten daraufhin die Gewährung von Prozesskostenhilfe ab. Das Landessozialgericht stellte darauf ab, dass die Weiterbetreibung des Klageverfahrens mutwillig sei, solange die Revisionsverfahren beim Bundessozialgericht anhängig seien.

Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die gegen die Versagung der Prozesskostenhilfe erhobene Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 18.11.2009 – 1 BvR 2455/08). Sie hat keine Aussicht auf Erfolg, weil die Fachgerichte die sich aus Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) ergebenden Anforderungen beachtet haben. Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG steht einer Besserstellung desjenigen, der seine Prozessführung nicht aus eigenen Mitteln bestreiten muss und daher im vorliegenden, sozialgerichtlichen Ausgangsverfahren kein Kostenrisiko trägt, gegenüber dem Bemittelten, der sein Kostenrisiko abwägen muss, entgegen. Ein sein Kostenrisiko vernünftig abwägender Bürger, der die Prozesskosten aus eigenen Mitteln finanzieren muss, wird ein Verfahren nicht (weiter) betreiben, solange dieselbe Rechtsfrage bereits in anderen Verfahren in der Revisionsinstanz als unechtes Musterverfahren anhängig ist. Im Fall einer für ihn positiven Entscheidung des Revisionsgerichts profitiert er ohne eigenes, weiteres Kostenrisiko vom Ausgang dieser Verfahren. Bei negativem Prozessausgang der Revisionsverfahren kann er sein eigenes Verfahren weiter verfolgen. Es reicht aus verfassungsrechtlicher Sicht aus, wenn dem Betroffenen nach Ergehen der Musterentscheidung noch alle prozessualen Möglichkeiten offenstehen, umfassenden gerichtlichen Schutz zu erlangen. Solange aber ein Betreiben des eigenen Verfahrens in zumutbarer Weise zurückgestellt oder ruhend gestellt werden kann, ist es nicht zu beanstanden, wenn die Fachgerichte davon ausgehen, dass eine anwaltliche Vertretung nicht erforderlich ist. Waren – wie hier – die unechten Musterverfahren zum Zeitpunkt der Klageerhebung bereits beim Revisionsgericht anhängig, gilt dies regelmäßig auch für die Klageerhebung selbst.

#### **BVerfG-Pressmitteilung Nr. 16/2010 vom 11. 3. 2010**

#### **Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über Entschädigungsregelung für Flughafen Berlin-Schönefeld verletzt Art. 14 GG**

Die Verfassungsbeschwerde betrifft Gerichtsentscheidungen, die die im Planfeststellungsbeschluss für den Ausbau des Verkehrsflughafens Berlin-Schönefeld festgesetzte Entschädigung bei der fluglärmbedingten Übernahme eines Grundstücks zum Gegenstand haben. Die Beschwerdeführer bewohnen ein in ihrem Eigentum stehendes Hausgrundstück auf der Gemarkung von M., das unmittelbar am Flughafenumgriff und im Zentrum der Einflugschneise der neuen Startbahn Süd des geplanten Flughafens liegt. Wegen der prognostizierten starken Lärmbelastung haben sie nach den Entschädigungsregelungen des Planfeststellungsbeschlusses Anspruch auf Übernahme des Grundstücks durch den Vorhabenträger zum Verkehrswert. Der Verkehrswert ist nach diesen Regelungen zum Stichtag der Geltendmachung des Anspruchs zu ermitteln. Die von den Beschwerdeführern erhobene Klage wurde vom Bundesverwaltungsgericht – nach Abschluss von Musterverfahren durch Urteile vom 16. März 2006 – ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss vom 2. Juli 2008 abgewiesen.

Gegen diesen Beschluss sowie einen nachfolgenden Anhörungsrügenbeschluss vom 19. August 2008 erhoben die Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde. Sie rügen die Verletzung der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG sowie des Anspruchs auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG. Die Eigentumsgarantie verlange, dass die Höhe der Entschädigung ihres Grundstücks entgegen der Stichtagsregelung des Planfeststellungsbeschlusses nach dem Verkehrswert ihres Grundstücks zu einem Zeitpunkt vor Erlass des Planfeststellungsbeschlusses am 13. August 2004 zu bemessen sei. Die bereits zu diesem Zeitpunkt eingetretene erhebliche Wertminderung, die ursächlich auf den geplanten Flughafenausbau zurückzuführen sei, müsse berücksichtigt werden. Anders als in den mit Urteilen

vom 16. März 2006 entschiedenen Musterfällen habe sich der Verkehrswert ihres Grundstücks zwischen 1996 und 2004 nicht nur um 20 %, sondern um 50 bis 60 % gemindert.

Die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Juli 2008 aufgehoben und die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurückverwiesen (Beschluss vom 23.2.2010 – 1 BvR 2736/08). Der Beschluss verletzt die Beschwerdeführer in ihrem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG. Eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG kann dagegen nicht festgestellt werden. Den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. August 2008 über die Anhörungsrüge hat das Bundesverfassungsgericht für gegenstandslos erklärt.

Der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Juli 2008 verletzt das in Art. 14 Abs. 1 GG verankerte Verhältnismäßigkeitsprinzip, weil er die Interessen der Beschwerdeführer und die Gemeinwohlinteressen fehlerhaft gewichtet und daher in keinen angemessenen Ausgleich gebracht hat. Zwar schützt Art. 14 Abs. 1 GG das Grundeigentum der Anwohner des geplanten Flughafens nicht vor jedem Wertverlust durch Planungen. Eine Minderung der Wirtschaftlichkeit ist grundsätzlich ebenso hinzunehmen wie eine Verschlechterung der Verwertungsaussichten. Jedoch übersieht der angegriffene Beschluss, dass der Eigentumsgarantie bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken besonderes Gewicht zukommt, soweit das Eigentum die persönliche Freiheit des Einzelnen im vermögensrechtlichen Bereich sichert. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Grundstück den wesentlichen Teil des Vermögens des Pflichtigen bildet und die Grundlage seiner privaten Lebensführung einschließlich seiner Familie darstellt. In solchen Fällen tritt die Aufgabe der Eigentumsgarantie, dem Träger des Grundrechts einen Freiraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen, in den Vordergrund.

Demgegenüber müssen die ebenfalls von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Interessen der Vorhabenträger an der Nutzung des Flughafens zurücktreten, wenn die Betroffenen aufgrund der Festlegung des Stichtags für die zu zahlende Entschädigung nicht mehr in der Lage sind, sich ein adäquates Wohngrundstück für sich und ihre Familie leisten zu können. Dabei mag zwar – je nach den Umständen des Einzelfalls – ein gewisser Grundstückswertverlust aufgrund des geplanten Flughafens als Ausdruck der Sozialbindung des Eigentums hinzunehmen sein. Die Beschwerdeführer machen hier jedoch eine Verkehrswertminderung im Ausmaß von 50 bis 60 % geltend. Von diesem Ausmaß der Verkehrswertminderung ist im vorliegenden Verfassungsbeschwerdeverfahren auszugehen, weil sie so vom Bundesverwaltungsgericht, das diesbezüglich auf eine Beweisaufnahme verzichtet hat, im angegriffenen Beschluss unterstellt worden ist. Eine solche Verkehrswertminderung würde hier die wegen der Sozialbindung der Eigentumsgarantie hinzunehmende Verkehrswertminderung übersteigen. Den Eigentümern von Grundstücken, die mit einem Anspruch auf Übernahme des Grundstücks zum Verkehrswert entschädigt werden sollen, bleibt nämlich aufgrund der Unzumutbarkeit der Lärmbelastung faktisch gar nichts anderes übrig, als ihr Eigentum aufzugeben und sich eine Ersatzwohnung zu beschaffen. Dieser Zwang zur Ersatzbeschaffung wird nicht dadurch genommen, dass das Hausgrundstück möglicherweise zu anderen als zu Wohnzwecken noch genutzt werden könnte.

#### **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!

Ob der verhältnismäßige Ausgleich zwischen dem Eigentumsgrundrecht der Beschwerdeführer und dem allgemeinen Wohl dadurch hergestellt wird, dass - wie die Beschwerdeführer fordern - die Grundsätze der enteignungsrechtlichen Vorwirkungen zumindest im vorliegenden Fall auf den Übernahmeanspruch angewendet werden oder der erforderliche Interessenausgleich auf andere Weise gewährleistet wird, kann vorliegend offen bleiben. Bei der Anwendung der Grundsätze der enteignungsrechtlichen Vorwirkung bliebe der Anspruch ein Kompensationsanspruch für eine Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Daher könnte auch in diesem Fall in Übereinstimmung mit Art. 14 Abs. 1 GG die aufgrund der Sozialbindung zumutbare Belastung aufgrund einer entsprechenden Regelung im Planfeststellungsbeschluss in Abzug gebracht werden.

Eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG konnte das Bundesverfassungsgericht dagegen nicht feststellen. Dies gilt zunächst soweit die Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG damit begründen, dass das Bundesverwaltungsgericht nach § 93a Abs. 2 Satz 1 VwGO ohne mündliche Verhandlung entschieden hat. Denn die Beschwerdeführer haben nicht hinreichend dargetan, dass die angegriffene Entscheidung auf dem behaupteten Gehörsverstoß beruht. Sie haben nicht aufgezeigt, was sie im Rahmen einer mündlichen Verhandlung weiter vorgetragen oder welchen zusätzlichen, bislang nicht angebrachten Beweisantrag sie gestellt hätten.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird ferner nicht dadurch verletzt, dass das Bundesverwaltungsgericht den Beweisantrag der Beschwerdeführer, zu ihrer Behauptung einer 50%igen Minderung des Verkehrswertes des streitbefangenen Grundstücks zwischen 1996 und 2004 Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu erheben, abgelehnt hat. Nach der vorliegend zwar gemäß Art. 14 Abs. 1 GG zu beanstandenden, im Rahmen der Prüfung einer Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG jedoch maßgeblichen materiellrechtlichen Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts war dieser Beweisantrag nicht erheblich. Art. 103 Abs. 1 GG gewährt keinen Schutz dagegen, dass Vorbringen eines Beteiligten aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts unberücksichtigt bleibt.

#### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 6/2010 vom 12. 2. 2010**

##### **Verfassungsbeschwerde gegen § 97a Abs. 2 UrhG (Deckelung der Abmahnkosten) unzulässig**

Der am 1. September 2008 in Kraft getretene § 97a Abs. 2 Urheberrechtsgesetz (UrhG) beschränkt den Kostenerstattungsanspruch des Urhebers für eine anwaltliche Abmahnung wegen der Verletzung von im Urheberrechtsgesetz geregelten Rechten in einfach gelagerten Fällen auf 100,- €. Vor dieser Gesetzesänderung konnten bei einer begründeten anwaltlichen Abmahnung die vollen Gebühren, die sich am Streitwert orientierten, vom Verletzer ersetzt verlangt werden.

Der Beschwerdeführer veräußert bei eBay und in einem eBay-Shop gebrauchte HiFi-Geräte. Die dabei verwendeten Produktfotos stellt er mit erheblichem Aufwand selbst her. Weil diese Fotos von anderen eBay-Mitgliedern kopiert und im Rahmen eigener Auktionen verwendet wurden, beauftragte er einen Anwalt mit Abmahnungen. Die Abmahnungen waren teilweise außergerichtlich erfolgreich, teilweise musste der Beschwerdeführer seinen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch (§ 97 UrhG) gerichtlich durchsetzen. Mit seiner Verfassungs-

beschwerde rügt der Beschwerdeführer eine von § 97a Abs. 2 UrhG ausgehende Verletzung seines Grundrechts am geistigen Eigentum und eine unzulässige Rückwirkung, weil er nicht mehr die vollen Anwaltskosten für die Abmahnung vom Gegner erstattet erhält. Die Ansprüche von Urhebern bei Verletzung ihrer Rechte würden dadurch praktisch wertlos.

Die 3. Kammer des Ersten Senats hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 20. 1. 2010 – 1 BvR 2062/09). Sie ist unzulässig, weil der Beschwerdeführer nicht geltend machen konnte, unmittelbar durch die angegriffene Vorschrift beeinträchtigt zu sein. Er nennt nicht einen konkreten Fall, in dem er unter Geltung des neuen § 97a Abs. 2 UrhG nicht die vollen, von ihm aufgewendeten Anwaltsgebühren erstattet erhalten hat, und er beziffert auch nicht den ihm entstandenen oder voraussichtlich künftig entstehenden Schaden.

Vor einer Anrufung des Bundesverfassungsgerichts muss ein Beschwerdeführer außerdem grundsätzlich die Fachgerichte mit seinem Anliegen befassen. Die fachgerichtliche Entscheidung verschiedener, durch die Neuregelung aufgeworfener Zweifelsfragen ist geeignet, die verfassungsrechtliche Bewertung der Norm zu beeinflussen. Dabei macht der Beschwerdeführer nicht geltend, dass schon das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel illegitim wäre, nämlich zu verhindern, dass die Verletzer von Urheberrechten in Bagatellfällen überzogene Anwaltshonorare bezahlen müssen. Dem Gesetzgeber muss Zeit gegeben werden, das mit der Neuregelung verfolgte Konzept auf seine Tauglichkeit und Angemessenheit hin zu beobachten. Dabei befinden sich auch die Honorarpraxis der Rechtsanwälte und mögliche, an der Neuregelung ausgerichtete Honorarmodelle noch in der Entwicklung.

Auch im Hinblick auf die gerügte „Rückwirkung“ der Norm ist derzeit eine Sachentscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht geboten. Denn in „Altfällen“ (Abmahnvorgänge, die vor Inkrafttreten des neuen § 97a UrhG in Gang gesetzt, jedoch mangels Zahlung der Anwaltskosten durch den Verletzer nicht abgeschlossen wurden) dürfte eine Auslegung des § 97a Abs. 2 UrhG möglich sein, welche die Urheber nicht ihres einmal entstandenen und somit als grundrechtliches Eigentum geschützten Aufwenderserstattungsanspruchs weitgehend beraubt.

#### **BVerfG-Pressemitteilung Nr. 23/2010 vom 9. 4. 2010**

##### **Verfassungsbeschwerde wegen Auferlegung von Gutachterkosten im Kartellbußgeldverfahren erfolgreich**

Gegen die Beschwerdeführerin und andere Betroffene waren beim Oberlandesgericht Düsseldorf Kartellbußgeldverfahren wegen unerlaubter Absprachen über die Festsetzung von Prämienzahlungen und Bedingungsangleichungen im Bereich der industriellen Sachversicherung anhängig. In diesem Verfahren wollte der zuständige Senat des Oberlandesgerichts Düsseldorf mehrere Sachverständige bestellen. Da deren Vergütung den gesetzlichen Höchstsatz überschreiten sollte, teilte das Gericht den Nebenbetroffenen mit, dass sie sich gem. § 13 Abs. 1 JVEG damit einverstanden erklären könnten, und bat im Falle ihrer Zustimmung um Einzahlung eines Kostenvorschusses i.H.v. 3.000 €. Nach § 13 Abs. 1 JVEG können Sachverständige herangezogen werden, wenn die Gerichtskosten den Beteiligten aufzuerlegen sind, die Beteiligten sich dem Gericht gegenüber mit der höheren Vergütung einverstanden erklärt haben, und ein ausreichender Betrag für die gesamte Vergütung an die Staatskasse gezahlt worden ist. Als einzige der Beteiligten erklärte sich die Beschwerdeführerin ausdrücklich mit dem Vorschlag des Senats einverstanden. Sie kündigte an, den genannten Vorschuss einzuzahlen, und bat um Mitteilung, wie sich die Gutachterskosten auf die Verfahrensbeteiligten verteilen. Nach Bestellung der Sachverständigen durch den Senat betonte sie, dass sie die Mehrkosten nicht alleine übernehmen wolle. Sie sei davon ausgegangen, dass die Kosten auf die Verfahrensbeteiligten insgesamt verteilt werden. Das Gericht forder-

*Dokumentation,  
Analyse, Entwicklung*

**GuT**

**Gewerbemiete und Teileigentum**

te anschließend mehrfach von der Beschwerdeführerin weitere Kostenvorschüsse sowie Zahlung der Sachverständigenkosten von insgesamt mehr als 60.000 €. Zur Begründung führte es aus, die Beschwerdeführerin habe sich mit ihrem Schreiben unwiderruflich zur Übernahme der Mehrkosten gem. § 13 Abs. 6 JVEG bereit erklärt.

Die 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die angegriffenen Gerichtsentscheidungen aufgehoben (Beschluss vom 24. 3. 2010 – 2 BvR 1257/09 und 2 BvR 1607/09). Die Anwendung des § 13 Abs. 6 JVEG durch das Gericht war unter keinem rechtlichen Aspekt vertretbar und somit willkürlich i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG. Die für eine Anwendung dieser Vorschrift erforderliche Erklärung der Beschwerdeführerin lag offensichtlich nicht vor und ihr Schreiben an das Gericht kann auch nicht als Zustimmung zur alleinigen Übernahme der entsprechenden Mehrkosten nach § 13 Abs. 6 JVEG ausgelegt werden. Vielmehr hatte sie ausdrücklich die Frage zur Verteilung der Kosten gestellt.

Auch das Schreiben, in dem der Senat speziell auf § 13 Abs. 1 JVEG hinwies, konnte nicht so verstanden werden, dass eine Erklärung des Einzelnen erwartet werde, die Mehrkosten nach § 13 Abs. 6 JVEG tragen zu wollen. Die Beschwerdeführerin durfte vielmehr entsprechend dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 JVEG damit rechnen, dass das Gericht keinen Gutachtensauftrag erteilt, bevor ein ausreichender Betrag eingezahlt ist und dass ihr Einverständnis sich allein auf die höhere Vergütung und ein vorgeschlagenes Vorgehen nach § 13 Abs. 1 JVEG bezieht.

#### **Deutscher Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) – Pressemitteilung vom 30. 3. 2010**

##### **Zwischenbilanz zur Mehrwertsteuersenkung DEHOGA-Umfrage: Hoteliers schaffen neue Jobs und investieren**

„Die Mehrwertsteuersenkung wirkt“, erklärte der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) am Dienstag in Berlin und verwies auf die ersten Ergebnisse seiner bundesweiten Befragung, an der sich bislang rund 2.800 Hoteliers beteiligten. Drei Monate nach Einführung des reduzierten Mehrwertsteuersatzes planen diese Hotels Investitionen in Höhe von insgesamt einer halben Milliarde Euro (507,0 Millionen Euro) für Neuanschaffungen, Modernisierungen und Umbauten. Darüber hinaus schafft die Hotellerie neue Jobs in konjunkturell schwierigen Zeiten. Mehr als jeder dritte Unternehmer stellt zusätzliche Mitarbeiter und Auszubildende ein. Zusammengefasst ergeben sich daraus 2.675 neue Vollzeit- und Teilzeitstellen sowie 1.335 neue Ausbildungsplätze. Zehntausende aufgrund der Krise akut gefährdete Jobs konnten gesichert werden.

Ein beträchtlicher Teil der ersparten Mehrwertsteuer fließt laut der DEHOGA-Erhebung zudem in höhere Löhne und Qualifizierungen der Mitarbeiter. 24,7 Millionen Euro werden für Lohnsteigerungen verwandt, für 11,5 Millionen Euro werden Schulungsmaßnahmen durchgeführt. Neben einem noch attraktiveren Preis-Leistungs-Verhältnis können sich die Gäste über niedrigere Preise freuen. 33,6 Prozent der befragten Unternehmer haben ihre Zimmerpreise um durchschnittlich 6,5 Prozent gesenkt.

Mit großer Sorge verfolgt der Verband die Überlegungen einzelner Kommunen, „Kulturförderabgaben“, auch „Bettensteuer“ genannt, einzuführen. „Diese kommunalen Steuergesetzgebungen konterkarieren die Ziele des vom Bund und den Ländern beschlossenen Wachstumsbeschleunigungsgesetzes“, machte Ernst Fischer, Präsident des DEHOGA Bundesverbandes, deutlich. Ein vom DEHOGA und dem Hotelverband Deutschland (IHA) in Auftrag gegebenes juristisches Gutachten bestätigte die Rechtsauffassung des DEHOGA, wonach die geplante Bettensteuer verfassungswidrig sei. Investitionen setzen verlässliche Rahmenbedingungen voraus.

„Die Branche indes hält Wort“, betonte Fischer. „Gäste, Mitarbeiter, Handwerker und Zulieferer - und letztlich auch der

Staat - profitieren vom niedrigeren Mehrwertsteuersatz. Die Steuersenkung ist ein wichtiger Impuls für den heimischen Tourismus.“ Über die Investitionen der Hoteliers in Häuser und Mittelstadtstaaten galten bereits seit vielen Jahren reduzierte Sätze für die Hotellerie, darunter bei allen touristischen Mitbewerbern“, berichtete Fischer.

Zudem Sorge der reduzierte Mehrwertsteuersatz für die längst überfällige Steuergerechtigkeit in Europa. „In 21 von 27 EU-Mitgliedstaaten galten bereits seit vielen Jahren reduzierte Sätze für die Hotellerie, darunter bei allen touristischen Mitbewerbern“, berichtete Fischer.

Mit Blick auf die massive Benachteiligung der Hoteliers in Deutschland mit ihren europäischen Kollegen hatte die Bundesregierung zum 1. Januar 2010 den Mehrwertsteuersatz für Übernachtungen von 19 auf sieben Prozent gesenkt. Für Fischer hat die Politik mit ihrer Entscheidung auch die besondere volkswirtschaftliche Bedeutung der Hotellerie anerkannt: „Die Hoteliers verlagern ihre Betriebe nicht ins Ausland. Sie zahlen hier ihre Steuern und stehen fest zum Standort Deutschland“, so der DEHOGA-Präsident.

Anteil der Befragten, die die Mehrwertsteuersenkung für folgende Maßnahmen verwenden:

Investitionsmaßnahmen	90,6%
Lohnerhöhungen	39,6%
Einstellung von Vollzeit-Mitarbeitern	36,6%
Qualifikationsmaßnahmen	34,1%
Einstellung von Teilzeit-Mitarbeitern	33,7%
Preissenkungen	33,6%
Einstellung von Azubis	33,5%
Verbesserung des Betriebsergebnisses	25,7%

Einstellung zusätzlicher Mitarbeiter und Auszubildender:

Neue Vollzeit-Mitarbeiter	1488
Neue Teilzeit-Mitarbeiter	1187
Zusätzliche Azubis	1335

Vorläufiges Volumen auf der Basis von 2.791 Antworten:

Investitionen:	507,0 Millionen Euro
Lohnerhöhungen:	24,7 Millionen Euro
Verbesserung Betriebsergebnis:	14,5 Millionen Euro
Qualifikationsmaßnahmen:	11,5 Millionen Euro

Der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) ist der Branchenverband der Hoteliers und Gastronomen in Deutschland. Hinter dem DEHOGA steht mit dem Gastgewerbe ein starkes Stück mittelständischer Wirtschaft: Über eine Million Beschäftigte und mehr als 100.000 Auszubildende in 240.000 Betrieben erwirtschaften einen Jahresnettoumsatz von 57,2 Milliarden Euro.

#### **Schwartz Public Relations – Pressemitteilung vom 23. 4. 2010**

##### **Kommunikation durch die Wolke: Regus verzeichnet 290 Prozent Steigerung der Videokonferenzen in Deutschland**

Millionen gestrandete Passagiere weltweit – so lautete das Resultat der Unterbrechungen des Flugverkehrs der letzten Woche durch den Vulkanausbruch auf Island. Dies hat auch für Wirbel in der internationalen Geschäftswelt gesorgt: Geschäftsreisende waren blockiert, Meetings mussten ausfallen oder verschoben werden. Allerdings nicht immer: Regus, Anbieter von innovativen Arbeitsplatzlösungen und Business Centern, darunter Meetingräume und das weltweit größte Netzwerk an Videokonferenzstudios (www.regus.de), hat eine Zunahme an Videokonferenzen in Deutschland seit Donnerstag, 15. April, um 290 Prozent verzeichnet. Viele Firmen nutzten diese Alternative für eine unterbrechungsfreie Fortführung ihres Geschäftsbetriebs.

In Europa stieg die Nachfrage nach virtuellen Meetings im gleichen Zeitraum um beispiellose 180 Prozent. Am Montag, 19.04., lag die Anzahl der eingehenden Anrufe in den Regus

Call-Centern um 450 Prozent über der üblichen täglichen Anfragezahl. Auch die Webseite wurde mit Anfragen überschwemmt.

Mark Dixon, CEO von Regus, kommentiert: „Diese Krise hat Videokommunikation bei Firmen stärker ins Blickfeld gerückt als kostengünstige Alternative zu internationalen Geschäftsreisen. Mehr als 80 Prozent der Anfragen kamen von Unternehmen, die keine bestehenden Regus-Kunden waren und für die auch Videokommunikation ganz neu war. Für sie werden Geschäftsreisen in Zukunft der Griff zur Videokonferenz-Fernbedienung statt zum Reisepass sein. Diese Krise hat Unternehmen einmal mehr die Abhängigkeit von Reisetätigkeiten ins Bewusstsein gerufen, die kostspielig, zeitaufwändig und umweltschädlich sind. Nach unseren Berechnungen kann die Videokonferenz die Reisekosten um bis zu 75 Prozent senken, der CO<sub>2</sub>-Ausstoß dabei ist verschwindend gering.“

Unternehmen auf der ganzen Welt profitieren von der Flexibilität der Videokonferenz. Steve Delity, Präsident und CEO von Rapid Micro Biosystems Inc. aus Bedford in Massachusetts, USA, dazu: „Für ein international operierendes Unternehmen ist die Unterbrechung des Flugverkehrs für eine so lange Zeit enorm geschäftslähmend. Wir haben, statt unsere geschäftskritischen Meetings abzusagen, diese per Videokonferenz durchgeführt. Das gab uns die Chance, den Kontakt zu Kunden und Partnern aufrecht zu erhalten. Für uns war es also „Business as usual“.“

Über Regus

Regus ist der weltweit führende Anbieter von innovativen Arbeitsplatzlösungen. Die Produkte und Dienstleistungen von Regus reichen von komplett ausgestatteten Büros über professionelle Konferenzräume und Business Lounges bis hin zum größten Netzwerk von Videokonferenzstudios. Regus ermöglicht eine ganz neue Art des Arbeitens – egal ob im Home-Office, unterwegs oder im Büro.

Kunden wie Google, GlaxoSmithKline und Nokia sowie Tausende von aufstrebenden kleinen und mittelständischen Unternehmen setzen auf Regus. Sie profitieren vom Outsourcing ihrer Büro- und Arbeitsplatzanforderungen an Regus und können sich so auf ihr Kerngeschäft konzentrieren.

Über 500.000 Kunden nehmen täglich die Regus-Services in Anspruch. Regus ist an 1.000 Standorten in 80 Ländern und 450 Städten präsent und erlaubt Einzelpersonen und Unternehmen zu arbeiten, wo, wie oder wann sie möchten. In Deutschland betreibt Regus 29 Business Center in 11 Städten.

## Bücher und Veröffentlichungen

**Praxis der Insolvenz – Ein Handbuch für die Beteiligten und ihre Berater.** Herausgegeben von Dr. Siegfried Beck/Peter Depré, 2. Auflage, München 2010. 1693 S., 174,- Euro. Verlag Franz Vahlen, München.

Das Insolvenzrecht ist ein sehr komplexes Rechtsgebiet, das sich seit Inkrafttreten der Insolvenzordnung im Jahr 1999 rasant fortentwickelt hat. Beratern und Unternehmen, die von der Insolvenz eines Lieferanten oder Kunden betroffen sind und die nur selten mit dem Insolvenzrecht zu tun haben, stellt sich häufig die Schwierigkeit, zunächst überhaupt die anwendbaren Normen zu finden. Diesen Einstieg will das besprochene Handbuch erleichtern. Gleichzeitig sollen auch Insolvenzrechtlern und Insolvenzverwaltern Fragestellungen in Gebieten beantwortet werden, mit denen sie nicht täglich befasst sind. Das Handbuch bietet dazu einen umfassenden Überblick über das Insolvenzverfahren und die bei dessen Abwicklung relevanten Rechtsfragen. Neben den Verfahrensschritten des vorläufigen und eröffneten Insolvenzverfahrens, den Rechten und Pflichten der Beteiligten und den Rechten von Gläubigern in der Insolvenz (z. B. Aussonderung, Absonderung, Aufrechnung, Insolvenzanfechtung), die man in einem Insolvenzrechtshandbuch erwarten kann, werden auch die sonstigen Rechtsbeziehungen des Insolvenzschuldners und ihre rechtlichen Grundlagen dargestellt.

Bei den Vertragsbeziehungen des Schuldners in der Insolvenz wird zunächst die Grundnorm des § 103 InsO erläutert, nach der der Insolvenzverwalter entweder die Erfüllung oder die Nichterfüllung eines gegenseitigen, von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllten Vertrags (bspw. Mietvertrag über bewegliche Gegenstände, Kaufvertrag) verlangen kann. Daran schließt sich die Erörterung der Sonderfälle, wie z. B. der Kauf unter Eigentumsvorbehalt oder die Sicherung des Anspruchs durch eine Vormerkung, an. Ein deutlicher Vorteil des Handbuchs gegenüber einem Kommentar zeigt sich bei der gut gelungenen Darstellung des Mietvertrags über Räume, da das Zusammenspiel der §§ 108-112, 119 InsO sehr verständlich und umfassend erläutert wird, ohne dass die Baustücke aus mehreren Teilkomentierungen zusammengesucht werden müssen. Behandelt werden sowohl Mietverträge über Gewerberäume als auch über die Privatwohnung des Schuldners sowie die Insolvenz des Vermieters mit ihren jeweiligen Besonderheiten.

## 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 Straße 6, 41542 Dormagen, Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 51 / 58 83 28 38, Telefax 0 21 33 / 22 04 29, ISDN 0 21 33 / 22 04 32

Internet: [www.kluth-dtp.de](http://www.kluth-dtp.de), e-mail: [kontakt@kluth-dtp.de](mailto:kontakt@kluth-dtp.de)

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153, 41462 Neuss, Telefon 0 21 31 / 1 24 74-0, Telefax 0 21 31 / 1 24 74-20  
e-mail: [koch-druckerei@t-online.de](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. Abonnementkündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres.

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

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

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

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

Anschriftenänderungen und Umbestellungen können nur berücksichtigt 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 können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert werden.

Interessant sind die Querschnittsbereiche, in denen die Auswirkungen anderer Rechtsgebiete im Insolvenzverfahren geschildert werden. So gibt es jeweils Kapitel zur Betriebsfortführung und zu Bankgeschäften in der Insolvenz sowie zum Arbeits- und Sozialrecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Öffentliches Recht und Strafrecht im Insolvenzverfahren. Die arbeitsrechtlichen Kapitel behandeln z. B. das Individual- und kollektive Arbeitsrecht, das Insolvenzgeld und die betriebliche Altersversorgung. Die Kapitel zum Gesellschaftsrecht schildern sehr aktuell die Auswirkungen des „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“ (MoMiG) auf das Insolvenzverfahren. Insbesondere das neue Eigenkapitalersatzrecht, das jetzt in der Insolvenzordnung verankert ist, und die darin (neu gestaltete) Gebrauchsüberlassung werden mit Beispielfällen und Schaubildern anschaulich vermittelt. Auch unabhängig von der Einleitung eines Insolvenzverfahrens ist das Kapitel zur Haftung von Geschäftsführern und Gesellschaftern der GmbH oder anderer Kapitalgesellschaften bedeutsam, in das u. a. das MoMiG und die neueste Rechtsprechung des BGH zur Existenzvernichtungshaftung eingearbeitet wurden.

Abgerundet wird das Handbuch durch Themen wie etwa das internationale Insolvenzrecht, die Insolvenz natürlicher Personen (Verbraucherinsolvenzverfahren, Restschuldbefreiung, Insolvenz von Freiberuflern), der Insolvenzplan, die Eigenverwaltung, die Haftung und Vergütung der Beteiligten und die Rechtsmittel im Insolvenzverfahren.

Den Herausgebern ist es gelungen, ein in wesentlichen Teilen sehr aktuelles und anschauliches Nachschlagewerk für den täglichen Gebrauch zu schaffen. Die Autoren der einzelnen Kapitel sind in der Mehrzahl Insolvenzverwalter oder Richter, die ihre tägliche Erfahrung mit dem Insolvenzrecht in die praktischen Hinweise und Schilderungen eingebracht haben. In dem Handbuch von Beck/Depré können sich so von einer Insolvenz Betroffene schnell und grundlegend über die Zusammenhänge vor und im Insolvenzverfahren informieren. Es ist ein nützliches Werk, das für den nicht im Insolvenzrecht tätigen Juristen sogar die zusätzliche Anschaffung eines Kommentars entbehrlich machen kann.

Rechtsanwältin Dr. Claudia R. Cymutta, Mannheim

**Die sogenannte Finanzkrise - Systemversagen oder global organisierte Kriminalität?** Hrsgg. von Prof. Dr. Bernd Schönemann, Berlin 2010. 109 Seiten, kartoniert, ISBN 978-3-8305-1771-9. 19,00 EUR. BWV Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin.

»Die sog. Finanz- oder Bankenkrise, die weltweit zu einer Kapitalvernichtung von Billionen Dollar und in Deutschland zum Beinahe-Zusammenbruch des gesamten Bankensystems geführt hat, war keine unvermeidbare Naturkatastrophe, sondern Menschenwerk, nämlich das voraussehbare Ergebnis gigantischer Finanztransaktionen mit auf minderwertige amerikanische Hypotheken ausgegebenen Wertpapieren. Obwohl ein durch die Rettungsaktion von Regierung und Parlament dem deutschen Steuerzahler überbürdeter Schaden in astronomischer Höhe (jedenfalls von dreistelligen Milliardenbeträgen) verursacht worden ist, obwohl die Bankmanager (die bis zum Zusammenbruch des Systems hohe Erfolgsprämien vergütet erhielten) durch ausgeklügelte Konstruktionen die Bankenaufsicht umgangen hatten und obwohl die in die Spekulationen tief verwickelten Landesbanken dabei außerhalb ihrer öffentlichen Aufgaben gehandelt haben, ist die Frage einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit (vor allem nach dem Straftatbestand der Untreue, § 266 StGB) bis heute nur selten gestellt und kaum näher untersucht worden. Diesem schwer begreiflichen Übelstand abzuwehren und den Startschuss für eine breite und ergiebige Diskussion der Frage zu geben, ob die bisher größte je erlebte Finanzkatastrophe auf einem Systemversagen oder

womöglich auf einer Form global organisierter Kriminalität beruht, ist das Ziel dieses Buches, das aus einem internationalen strafrechtswissenschaftlichen Symposium hervorgegangen ist.«

Soweit ein Auszug aus dem Umschlagtext des überaus empfehlenswerten Bandes, dessen Gesamt-Lektüre dazu verhilft, die Geschehnisse der „Finanzkrise“ bzw. der „Krise“ einem menschlichen Verhalten zuzuordnen. Und zwar einem strafbaren Handeln zuzuordnen, dessen Ungeheuerlichkeit sicherlich nicht erst in unseren Tagen als Novum erwachsen ist, das aber in seiner weltweiten Verbreitung gänzlich neue Prozesse kultureller Aufarbeitung erfordern dürfte. Gleichwohl soll hier ein Auszug aus dem Kapitel „Ergebnis“ des titelgebenden Beitrags von Schönemann nicht vorenthalten werden:

„(...) die sog. Finanzkrise stellt nicht ein bloßes Systemversagen dar, sondern ist mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit durch massenhaft zumindest objektiv strafatbestandsmäßiges Verhalten der verantwortlichen Personen im Bankensektor verursacht worden, wobei staatliche Instanzen grob fahrlässig mitgeholfen haben. (...) Von den Fällen abgesehen, in denen das Handeln durch Desinformation oder puren Unverstand der Akteure erklärbar ist, dürften die insgesamt in Milliardenhöhe vorzeitig gezahlten Boni das treibende Motiv gewesen sein. (...) Die rechtliche Aufarbeitung dieser Verhältnisse im Bankenbereich kann nur in staatlichen Ermittlungsverfahren geleistet werden und liegt im Interesse des Finanzsystems selbst, um den Anschein einer *Funktionärskleptokratie* zu beseitigen.“ (vS)

**Handbuch Immobilien-Portfoliomanagement.** Hrsg.: Prof. Dr. Karl-Werner Schulte, Prof. Dr. Matthias Thomas. Köln 2007. 17 x 24 cm. Gebunden. 576 Seiten. Euro 129,-. ISBN 978-3-89984-136-7. Verlagsgesellschaft Rudolf Müller, Immobilien Manager Verlag IMV GmbH & Co. KG, Köln.

Das gesamte private Anlagevermögen in Deutschland betrug 2007 schätzungsweise 9 Bio. Euro. Das Immobilienvermögen institutioneller Kapitalanleger in Deutschland belief sich auf rund 380 Mrd Euro. Diese beeindruckenden Werte verdeutlichen das Erfordernis eines adäquaten Immobilien-Portfoliomanagements.

Das vor der großen Finanzkrise erschienene „Handbuch Immobilien-Portfoliomanagement“ stellt alle Instrumente für ein professionelles Portfoliomanagement von Immobilien dar, mit deren Hilfe auch weiterhin große Potenziale für Immobilien erschlossen werden können. Das Handbuch vereint Beiträge aus den Federn der führenden Immobilienökonomien und einschlägiger Spezialisten unterschiedlicher Disziplinen. Ein großartiges Werk!

Die Autoren betrachten die mit dem Portfoliomanagement von Immobilien verbundenen Aufgabenfelder. Dabei ist das Handbuch in vier Abschnitte gegliedert. Nach einem Grundlagenteil, der insbesondere das theoretische und konzeptionelle Basiswissen darstellt, erfolgt im Teil B eine Darstellung und Diskussion der Instrumente des Portfoliomanagements. Damit verbundene Rahmenaufgaben, wie beispielsweise Controlling, Zins- und Währungsmanagement oder Immobilienbewertung, sind auch mit einbezogen. Teil C „Aspekte des Immobilien-Portfoliomanagements“ geht insbesondere auf steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten, Aspekte der Finanzierung wie auch auf internationale Investments und Immobilienzyklen ein. Teil D ist ein anwenderbezogener Praxis-Teil, der das Portfoliomanagement verschiedener Investorenkategorien sowie verschiedene Dienstleistungsaspekte vorstellt. Diese zahlreichen Fallstudien bieten interessante Praxiserfahrungen, die in der Krise gelegentlich zusätzliche Orientierung erfahren haben dürften. (vS)

**Das Vermieter-Praxishandbuch** Von Rechtsanwalt Rudolf Stürzer, Vorsitzender Haus + Grund München, Rechtsanwalt Michael Koch, Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Rechtsanwältin Birgit Noack, Rechtsanwältin Martina Westner, 5. Auflage, Freiburg, Berlin, München 2010. 464

# GuT

G 58438

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH,  
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

Seiten, DIN A5, EUR 29,80 einschl. MwSt und CD-ROM zzgl. Versandkosten. Haufe-Lexware GmbH Co. KG, Freiburg.

Zahlreiche Ratgeber, die den Vermieter über seine Rechte und Pflichten informieren, helfen häufig nicht weiter, wenn der Vermieter schriftlich an den Mieter herantreten muss, z. B. bei Betriebskostenabrechnungen, Mieterhöhungen, Abmahnungen, Fristsetzungen, Kündigungen etc. Oftmals bestehen Schwierigkeiten, die richtigen Formulierungen zu finden. Zudem stellen Gesetzgebung und Rechtsprechung immer höhere Anforderungen an die Form und den Inhalt solcher Schreiben, Bereits kleine Formfehler können zum Rechtsverlust führen, z. B. zum Ausschluss von Betriebskostennachforderungen oder zur Unwirksamkeit einer Kündigung.

Das Vermieter-Praxishandbuch informiert den Vermieter nicht nur über die Rechtslage, sondern hilft ihm in jeder Phase des Mietverhältnisses – vom Vertragsabschluss bis zur Kündigung und Kautionsabrechnung –, die richtigen Formulierungen zu finden und die zulässigen Gestaltungsspielräume auszuschöpfen.

Hierzu finden sich in dem Buch mehr als 50 Musterbriefe, Formulare und Vertragsmuster, die auch auf der beiliegenden CD-Rom enthalten sind und in die Textverarbeitung übernommen werden können. Ferner enthält die CD die neue Heizkosten- und Energieeinspar-Verordnung sowie die Betriebskosten- und Wohnflächenverordnung.

Die 8. Auflage 2004 des Praxishandbuchs haben wir in GuT 2006, 55 kurz dargestellt. Diese 10. Auflage berücksichtigt sogar Rechtsprechung von Januar 2010 und darf auch im Übr-

gen als gut gelungen gelten. Den Schwerpunkt bildet die Wohnraummiete, aber auch die Geschäftsraummiete findet häufig Beachtung. (vS)

**Handbuch Energieberatung Recht und Technik in der Praxis.** Von Dipl.- Ing. Architekt Ulrich Jung (Hrsg.), Köln 2009. ISBN 978-3-89817-735-1. 690 Seiten, 16,5 × 24,4 cm, Hardcover. 79,- €. Bundesanzeiger Verlag, Köln.

Ab Januar 2009 benötigt man für jeden Verkauf und jede Vermietung eines Gebäudes, einer Nutzungseinheit oder einer Wohnung den Energieausweis. Dieser wird nach dem errechneten Energiebedarf oder nach dem tatsächlichen Energieverbrauch erstellt.

Das aktuelle Handbuch bietet Antworten auf alle Fragen rund um das Berufsbild der Energieberater, die Anforderungen, die Verfahren und die Leistungen der Energieberatung. Als weiterführende Themen werden zum Beispiel Management, Kosten und Finanzierung der energetischen Verbesserung oder der energieeffiziente Betrieb von Gebäuden behandelt.

Dieses Werk bietet umfassende Erläuterungen, zahlreiche praktische Tipps und Arbeitshilfen.

Vorteile des Werkes

- Alles, was man zur EnEV wissen muss
- Neue Chancen für Aufträge
- Zahlreiche Arbeitshilfen, Checklisten und Fallbeispiele
- Viele Praxishinweise, Übersichten und Praxishinweise
- Interdisziplinäres Autorenteam mit anerkannten Fachleuten

Zielgruppen

Energieberater, Bausachverständige, qualifizierte Handwerker, Baugewerbe, Planer, die gesamte Immobilienwirtschaft

Dipl.-Ing. Architekt Ulrich Jung ist Energieberater und Vorstand der Archinea AG. Er ist Herausgeber des Informationsdienstes Bauen und Energie und einschlägig bekannt durch zahlreiche Vorträge, Seminare und Fachbeiträge.

Zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) Ausgabe November/Dezember 2009 erschien die Beilage 51a zu Heft 51:

**Mario H. Kraus,**

**Konfrontation, Kooperation, Kommunalmediation?  
Stellenwert einvernehmlicher Streitbeilegung  
in städtischen Siedlungsräumen**

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

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

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



Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH  
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn