

Gewerbemiete Und Teileigentum

10-12/10

10. Jahrgang

Heft 56

Okt./Nov./Dez. 2010

S. 405–490

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

K. E. Heinz: „Alteigentum“ und Vertriebenenrechte

W. Hinz: Beschlusszurückweisung in der Berufung

Wirtschaft und Verbände

W. E. Joachim: „Coaching for Retirement“

G. Westerwelle: Globalisierung gestalten

Gewerbemiete

Gentechnik; Landwirtschaft, Produktion (BVerfG)

Beitrittsgebiet; Erwerb von Waldflächen (BGH)

Kampfmittelräumung bei Flughafenmiete (KG)

Arztpraxis; Raumtemperatur im Sommer (BGH)

Abrechnungsfrist von Nebenkosten (BGH)

Angehörigenbürgerschaft (LG Itzehoe / OLG Schleswig)

Mietkautionsbürgerschaft (AG Bergisch Gladbach / LG Köln)

Gebrauchsüberlassung aus Gefälligkeit (BGH)

Insolvenz; Überschuldungsbilanz (BGH)

Prozessrecht; Scheinkläger; Geldwäsche (BGH)

Teileigentum

Änderung des Kostenverteilungsschlüssels (BGH)

Instandhaltungslast des Dienstbarkeitsberechtigten (BGH)

Wettbewerb

D. Dingeldey: Internet – Umschau Dezember 2010

„Internet-System-Vertrag“ (BGH)

Konkurrenzschutz; Detektivkosten (OLG Koblenz)

Besteuerung

K.-Chr. Callsen: Steuern – Umschau Dezember 2010

Grunderwerbsteuer; Erbbaurechtsbestellung (BFH)

Umsatzsteuer; pauschalierte Entschädigung (BFH)

Magazin

Inhalt

Beiträge

K. E. Heinz,
**„Alteigentum“ und Vertriebenenrechte
Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht
und Bundesverfassungsgericht zu
Eigentumsfragen** 407

W. Hinz,
**Rechtsmittel gegen Beschlusszurückweisung
im Berufungsverfahren?
Kritische Gedanken zur vorgesehenen
Änderung des § 522 Abs. 2 und 3 ZPO** 414

Wirtschaft und Verbände

W. E. Joachim,
**„Coaching for Retirement“ = Vorbereitung
auf den (Un-)Ruhestand** 419

G. Westerwelle,
**Globalisierung gestalten – Herausforderungen
an die deutsche Außenpolitik
Rede des Bundesministers des Auswärtigen
und FDP-Parteivorsitzenden im Rahmen der
„Heidelberger Hochschulreden“ an der
Universität Heidelberg am 2. Februar 2011** 424

Gewerbemiete

Gentechnik; Tiere und Pflanzen; Landwirtschaft;
Lebensmittel; Umwelt; Produktion; Standortregister;
Nachbarrecht (BVerfG Leits. u. a.) 427

Beitrittsgebiet; Erwerb von Waldflächen durch
Altberechtigte; Betriebskonzept;
Ermessensentscheidung der Privatisierungsstelle;
Alteigentümerinteresse; Wiedergutmachungsinteresse
(BGH) 429

Gewerbliche Grundstücksmitte zum Betrieb eines
Flughafens; unentdeckte Kampfmittel aus dem Zweiten
Weltkrieg; formularmietvertraglicher Gewährleistungsaus-
schluss; Störung der Geschäftsgrundlage;
Aufwendungsersatz für Mängelbeseitigungsmaßnahmen;
Kriegsfolgelasten; Altlasten; öffentlich-rechtliche GoA
Geschäftsführung ohne Auftrag; Gefahrenabwehr;
Kosten der Kampfmittelräumung (KG) 431

Gewerberaumiete; Kinderarztpraxis;
hohe Raumtemperatur im Sommer; Mangel;
Mieteinbehaltung im vorhinein in Erwartung
zeitanteiliger Mietminderung; AGB Beschränkung
der Zurückbehaltung (BGH) 436

Pacht; Gewerberäume; Geschäftsraumiete;
Abrechnungsfrist von Nebenkosten; Verwirkung (BGH) 438

Gewerberaumiete; Gaststättenpacht; Sittenwidrigkeit
der Angehörigenbürgschaft
(LG Itzehoe / OLG Schleswig) 439

Mietkautionsbürgschaft; Rückabwicklung bei
Nichtbestehen der Hauptschuld
(AG Bergisch Gladbach / LG Köln) 442

Gebrauchsüberlassung aus Gefälligkeit; Haftung des
Begünstigten für Schäden durch Dritte am
Gegenstand (BGH) 442

Pflichtteilsverzicht des behinderten
Sozialleistungsbeziehers (BGH) 444

Gewerberaumiete; Mietaufhebungsvertrag;
vertraglich vereinbarter Mietausfallanspruch in
der Zwangsverwaltung; Vorausverfügung über eine
Mietforderung; Nutzungen des Grundstücks (BGH) 447

Insolvenz; Überschuldungsbilanz; Aktivierung des
Anspruchs auf Rückzahlung der Mietkaution;
Passivierung zukünftig fällig werdender
Mietzinsforderungen (BGH) 449

Prozessrecht

– Pacht; Schwimmbadanlage mit Gebäude; Verkauf
eines Miteigentumsanteils am Grundstück an einen
Dritten fragwürdiger Identität oder Existenz; Pacht-
zinsforderung; Scheinkläger; Geldwäsche (BGH) 451

– Berufung; Hinweis des angerufenen Gerichts an
den Rechtsmittelführer auf Bedenken gegen die
funktionelle Zuständigkeit; Grundsatz fairen
Verfahrens (BGH) 455

– Berufung; Schriftsatz als Berufungsschrift oder
Berufungsbegründung (BGH) 458

– Anhörungsrüge gegen Zurückweisung der Nichtzulas-
sungsbeschwerde; rechtliches Gehör (BGH) 459

Kurzfassungen / Leitsätze Gewerbemiete etc. 459

Teileigentum

Teileigentum; Änderung des Kostenverteilungs-
schlüssels (BGH) 460

Grundstück im Miteigentum der Wohnungseigentümer;
Instandhaltungslast des Dienstbarkeitsberechtigten
eines Geh- und Fahrrechts; Zufahrt zum Kunden-
parkplatz eines Lebensmittelmarkts auf verpachteter
Gewerbefläche des Berechtigten (BGH) 462

Kurzfassungen / Leitsätze Teileigentum etc. 464

Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet – Umschau Dezember 2010 464

„Internet-System-Vertrag“; Mindestvertragslaufzeit;
jederzeitiges Kündigungsrecht des Bestellers;
Bemessung des verbleibenden Vergütungsanspruchs
(BGH) 467

Wettbewerb; Konkurrenzschutz; Detektivkosten zum
Nachweis der Vertragsverletzung (OLG Koblenz) 469

Kurzfassungen / Leitsätze Wettbewerb etc. 471

Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Steuern – Umschau Dezember 2010 471

Grunderwerbsteuer; Gegenleistung; Erbbaurechts-
bestellung mit Gebäude-Sanierungsverpflichtung;
Investitionszuschüsse des Eigentümers (BFH) 472

Umsatzsteuer; Leistungsaustausch; Bereitstellungs-
entgelt an den Spediteur bei abgesagter
Zwangsräumung; pauschalierte Entschädigung (BFH) 474

Magazin

Politik und Recht 476

Impressum 488

Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2008-2009

Preis: 15,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt

Sonderpreise für GuT-Einbanddecken und
Bestelladresse in diesem Heft Seite 490

Lieferung solange vorrätig.

Dr. jur. utr. Karl Eckhart Heinz, Bonn

„Alteigentum“ und Vertriebenenrechte

Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht zu Eigentumsfragen

Der Bundesgerichtshof erließ im Jahre 2003 ein Urteil zu Eigentumsfragen, das nicht in die amtliche Sammlung der *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* aufgenommen wurde und wohl deshalb der weiteren Öffentlichkeit verborgen blieb, obgleich es elektronisch abrufbar war¹. Das Urteil wird aber immer wieder gerne von Behörden und Gerichten zitiert, um Ansprüche sogenannter *Alteigentümer* zurückzuweisen, und ist deshalb von erheblicher praktischer Wirkung. In der Sache ging es um zwei Möbelstücke aus Schloss Kochberg, dem Wohnsitz der Familie v. Stein, nämlich um einen Schreibsekretär Goethes sowie um einen Damenschreibsekretär, den Goethe einst Charlotte v. Stein schenkte. Schloss Kochberg war mitsamt Mobilium aufgrund eines Erbvertrags an den Vater der Klägerinnen gefallen, jedoch mit der Auflage, dass die Goethe-Erinnerungsstücke im Schloss verbleiben sollten; müssten diese aber einmal verkauft werden, so seien sie zunächst dem Land Thüringen zur Aufnahme in die Goethesammlung anzubieten. Auch sollte die Erblasserin ein lebenslanges Wohnrecht im Schloss erhalten und über das Mobilium – mit Ausnahme der Goethe-Erinnerungsstücke – verfügen können.

I.

Der Erbfall war im Jahre 1938 eingetreten. Im Jahre 1946 wurde das Schloss im Rahmen der Bodenreform „enteignet“ und das „Eigentum“ auf das Land Thüringen als „Goethe-Museum“ übertragen. 1947 wurde die Witwe v. Stein aus dem Schloss gewiesen; sie starb 1968. Der Vater der Klägerinnen hatte sich bereits unmittelbar nach Kriegsende in den Bereich der westlichen Besatzungszonen begeben und lebte später in Dänemark. Beide Schreibsekretäre waren im Schloss geblieben. Die Klägerinnen sind Erben ihres im Jahre 1981 verstorbenen Vaters.

Die Klägerinnen verlangten vom Land Thüringen die Herausgabe der Möbelstücke. Sie waren in erster Instanz vor dem Landgericht Erfurt unterlegen, das Thüringische Oberlandesgericht hatte jedoch ihrer Berufung im wesentlichen stattgegeben. Der Bundesgerichtshof hob dieses Urteil auf und wies die Berufung der Klägerinnen zurück.

Der Bundesgerichtshof vertrat die Ansicht, die Enteignungen der Bodenreformmaßnahmen im Jahre 1945 durch die Länder in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands hätten neben den Grundstücken auch das landwirtschaftliche Mobilium erfasst, jedoch nicht das Mobilium, das dem persönlichen Gebrauch der Eigentümer der landwirtschaftlichen Betriebe diene. Das Oberlandesgericht habe richtig gesehen, dass insoweit keine Enteignung der Schreibsekretäre stattfand. Doch seien diese Schreibsekretäre dadurch enteignet worden, „dass der bisherige Eigentümer durch eine hierauf gerichtete staatliche Maßnahme vollständig und endgültig aus seinem Eigentum ver-

drängt wurde“. Der Bundesgerichtshof stützte seine Rechtsansicht mit zwei Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahre 1997, nach denen „der Enteignungsbegriff vornehmlich in einem faktischen Sinne zu verstehen ist“². Das Schloss Kochberg sei „jedenfalls dadurch enteignet worden, dass es aufgrund der Verordnung der Landesverwaltung Thüringen über die Bodenreform vom 10. September 1945 durch Urkunde vom 10. Oktober 1946 als Goethe-Museum Großkochberg dem Land Thüringen zu dessen persönlichem Eigentum übergeben wurde“. Die Enteignung habe auch jene Schreibsekretäre erfasst, die zweifellos Teil der Ausstattung des dem Land Thüringen übereigneten Goethe-Museums Großkochberg waren, zumal die thüringische Landeskommission zur Durchführung der Bodenreform von einer Enteignung der im Schloss befindlichen Goethe-Erinnerungen im Weg der Bodenreform ausgegangen sei und danach entschied, dass sie „dem Land Thüringen zu übereignen“ waren. Außerdem bestätigte ein Protokoll vom 14. März 1951 einer Übergabe von Gegenständen an die Goethestätte Großkochberg, dass die Schreibsekretäre zusammen mit der Übergabe des Schlosses an das Land Thüringen enteignet wurden, denn in diesem Protokoll seien die Möbelstücke neben anderen Gegenständen „als Eigentum der Goethestätte Großkochberg übergeben bzw. als zur Goethestätte gehörig bezeichnet worden“. Eine solche Formulierung könne nur dahingehend verstanden werden, dass sich die Goethe-Erinnerungen bereits im Eigentum des Landes Thüringen befanden. Schließlich spreche für eine erfolgte Enteignung der Möbel auch die gerade in der Anfangszeit nach 1945 exzessiv betriebene Enteignungspraxis der damaligen Behörden; es sei letztlich nicht davon auszugehen, dass bedeutende Kulturgüter wie die beiden Goethe-Schreibtische im Eigentum des Vaters der Klägerinnen, der bereits 1945 die sowjetische Besatzungszone verlassen hatte, geblieben sind. Der Bundesgerichtshof zog aus alledem den Schluss, „aus der Enteignung des Schlosses zum Zwecke der Einrichtung eines Goethe-Museums folgt auch die Enteignung der Schreibtische“. Dem stehe eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden aus dem Jahre 1996³ nicht entgegen, denn im dortigen Fall „fehlte es an einem individuellen Zugriffsakt der Behörden“ auf die Gegenstände, weil diese bereits Anfang 1945 – also noch lange vor Inkrafttreten der Bodenreform – vom Grundstück weggeschafft worden waren, im vorliegenden Fall die Möbel aber ununterbrochen im Schloss geblieben und damit dem Zugriff der Behörden ausgesetzt ge-

1) Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. Dezember 2003 (II ZR 135/01).

2) BVerwG, Urteil vom 13. Februar 1997; BVerwGE 104, 84 (87); Urteil vom 27. Februar 1997, VIZ 1997, 350.

3) NJW 1996, 1146.

wesen seien. Den Klägerinnen stehe als Erben der geltend gemachte Herausgabeanspruch gegen das Land Thüringen nicht zu, nachdem schon der Vater der Klägerinnen das Eigentum an den Möbeln durch Enteignung verloren habe.

II.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs gibt in mehrfacher Hinsicht Anlass zur Kritik. Der vorliegende Fall wäre geeignet gewesen, einige grundsätzliche Probleme zu klären, die heute meist mit der am Wortlaut der Regelungen unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs anknüpfenden *Dogmatik des Eigentums* verbunden sind, während *theoretische* Erkenntnisse zum Konzept des Eigentums und zur Ursache seiner Wirkung fehlen⁴. Insbesondere haben die Bemühungen der *Rechtsphilosophie* um das Wesen des Eigentums gezeigt, wie schwierig diese Fragen sind und wie unsicher der Boden ist, auf dem sich etwa die *Eigentumsdogmatik* bewegt⁵. Noch unsicherer ist allerdings der Boden hinsichtlich der heutigen *Besitzdogmatik*, nachdem der deutsche Gesetzgeber glaubte, auf den Begriff und die Regelung der *faktischen Inhaberschaft* verzichten zu können mit allen Folgen, die sich damit für die Dogmatik des Besitzes ergeben⁶.

Ganz ohne Zweifel ist das Eigentum – wie der Besitz – eine primär *privatrechtliche* Materie, die folglich zunächst einmal in die Kompetenz des Bundesgerichtshofs als Zivilgericht fällt. Umso überraschender ist, dass sich der Bundesgerichtshof ausgerechnet auf zwei Urteile des *Bundesverwaltungsgerichts* stützt, um den Standpunkt zu vertreten, dass eine Enteignung „vornehmlich in einem faktischen Sinn“ zu verstehen sei. Gewiss gehen Enteignungen auf Maßnahmen von Verwaltungsbehörden zurück, wenn diesen durch gesetzliche Regelung die entsprechenden Befugnisse übertragen wurden, und insofern handelt es sich bei Enteignungen um *Verwaltungsakte*, die im Ergebnis auch einen „faktischen“ Charakter tragen. Doch welche Bedeutung hat die „Sozialpflichtigkeit“ des Eigentums in Artikel 14 GG, die grundsätzlich Enteignungsakte zu rechtfertigen scheint? Kann es darüber hinaus Enteignungsgründe geben? Es wäre zu einfach, wollte die deutsche Zivilgerichtsbarkeit die Entscheidung dieser Fragen dem Bundesverfassungsgericht überlassen, das sich bisher ebenfalls nicht besonders um eine Klärung der Eigentumsproblematik bemüht hat⁷. Zu erwarten wäre allerdings gewesen, dass sich der Bundesgerichtshof mit den Untersuchungen zur Eigentumsproblematik vertraut gemacht hätte, die bei der vorliegenden Entscheidung bereits veröffentlicht und damit auch dem Bundesgerichtshof zugänglich waren. Dies betrifft insbesondere eine Veröffentlichung „Zur Rechtslage des Eigentumsentzugs in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands“, die schon im Jahre 1993 in der Zeitschrift „Betriebs-Berater“ erschien⁸.

Dieser Beitrag im Betriebs-Berater stellte zunächst fest, dass die Bodenreformgesetze in der Sowjetischen Besatzungszone zwar eine Vorlage aus Moskau hatten, aber von den damaligen *Gesetzgebern der ostdeutschen Länder* – auch jeweils in etwas unterschiedlichen Fassungen – erlassen waren; es handele sich hierbei also um *deutsches* Recht. Allerdings behauptete der Beitrag irrtümlich, bei Grundstücksgrößen über 100 ha seien die *Totalwegnahmen der Güter samt lebendem und totem Inventar* gesetzlich nicht gedeckt gewesen. In der Tat forderte die *Entschließung des Antifaschistischen Blocks der Provinz Sachsen* prinzipiell eine Enteignung „ab 100 ha“⁹, was bedeutet hätte, dass der Grundbesitz bis 99 ha von Enteignungsmaßnahmen befreit gewesen wäre. Doch enthielt die *Verordnung über die Bodenreform in Sachsen* diese Begrenzung nicht mehr: Artikel II Ziffer 3 dieser Verordnung bestimmte ausdrücklich, der „feudal-junkerliche“ Boden und Großgrundbesitz über 100 ha sei gänzlich „mit allen Bauten, lebendem und totem Inventar und anderem landwirtschaftlichen Vermögen“ zu enteignen. Die gleiche Regel enthielt auch das Gesetz über die Bodenreform im Land Thüringen. Nur wenn sich solche Grundbesitzer während der Zeit des Nationalsozialismus nachgewiesenermaßen „antifaschistisch-demokratisch“ betätigt hatten, galt die Enteignung erst ab 100 ha¹⁰; Gebäude mit ihrem Inventar sowie 99

ha des Bodens blieben dann unberührt, Im Fall der Klägerinnen war diese letztere Bedingung aber offenbar nicht erfüllt oder wurde seinerzeit nicht geprüft.

III.

In der Tat erfasste die Bodenreform nicht die persönlichen Gegenstände der Grundbesitzer; soweit wertvolles familiäres Eigentum bei der Ausweisung der Grundbesitzer zurückbleiben musste, nahm es der Staat als schutzwürdiges „Kulturgut“ in Anspruch – vielleicht auch als „herrenloses Gut“, obgleich in solchen Fällen kaum ein „Eigentumsverzicht“ anzunehmen ist.

Die Frage stellt sich jedoch, ob bewegliche Sachen überhaupt „enteignet“ werden können. Die Bürger haben gegenüber ihren verfügbaren beweglichen Sachen entweder ein Verhältnis von bloßen *Inhabern* – das heißt, sie stehen zu diesen in einem *faktischen* Verhältnis – oder sie sind *Besitzer* und haben dann von einem Eigentümer der Sache eine *begrenzte Rechtsstellung* bezüglich der Sache erhalten, oder ihnen steht als *Eigentümer* ein *unbegrenztes Recht* an der Sache zu. Das faktische Verhältnis ist eine *Machtstellung*; allein der *Gewahrsam* wird durch die „Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben“ (§ 854 I BGB) und wieder verloren (§§ 856–860 BGB), und nur dies erfordert einen *Herrschaftswillen*, dessen Ausübung unter *Regeln der Moral*¹¹ steht. Die Regeln der §§ 861–864 BGB betreffen einen *gewaltsamen Eingriff* in den Gewahrsam – das heißt die *Verletzung des friedlichen Zusammenlebens* – und erlauben eine *Gegenwehr* des Betroffenen in einem *moralisch zulässigen Rahmen*; hierdurch wird der Gewahrsam nicht etwa zu einem „Recht“. Anders verhält es sich dagegen mit der *Eigentumsordnung*: sie entsteht durch *rechtl. Vereinbarung* zwischen Bürgern und erzeugt die *Ausschließlichkeit* der Zuordnung einer Sache zu einer Person, wird aber meist durch die politische Ordnung des Staates im Wege einer *rechtlichen Institution*¹² zur Verfügung gestellt, wobei sie ihren *bürgerlich-rechtlichen* Charakter behält.

Die Ausschließlichkeit des Eigentums an beweglichen Sachen gilt auch *gegenüber dem Staat*; dies ergibt sich aus Artikel 14 GG, der nicht nur die Gewährung des zivilrechtlichen Instituts garantiert und damit Zielen dient wie andere zivilrechtliche, eine Ausschließlichkeitswirkung erzeugende Rechtsinstitute – nämlich *Erbrecht, Ehe* und *Familie* gemäß der weiteren Garantie des Artikels 14 GG (Erbrecht) sowie den Ga-

4) Das gilt auch etwa für die Untersuchung von René HARTWICH Zur Vereinbarkeit der im Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen getroffenen grundlegenden Restitutionsregelungen mit den Vorgaben des Einigungsvertrages und des Grundgesetzes (London/Göttingen 2000; zugl. Diss. Göttingen 1999).

5) *Verf. Glanz* und *Elend* der deutschen Rechtsphilosophie am Beispiel des Eigentumskonzepts, RECHTSTHEORIE 1992, 106; Nachdruck in: *Verf. (Hrsg.) Inhaberschaft – Eigentum – Besitz. Gesammelte Schriften zur Theorie von Gewahrsam, Eigentum und Besitz an Sachen und Informationen einschließlich Patent- und Urheberrecht* (Bonn 2003) S. 39. – Gänzlich im luftleeren Raum operiert die Dogmatik des sogenannten „Geistigen Eigentums“; *Verf. Dogmatik des „geistigen Eigentums“*, in: *Verf. (Hrsg.) Holzwege der deutschen Zivilistik* (Bonn 2008) S. 43.

6) *Verf. Der Besitz. Rechtstheoretische Erkenntnisse zu einem umstrittenen Begriff*, in: *Verf. Inhaberschaft* (FN 5) S. 195; ferner *ders.* Der Besitz als Rechtsverhältnis, in: *Verf. Holzwege* (FN 5) S. 59.

7) *Verf. Probleme hoheitlich-„sozialer“ Marktregulierung am Beispiel der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts zu Artikel 14 des Grundgesetzes*, in: *Verf. Inhaberschaft* (FN 5) S. 95.

8) BB 1993, 733; Nachdruck in: *Verf. Inhaberschaft* (FN 5) S. 75.

9) Gerhard FIEBIG/Harald REICHENBACH (Hrsg.) Enteignung und offene Vermögensfragen in der ehemaligen DDR, Bd. 1 (Köln 1991) 2.9.1. 10) Art. II Ziff. 3 der Ausführungsverordnung vom 14. September 1945 zum Bodenreformgesetz des Landes Thüringen, FIEBIG/REICHENBACH (FN 9) 2.10.1. 2. Bäuerlicher Grundbesitz von nicht mehr als 100 ha war von der Bodenreform ausgenommen, es blieb Privateigentum nach BGB; Werner KLUMPE/Ulrich NASTOLD Rechtslexikon Ost-Immobilien – Eigentumswerb, Immobilienrückenwerb und Grundstücksverkehr in den neuen Bundesländern (Heidelberg 1991) Rd.-Nr. 5 (Seite 8).

11) *Verf. Moral und Recht im System der Philosophie*, in: *ders. Holzwege* (FN 5) S. 198.

12) *Verf. Zur Theorie der rechtlichen Institution, RECHTSTHEORIE* 1992, 106.

rantien des Artikels 6 GG¹³ – vielmehr auch eine Konkretisierung der *allgemeinen bürgerlichen Handlungsfreiheit* nach der Regel des Artikels 2 GG darstellt, die eine (rechtliche?) Grenze für staatliche Eingriffe formuliert.

Der Staat darf also in die Eigentumsordnung grundsätzlich nicht eingreifen; benötigt er solche Sachen, so kann er lediglich den *Besitz* des Eigentümers an diesen Sachen entziehen, indem er durch eine hoheitliche Maßnahme *staatlichen Besitz* an den Sachen begründet; die Maßnahme wird „Sequestrierung“ genannt. Allerdings gibt es auch Fälle, in denen der Staat über private Sachen „wie ein Eigentümer“ verfügen können muss; hier kann tatsächlich eine *Enteignung* zugunsten der Allgemeinheit des Staates erfolgen und wird bei Mobilien „Requirierung“ genannt. Solche Maßnahmen sind nicht etwa unzulässig, weil sequestrierte oder requirierte Sachen „dem persönlichen Gebrauch des Eigentümers zu dienen bestimmt sind“! Beide Fälle betreffen die sogenannte „Sozialpflichtigkeit des Eigentums“ im Sinn des Artikels 14 GG, doch kann bei der Sequestrierung nicht von einer „Enteignung“ gesprochen werden.

Nachdem es keinen Grund gab, staatlicherseits über die Schreibmöbel in Schloss Kochberg *wie ein Eigentümer* zu verfügen, ist davon auszugehen, dass die Verfügung hinsichtlich der beiden Schreibsekretäre der Klägerinnen lediglich eine *Sequestrierung* darstellte, die – trotz der Wortwahl – nicht das Eigentum übertrug. Dabei ist unerheblich, ob die im Rahmen der Bodenreform erfolgte Maßnahme als auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage oder auf einer deutschen Rechtsgrundlage beruhend¹⁴ anzusehen ist.

Eine andere Lage besteht jedoch im Hinblick auf das *Gebiet*, in dem ein Staat seine politische Wirkung entfaltet. Dieses Gebiet ist dem Staat aufgrund der völkerrechtlichen Anerkennung im Kreis der Nationen als *ausschließlicher Wirkungsbereich* zugeordnet; er bestimmt den Bereich staatlicher *Souveränität*, die somit nichts anderes begreift als eine *völkerrechtliche Eigentumsordnung*, wobei diese Eigentumsordnung erkennbar nicht auf einem Rechtsinstitut beruht, sondern auf dem Einverständnis jener Nationen, die ihre Anerkennung ausgesprochen haben¹⁵, entspricht also einer zwischen Bürgern vereinbarten Eigentumsordnung. Soweit ein Staat der Eigentümer seines Staatsgebiets ist, können Bürger an diesem Gebiet – oder Teilen davon – immer nur einen Besitz begründen, aber grundsätzlich niemals Eigentum erwerben¹⁶. Deshalb kann der Staat über den Grundbesitz der Bürger verfügen und insbesondere in eine bestehende Grundbesitzverteilung eingreifen, wenn dies seinen politischen Zielen entspricht, insbesondere wenn etwa nach einem Krieg die Schäden, die Bürger unterschiedlich betroffen haben, einen Ausgleich erfordern. Allerdings ist der Staat an die *Regeln der Herrschaftsmoral* gebunden, die zumeist in sogenannten *Grundrechten* einen Ausdruck finden¹⁷, das heißt aber vor allem: solche Verfügungen des Staates dürfen nicht willkürlich erfolgen, sondern müssen einer moralischen Prüfung standhalten können und bedürfen daher stets einer *ausreichenden Begründung*.

Die Garantie des Eigentums in Artikel 14 GG besteht also zwar hinsichtlich der Bereitstellung einer *rechtsinstitutionellen Ausschließlichkeitsordnung für bewegliche Sachen*, durchaus aber nicht in einer Garantie bürgerlichen Grundbesitzes! Benötigt die Allgemeinheit Grundbesitz eines Bürgers, so kann der Staat diesen (öffentlichrechtlichen) Besitz neu ordnen; der Entzug dieses Besitzes ist nur dann zu entschädigen, wenn einst der bürgerliche Grundbesitz durch bürgerliche Leistungen erworben – oder etwa durch Errichtung von Bauwerken verbessert – wurde. Dies umschreibt den anderen Fall der „Sozialpflichtigkeit des Eigentums“ im Sinn des Artikels 14 GG; es handelt sich auch hier nicht um „Enteignung“, sondern um den *Entzug von Besitz aus staatlichem Eigentum*. Doch in Fällen bürgerlicher Solidarität für Schäden, die einzelne Bürger durch Kriegshandlungen der Allgemeinheit des Staates erlitten haben, dürfte das Verlangen einer Entschädigung für den verteilenden Eingriff des Staates in bürgerlichen Grundbesitz moralisch nicht gerechtfertigt sein. Dies galt mindestens teilweise auch für die

„Enteignungen“ von Grundbesitz durch Bodenreformen der SBZ-Länder; solche Maßnahmen konnten daher grundsätzlich *ohne Entschädigung* erfolgen.

Es versteht sich dagegen, dass der Staat *sequestrierte* Sachen im Falle der Beschädigung oder des Verlusts ersetzen muss und dass er grundsätzlich auch für die Zeit des Besitzentzugs eine *Entschädigung* zu leisten hat, falls nicht etwa die Sequestrierung als *Maßnahme zum Schutz von Kulturgut* stattfand. Eine solche Entschädigung ist ebenfalls nicht vor den Zivilgerichten, sondern vor den *Verwaltungsgerichten* geltend zu machen, weil es sich bei der Sequestrierung um *öffentliches Recht* handelt.

Festzuhalten ist also, dass die „Enteignung“ der beiden Schreibsekretäre eine *Sequestrierung* darstellte und dass Ansprüche der Klägerinnen nur vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit, nicht aber vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden konnten. Nachdem unstrittig war, dass die beiden Schreibsekretäre *durch behördliche Maßnahmen* in den staatlichen Besitz gelangt waren, hätte spätestens der Bundesgerichtshof die Klage *wegen Unzuständigkeit* abweisen müssen.

Im übrigen ergab sich aber bereits aus dem *Erbvertrag*, auf den sich die Klägerinnen stützten, dass die beanspruchten Schreibsekretäre jedenfalls als „Goethe-Erinnerungsstücke“ in Schloss Kochberg verbleiben mussten. Nachdem nun Schloss Kochberg im Rahmen der Bodenreform zugunsten des Landes Thüringen „enteignet“ war, konnten die Klägerinnen – unabhängig von dem Umstand, dass das Land Thüringen mit der Sequestrierung der beiden Schreibsekretäre seinen öffentlichrechtlichen Besitz daran begründet hatte – die Herausgabe der beiden Möbel nicht mehr rechtens verlangen – doch nicht etwa, weil schon ihr Vater „das Eigentum an den Schreibsekretären verloren“ hatte, wie der Bundesgerichtshof annahm!

Somit war die Zivilklage aus Eigentum gegen das Land Thüringen *auch nicht begründet*. Und wie sich zeigt, musste der Bundesgerichtshof für sein Ergebnis durchaus kein „Eigentum des Landes Thüringen“ an den Schreibsekretären bemühen.

IV.

Konnten die Klägerinnen also den Besitz an den beiden Schreibsekretären nicht erlangen, weil der Verbleib dieser Sachen in Schloss Kochberg erbvertraglich angeordnet war, so stellt sich umso mehr die Frage, ob der Verlust des Grundbesitzes an Schloss Kochberg hingenommen werden musste. Die „Enteignung“ zugunsten des Landes Thüringen durch die Bodenreform enthält zwei Aspekte, die einer rechtsstaatlichen Prüfung nicht standhalten:

13) *Verf. Liebe – Ehe – Familie*. Theorie des gesamten Familienrechts (Brüsel o.J.) S. 88, 109. – Auch Ehe und Familie sind daher Schutzsysteme, die von der bürgerlichen Gesellschaft gewährt werden, um „Drittstörer“ abzuwehren. Die landläufige Meinung, die Ehe sei ein „Rechtsverhältnis zwischen Ehepartnern“ – so auch unqualifiziert BVerfGE 53, 224 – und die Familie ein „Rechtsverhältnis zwischen Eltern und ihren Kindern“, ist irrig, denn das Verhältnis zwischen Ehepartnern beruht entweder auf Liebe und ist dann *faktisch* bestimmt, oder es beruht auf einem Vertrag und stellt nur in diesem Fall ein *Rechtsverhältnis* dar, das mit dem „Verlöbnis“, nicht aber mit der „Ehe“ identisch ist. Irrig ist auch, wenn heute oftmals versucht wird, „Rechte der Kinder gegenüber ihren Eltern“ zu konstruieren; das Verhältnis zwischen Eltern und ihren Kindern ist ein *hierarchisches faktisches Verhältnis*, das zwar unter moralischen, nicht aber unter rechtlichen Regeln steht. Auch der Staat kann solche Rechtsregeln nicht schaffen, weil er in das Familienverhältnis nicht eingreifen darf; gesetzliche „Unterhalts-“, „Sorge-“ oder gar „Schulpflichten“ (NWVB 4/2007, 128) sind hier also unzulässig!

14) BVerwG, Entscheidung 8 B 43.05 vom 26. Juli 2005.

15) *Verf. Delegation und Mandat*. Eine rechts- und verfassungstheoretische Untersuchung, DER STAAT 1997, 495.

16) Dass das Recht des Grundbesitzes als „Eigentum“ im *Bürgerlichen Gesetzbuch* erscheint, obgleich es eine *öffentlichrechtliche* Materie darstellt, ist bezeichnend für die Mängel der herrschenden Dogmatik.

17) *Verf. Über den Charakter von „Grundrechten“ und „Menschenrechten“ – ihr Verhältnis zu den Statusgewährungen in den Europäischen Gemeinschaften*, DöV 1978, 398; *ders.* Grundrechtsschutz und Gemeinschaftsrecht – Zur Entscheidung des BVerfG „Solange II“, DöV 1987, 851.

1. die „Enteignung“ von Schloss Kochberg unter dem Kriterium „feudal-junkerlicher“ Vergangenheit der Familie v. Stein;

2. die „Totalenteignung“ des Grundbesitzes von Schloss Kochberg.

Ersteres stellte einen Verstoß gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz der *Nichtdiskriminierung* dar, während die Totalenteignung gegen den *Gleichbehandlungsgrundsatz* verstieß, weil der Grundbesitz bis zur Grenze von 99 ha prinzipiell enteignungsfrei bleiben sollte, es sei denn, es lagen Umstände vor, die eine *Konfiskation* des Grundbesitzes rechtfertigten, also etwa eine Führerschaft in der NSDAP¹⁸. Maßnahmen deutscher Behörden bei der Bodenreform in der Sowjetischen Besatzungszone, die gegen rechtsstaatliche Regeln verstießen, konnten nach den Vorschriften des Gesetzes zur Regelung offener Vermögensfragen¹⁹ unmittelbar vom *Amt zur Regelung offener Vermögensfragen* korrigiert werden, bedurften also keines Klageverfahrens, außer im Fall von Streitigkeiten über geltend gemachte Ansprüche der Alteigentümer.

Geht man davon aus, dass Schloss Kochberg unter Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze „entschädigungslos enteignet und in Volkseigentum überführt“ wurde (§ 1 Abs. 1 a VermG) so konnte eine Rückgabe von Schloss Kochberg in Betracht kommen, wenn die „Enteignung“ nicht auf *besatzungsrechtlicher* oder *besatzungshoheitlicher* Grundlage erfolgte (§ 1 Abs. 8 a VermG) oder das Schloss etwa dem *Gemeingebrauch gewidmet* wurde (§ 5 Abs. 1 b VermG). Hier konnte die Widmung des Schlosses Kochberg als staatliches *Museum* entscheidend sein, sodass dessen Rückgewährung an die Klägerinnen als Erben ihres Vaters nicht mehr in Frage gekommen wäre und ihnen lediglich ein Anspruch auf Entschädigung nach den Vorschriften des *Entschädigungsgesetzes*²⁰ zugestanden hätte; gleiches galt für den Fall, dass eine „Enteignung des Schlosses auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage“ erfolgte (§ 1 Abs. 8 a VermG).

Nun ist es gewiss zulässig, dass aus Gründen allgemeinen Nutzens eine private Schlossanlage zugunsten des Staates oder anderer öffentlichrechtlicher Einrichtungen „enteignet“ – das heißt dem *öffentlichrechtlichen Besitz* seiner „Eigentümer“ entzogen – wird, um etwa Kulturgut vor dem Verfall zu schützen oder ein öffentliches Museum einzurichten, wenn die *Sequestrierung* als geringerer Eingriff dem angestrebten Zweck nicht genügt. In jedem Fall muss der Eingriff jedoch *konkret angeordnet* und mit der Angabe des öffentlichen Ziels konkret begründet sein; dies war bei der „Enteignung“ von Schloss Kochberg aber nicht der Fall: der Grundbesitz von Schloss Kochberg wurde aus Gründen einer *sozialistischen Umverteilung von Grundbesitz* – insbesondere von landwirtschaftlich genutztem Grundbesitz – „enteignet“, wobei es nicht nur, wie in anderen Besatzungszonen Deutschlands, um die Bedürfnisse der aus den ostdeutschen Gebieten vertriebenen Landwirte ging; aber an die *Schaffung kultureller Einrichtungen*, wie etwa eines Museums, war bei der Bodenreform nicht gedacht. Geht man davon aus, dass ein entzogener Besitz prinzipiell den alten Besitzern wieder gebührt, wenn der Entziehungszweck entfallen ist²¹, dann schied Schloss Kochberg mit der Widmung als Museum aus dem Zweck der Bodenreform aus und das Schloss hätte an den Vater der Klägerinnen zurückgegeben werden müssen, falls die Inanspruchnahme des Schlosses für den Zweck eines öffentlichen Museums nicht mit einer konkreten staatlichen Anordnung auf eine neue Basis gestellt wurde; dies ist hier nicht geschehen, vielmehr wurde die Widmung als Bodenreformland einfach in die Widmung als öffentliches Museum umgedeutet. Die Widmung von Schloss Kochberg als *Goethe-Museum* litt folglich von Anfang an unter einem rechtsstaatlichen Mangel, der bis heute nicht behoben ist und auch nicht nachträglich behoben werden konnte. Daher wäre die Regelung des § 5 Abs. 1 b VermG nicht anwendbar gewesen, um die Rückgabe des Schlosses Kochberg auszuschließen, vielmehr hätte mit der allgemeinen Regel des § 1 Abs. 1 a VermG die Rückgewährung des entzogenen Besitzes, der hier den Klägerinnen als Erben ihres Vaters zustand, angeordnet werden müssen. Nach der Einsetzung

als Besitzer von Schloss Kochberg wären die Klägerinnen auch in den von ihnen gewünschten Besitz der beiden Schreibsekretäre gelangt.

V.

Allerdings muss davon ausgegangen werden, dass das *Besitzrecht* der Klägerinnen an Schloss Kochberg und ihr Eigentum an den beiden Schreibsekretären von der Behörde abgelehnt worden wäre, sodass die Klägerinnen zunächst ihre Rechte im Verwaltungsrechtsweg hätten einklagen müssen.

In diesem Rechtsstreit hätte das Land Thüringen aber darauf beharrt, dass der Grundbesitz an Schloss Kochberg ebenso wie das Eigentum an den Schreibsekretären durch die Maßnahmen der Bodenreform an das Land Thüringen gefallen sei, und dass die Bodenreformregelungen zwar von dem thüringischen Landesgesetzgeber erlassen und von deutschen Behörden auch durchgeführt wurden, jedoch auf *besatzungshoheitlicher Grundlage* beruhten und daher von den Regelungen des Vermögensgesetzes ausgenommen seien. Hierfür konnte das Land eine ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts anführen, nach welcher die Bodenreformmaßnahmen der deutschen Stellen „grundsätzlich im Einverständnis mit der sowjetischen Besatzungsmacht“ erfolgten²².

Diese Rechtsprechung verkennt allerdings das Wesen einer Befugnisübertragung, wie sie hier stattgefunden hat. Selbst wenn die deutschen Stellen unbestreitbar im Einverständnis mit der sowjetischen Militäradministration tätig wurden, so handelten die deutschen Gesetzgeber und ihnen folgend die deutschen Behörden durchaus nicht etwa „auf Anordnung“ der Sowjets, das heißt als deren Ausführungsgehilfen, sondern sie waren die *Empfänger von Befugnissen* der Besatzungsmacht, die sie *eigenständig* anwenden konnten und sollten, wobei sie freilich unter der *Kontrolle* der Besatzungsmacht blieben. Anders lässt sich der demokratische Prozess auch in den Ländern der sowjetischen Besatzungszone nicht richtig verstehen, denn die Zulassung gewählter Volksvertreter und der von ihnen, nicht von der sowjetischen Militäradministration, abhängigen Behörden macht nur einen politischen Sinn, wenn auf diesem Weg allmählich die eigenständige Handlungsfähigkeit des deutschen Volkes wiederbelebt wurde. Zunächst trugen diese deutschen Befugnisse den Charakter eines von der sowjetischen Militäradministration *delegativ*²³ *abgeleiteten* Handlungsrahmens, dessen typisches Merkmal eben die *Möglichkeit der Kontrolle durch den Befugnisgeber* darstellt. Würde sich die deutsche Rechtswissenschaft nachhaltiger um die Dogmatik von Befugnisabhängigkeiten bei der Gestaltung individueller wie auch kollektiver Rechtsverhältnisse bemühen, und dies nicht nur in öffentlichrechtlichen, vielmehr ebenso in zivilrechtlichen Zusammenhängen²⁴, dann wären auch die Kenntnisse über *Delegation* und *Mandat* weiter verbreitet, als sie heute anzutreffen sind. Dass die deutschen Gesetzgeber der SBZ-Länder die Moskauer Vorlage zur Bodenreform selbständig anwandten, ergibt sich bereits aus den Unterschieden im Wortlaut der einzelnen

18) Gesetz über die Bodenreform im Land Thüringen vom 10. Sept. 1945, Regierungsblatt für das Land Thüringen Teil I, 1945, Nr. 5, Seite 1, FIEBIG/REICHENBACH (FN 9) 2.10.1, Art. II Ziff. 2 b; Ausführungs-VO (FN 10).

19) vom 9. Februar 2005, BGBl. I Seite 205.

20) EntschG vom 13. Juli 2004, BGBl. I Seite 1658.

21) BVerfGE 38, 175.

22) BVerfG (FN 14) ebd.; BVerfGE 84, 90. Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts beruht auf dem Mangel einer sorgfältigen Unterscheidung zwischen *SMAD-Konfiskationen*, die später den deutschen Ländern der SBZ zur Regelung überlassen wurden, und den *Bodenreformen*, die allein in die Verantwortung dieser Länder fielen!

23) *Verf.* (FN 15) ebd.; *ders.* „Demokratie“, „Föderalismus“ und die europäische Gemeinschaftsordnung, GuT 2009, 374.

24) *Verf.* Zur Typologie der persönlichen und der dinglichen Rechtsverhältnisse, RECHTSTHEORIE 2006, 360; *ders.* Europäische Verfassung. Grundlinien einer allgemeinen Verfassungstheorie und Kritik des europäischen Verfassungsprojekts 2004 (Bonn 2005) S. 36.

Bodenreformregelungen. Soweit also Enteignungen, Sequestrierungen, Requirierungen und Konfiskationen nicht durch die Sowjetische Militäradministration als direkte Anordnung vorgenommen wurden, sondern den deutschen Ländern der SBZ überlassen blieben, war die Bodenreform das *Werk deutscher Behörden* und kann nicht etwa den Besatzungsbehörden zugerechnet werden. Dies galt auch für die Frage der „Enteignung“ von Schloss Kochberg sowie der beiden Schreibsekretäre auf Schloss Kochberg, wobei letzteres nur als *Sequestrierung* durch die deutschen Behörden zu verstehen war, weil bewegliche Sachen nicht ohne besonderen Grund enteignet werden dürfen (außer es liegen die Voraussetzung für eine *Requirierung* oder *Konfiskation* vor, was hier aber nicht der Fall war).

Der Rückübertragungsanspruch hinsichtlich des Schlosses Kochberg musste allerdings gemäß § 30 a Abs. 1 VermG bis spätestens 31. Dezember 1992 bei dem zuständigen Vermögensamt angemeldet werden. Nicht bekannt ist, ob dies versucht wurde; das eingangs zitierte Urteil des Bundesgerichtshofs gibt hierüber keine Auskunft. So wird man davon ausgehen müssen, dass die Klägerinnen diese Frist versäumt haben und der Grundbesitz an Schloss Kochberg deshalb jedenfalls aus Gründen des Vermögensgesetzes nicht wiedererlangt werden konnte.

VI.

Hinsichtlich des Eigentums an den beiden *Schreibsekretären* führt jedoch das Versäumnis der Anmeldefrist des Vermögensgesetzes lediglich dazu, dass die *Sequestrierung* weiter bestehen bleibt, ohne das Eigentum der Klägerinnen zu verändern; das Land Thüringen hat bezüglich der Schreibsekretäre nur weiter einen *öffentlichrechtlichen Besitz* gegenüber den Klägerinnen. Allerdings hätten die Klägerinnen auch im Fall einer Aufhebung der Sequestrierung nach dem Vermögensgesetz beide Möbelstücke weiter im Besitz des Landes Thüringen lassen müssen, weil dies der erbvertraglichen Beschränkung des Eigentums der Klägerinnen entsprach, und diese Beschränkung blieb erhalten, wenn die Klägerinnen die Möbelstücke verkaufen wollten und das Land Thüringen zu einem Ankauf nicht bereit wäre, sodass das Eigentum an beiden Schreibsekretären auf Dritte übertragbar würde. Behalten die Klägerinnen dieses Eigentum, dann können sie versuchen, mit dem Land Thüringen einen *Miet- oder Pachtvertrag* über die Nutzung der Schreibsekretäre zu schließen, der zugleich eine Entschädigung für den Entzug ihres Besitzes enthalten könnte, wobei ein Mietvertrag den Interessen der Klägerinnen wohl am besten entsprechen würde²⁵. Doch stellt sich die Frage, ob das Land Thüringen mit dem Hinweis auf das Besitzrecht aus der Sequestrierung der Schreibsekretäre den Abschluss eines Miet- oder Pachtvertrags mit den Klägerinnen verweigern könnte.

Nun war die Sequestrierung der Schreibsekretäre überhaupt nur unter dem Gesichtspunkt des „Schutzes von Kulturgut“ rechtsstaatlich zulässig, nicht zur Nutzung als Ausstellungsstücke in einem Museum, und wenn unter der Rechtsordnung der SBZ-Länder eine solche Nutzung gleichwohl geschah, dann ergibt sich daraus nicht im Umkehrschluss, dass die Sequestrierung zu diesem Zweck erfolgte. Ebenso wenig kann aus dem Zweck der Bodenreform ein Recht auf eine solche Nutzung abgeleitet werden. Folglich umfasste das öffentlichrechtliche Besitzrecht des Landes Thüringen an den beiden Schreibsekretären niemals das *Recht zur Nutzung als Ausstellungsstücke*, vielmehr wurde die Nutzung nur *faktisch* von den Betreibern des Goethe-Museums Großkochberg ausgeübt. Daran änderte sich nichts, wenn die Sequestrierung wegen des Versäumnisses der Frist aus dem Vermögensgesetz weiter bestehen blieb. Obgleich durch den Erbvertrag eine *rechtliche Verpflichtung* der Klägerinnen anzunehmen ist, die Nutzung der Schreibsekretäre für die Allgemeinheit als Ausstellungsstücke zu gestatten – zweifellos ist der Erbvertrag in diesem Sinn auszulegen, nämlich als *dingliche*, den Erbgang wie eventuelle Verkäufe überdauernde²⁶ *Belastung des Eigentums* an diesen Möbeln –, sind die Klägerinnen nicht etwa gehindert, für die Nutzung ein *angemessenes Entgelt* zu verlangen (beispielsweise eine Beteiligung an den

Eintrittsgeldern des Goethe-Museums), und das Land Thüringen kann sich diesem Verlangen der Klägerinnen auch nicht verweigern, wenn es nicht riskieren will, dass ihm die Klägerinnen die Nutzung der Schreibsekretäre untersagen. Das Land kann also sehr wohl gezwungen werden, einen Miet- oder Pachtvertrag mit den Klägerinnen über die Nutzung der Schreibsekretäre zu schließen. Ebenso kann aber auch das Land *als Vertreter der thüringischen Allgemeinheit* von den Klägerinnen – oder deren Rechtsnachfolgern – gegen ein angemessenes Entgelt die Erlaubnis zur Nutzung der Schreibsekretäre als Ausstellungsstücke verlangen und damit die Belastung des Erbvertrags über die Schreibsekretäre geltend machen.

Zusätzlich stehen den Klägerinnen noch *öffentlichrechtliche Entschädigungen* für den Entzug des Besitzes an den beiden Schreibsekretären zu, die allerdings *keine Erlaubnis zur Nutzung der Schreibsekretäre als Ausstellungsstücke* abdecken! Solche Entschädigungen dürfen nicht etwa mit der Behauptung abgelehnt werden, die Sequestrierung der Schreibsekretäre diene weiter dem „Schutz von Kulturgut“; denn es ist nicht anzunehmen, dass die Klägerinnen den kulturellen Wert der Schreibsekretäre missachten würden, kämen sie wieder in deren Besitz. Selbst wenn der Schutzzweck einmal begründet gewesen wäre, gilt er nicht mehr gegenüber den Klägerinnen, weil das Fortwirken der Sequestrierung allein auf einem Fristversäumnis der Klägerinnen nach dem Vermögensgesetz beruht. Die Entschädigungen sind auch *rückwirkend auf den Zeitpunkt der Sequestrierung zu leisten*, denn die Notwendigkeit des Kulturschutzes war mit der Ausweisung der Witwe v. Stein durch die Behörden mutwillig herbeigeführt.

VII.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Entziehung des *Grundbesitzes von Schloss Kochberg* nicht mit rechtsstaatlichen Prinzipien vereinbar war und deshalb von den Klägerinnen hätte rückgängig gemacht werden können, falls sie daran interessiert waren und wenn ihr Anspruch rechtzeitig angemeldet worden wäre. Hinsichtlich des *Eigentums an den Schreibsekretären* aus der Familie v. Stein konnte jedoch auch durch die Bodenreform keine Änderung eintreten, denn die „Enteignung“ muss hier im Sinn einer bloßen Sequestrierung verstanden werden, die das Eigentum nicht berührt. Dass die Klägerinnen die Frist zur Aufhebung der Sequestrierung offenbar versäumt haben, führt nicht etwa zum Wegfall ihres Eigentums, sondern nur dazu, dass das Land Thüringen weiter seinen öffentlichrechtlichen Besitz an den Schreibsekretären beanspruchen kann, die Schreibsekretäre also im Goethe-Museum Großkochberg verbleiben müssen; dieses Ergebnis enthielt jedoch auch schon der Erbvertrag, an den die Klägerinnen gebunden sind. Damit steht den Klägerinnen auch frei, ihr Eigentum an den Schreibsekretären an das Land Thüringen – oder an Dritte, falls das Land nicht interessiert ist – zu veräußern, wobei dieses Eigentum allerdings durch den Erbvertrag ebenso wie durch die Sequestrierung belastet bleibt. Die Klägerinnen – oder ihre Rechtsnachfolger – haben jedoch einen Anspruch auf *Entschädigung* für den Entzug des Besitzes an den Schreibsekretären, der ihnen aufgrund ihres Erbrechts auch *rückwirkend* auf den Zeitpunkt der Sequestrierung zusteht. Außerdem können sie dem Land Thüringen die Nutzung der Schreibsekretäre als Ausstellungsstücke im Goethe-Museum Großkochberg untersagen, solange das Land nicht bereit ist, mit ihnen einen Vertrag über die Nutzung der Schreibsekretäre zu schließen, der als Miet- oder Pachtvertrag gestaltet werden kann.

Angesichts der Fehler, die bei der Untersuchung des vom Bundesgerichtshof entschiedenen Rechtsstreits deutlich wurden, sollte die dargestellte Sicht von Eigentum und Besitz viel-

25) Zum Unterschied zwischen Miete und Pacht siehe *Verf.* Risikoverteilung bei Miete und Pacht, GuT 2004, 79; ferner *ders.* Der Mietvertrag, GuT 2006, 111.

26) *Verf.* Das „Berliner Testament“ und andere gesetzliche Testamentsfolgen, in: *ders.* Holzwege (FN 5) S. 92.

leicht allmählich zu einem Umdenken bei den Vermögensämtern und Verwaltungsgerichten führen, selbst wenn heute vielleicht nur noch wenige Fälle sogenannter Alteigentümeransprüche zu entscheiden sind. Man kann nur hoffen, dass dies dann zuletzt auch eine kritische Haltung der deutschen Zivilrechtswissenschaft und Zivilgerichtsbarkeit gegenüber der *Dogmatik des Sachenrechts*, besonders aber gegenüber den geltenden *Sachenrechtsregeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs*²⁷ bewirkt.

VIII.

Im übrigen sollte es eine *Aufgabe des Deutschen Bundestages* sein, eine gesetzliche Regelung zu schaffen, die auch eine *Wiederaufnahme aller gerichtlicher Verfahren* ermöglicht, in denen Rückgabeansprüche der „Alteigentümer“ mit dem Hinweis auf die „besatzungsrechtliche oder besatzungshoheitliche Grundlage der Bodenreform“ abgelehnt wurden. Denn auf diese Weise wurden *sämtliche* „Enteignungen“ der Bodenreform 1945 von der Rückgabe ausgeschlossen, was nicht der Zweck des § 1 Abs. 8 a VermG sein konnte. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung lediglich den internationalen Verträgen entsprechen, die 1990 zur deutschen Einheit führten; er konnte nicht vorhersehen, dass die *Mängel der deutschen Befugnisdogmatik* eine radikale Auslegung des § 1 Abs. 8 a VermG durch Vermögensämter und Gerichte bewirken würden, die den Zweck des Vermögensgesetzes, deutsches staatliches Vermögensunrecht aus kommunistischer Zeit wiedergutmachen, nun in sein Gegenteil verkehrte. Die verheerende Folge war, dass „Alteigentümer“ für zwischen 1945 und 1948 erlittene Verluste grundsätzlich keine Aussicht mehr hatten, ihre Rückgabeansprüche zu verwirklichen, sondern nur noch eine *Entschädigung aus Bundesmitteln* beantragen konnten, die der Deutsche Bundestag aufgrund seiner „besonders großen Gestaltungsfreiheit“²⁸ natürlich begrenzt hat, schließlich ging es ja um Mittel aus dem Bundeshaushalt²⁹! Im Ergebnis wurde hiermit das einstige kommunistisch-staatliche Unrecht verewigt, denn jene Leistungen nach dem Entschädigungsgesetz sind im Vergleich mit den Werten, die den „Alteigentümern“ vorenthalten werden, lächerlich gering. Die Zahl der Alteigentümer mag als Wählerpotential vernachlässigbar sein; findet aber der deutsche Staat – der selbst durch seine Verfassung an Grundsätze des Rechtsstaats³⁰ gebunden ist und insbesondere die „Grundrechte“ zu beachten hat, also im Sinn des ersten Absatzes von Artikel 3 GG bei Rückgabeansprüchen nicht unbegründet kommunistische „Enteignungen vor oder nach 1948“ unterscheiden darf – keine Regelung, die den Alteigentümern noch zu ihrem Recht verhilft, dann wird man ihm vorwerfen müssen, dass er heute mit der gleichen Willkür wie einst die Länder der kommunistischen Machthaber handelt, indem er die Willkür seiner Behörden und Gerichte duldet.

Selbst wenn seit der deutschen Wiedervereinigung ein Zeitraum von 20 Jahren vergangen ist, sollte es nicht zu spät sein, die Fehler der bundesdeutschen Behörden und Gerichte bei der Entscheidung über „Alteigentümeransprüche“ zu korrigieren³¹. Die amtierende christlich-liberale Bundesregierung könnte sich damit ein bleibendes Denkmal setzen, ungeachtet der Widerstände, die gegen ein solches Vorhaben von Pragmatikern aller Richtungen zu erwarten sind.

IX.

Die deutsche Bundesregierung könnte jedoch ein übriges tun und sich um die Probleme jener Deutschen kümmern, die einst aus den nach 1945 von polnischen Behörden verwalteten, nach dem deutsch-polnischen Vertrag aber heute zu Polen gehörenden Gebieten vertrieben wurden und ihre Besitz- und Eigentumsansprüche nach ähnlichen Gesichtspunkten wie die deutschen „Alteigentümer“ verloren haben³². Die Bundesregierung ging bisher von dem Gedanken aus, dass die privaten „Eigentumsansprüche“ immer noch bestehen und vor polnischen Behörden und Gerichten geltend gemacht werden können, obgleich es auch in Polen eine Bodenreform gab und kaum behauptet werden kann, dass die hiermit verbundenen „Enteig-

nungen“ nicht als ebenso wirksam zu betrachten sind wie die „Enteignungen“ durch die Bodenreformen in den deutschen Ländern nach 1945. Einige Vertriebene, die den Weg zu polnischen Behörden und Gerichten mit dem Ziel der Wiedererlangung ihres Grundbesitzes beschritten, erlebten aber eine böse Überraschung, weil ihre Ansprüche nicht nur vor den polnischen Gerichten keine Anerkennung fanden; denn auch der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* lehnte eine Unterstützung ihrer Ansprüche ab³³. Nachdem aber in Polen Grundbesitz in-

27) *Verf.* Entwurf eines allgemeinen europäischen Sachenrechts (als Teil des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs), in: *ders.* Inhaberschaft (FN 5) Seite 249. – Allerdings wurde hier noch die Ansicht vertreten, das *Grundeigentum* sei – wie das Eigentum an mobilen Sachen – *für Bürger verfügbar*, wenn auch unter besonderen Bedingungen, die der „Sicherheit des Grundstücksverkehrs“ dienen sollen. Wie inzwischen aber erkannt wurde, gebührt das Grundstückseigentum allein dem Staat, sodass Bürger an Grundstücken lediglich einen Besitz – den sogenannten „Grundbesitz“ – begründen können. Das erklärt auch besser als die herrschende Dogmatik die *amtliche Kontrolle* des Grundstücksverkehrs mit der Führung von „Grundbüchern“, sowie andere Aspekte einer Sonderbehandlung von Grundstücken, etwa die „Steuer“ auf Grundbesitz, die eher einem *Pachtzins* gleicht!

28) BVerfG, Entscheidung 1 BvL 13/96 vom 30. 10. 2002.

29) Gesetz über die Entschädigung nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen (EntschG, FN 20).

30) Artikel 20 Absatz 3 GG.

31) Die Wiedereinsetzung der „Alteigentümer“ in ihre Rechte muss folgende Regeln zwingend berücksichtigen:

1. Der alte *Grundbesitz bis 99 ha* ist bedingungslos zurückzugewähren. Eventuelle „Neusiedler“ können keine Rechte geltend machen, sie müssen weichen; sie haben durch das DDR-Gesetz vom 7. März 1990 („Modrow“) keinen rechtsstaatlichen Besitz erlangt. Haben Neusiedler Gebäude oder Geräte restauriert und diene dies der Bestandserhaltung, so ist der alte Grundbesitzer zum Ausgleich verpflichtet. Hat der alte Grundbesitzer den Besitz ganz oder teilweise *käuflich zurück erworben*, so ist ihm der Kaufpreis zurückzuerstatten. Wurde der Besitz aber ganz oder teilweise an *fremde Käufer* veräußert, so durften sie darauf vertrauen, dass nach dem *Vermögenszuordnungsgesetz* von 1991/1994 die öffentliche Hand zum Verkauf berechtigt war und die Treuhandanstalt den Verkauf durchführen konnte; der Vertrag ist daher gültig; doch ist dem alten Grundbesitzer der Verkaufserlös bedingungslos auszukehren.

2. Alter *Grundbesitz* über 99 ha ist bedingungslos zurückzugewähren, soweit er sich noch in öffentlicher Hand befindet. Neusiedler bleiben im Bodenreformbesitz. Für Verkäufe gilt das gleiche wie in Ziffer 1.

3. Sequestrierte *Industrieanlagen* sind dem alten Besitzer bedingungslos zurückzugewähren. Soweit der alte Besitzer *Bürger der Deutschen Demokratischen Republik* war, kann er zwar keine Entschädigung für den eventuellen Verlust infolge einer Verwertung durch die Treuhandanstalt verlangen, doch ist der Verkaufserlös an ihn bedingungslos auszukehren. War der alte Besitzer kein Bürger der DDR, so steht ihm nicht nur der eventuelle Verkaufserlös zu, falls eine Rückgewährung nicht mehr möglich ist, sondern darüber hinaus sind eventuelle Entschädigungsansprüche zu klären.

4. Sequestrierte *Sachwerte* sind dem alten Eigentümer bedingungslos zurückzugewähren oder zu ersetzen. Für eine eventuelle *Restaurierung von Kunstgegenständen* kann die öffentliche Hand keinen Ausgleich verlangen, denn für die Bestandserhaltung war sie verantwortlich, und soweit die Restaurierung dem Zweck einer musealen Präsentation diene, fehlte für diese Nutzung die Genehmigung des Eigentümers; die öffentliche Hand hat deshalb das Risiko der Restaurierung zu tragen.

5. Soweit die Deutsche Demokratische Republik *Antiquitäten aus sequestriertem Bestand veräußert* hat, bleiben diese Verkäufe gültig, falls der Eigentümer dieser Gegenstände Bürger der DDR war, denn als solcher war er zur Solidarität mit dem Devisenbedürfnis der DDR verpflichtet. Auf einen Eigentümer, der nicht Bürger der DDR war, trifft dies nicht zu, solche Verkäufe müssen rückgängig gemacht werden; scheidet die Rückgabe, so ist der Verkaufserlös an den alten Eigentümer auszukehren und ein eventueller Entschädigungsanspruch zu klären.

6. Entschädigungsansprüche ergeben sich ebenfalls aus eventuell zwischen 1945 und 1990 entstandenen *Sachwertminderungen* – etwa wegen Vernachlässigung von Gebäuden – besonders auch dann, wenn sie bei rechtswirksamen Verkäufen zu einem entsprechend niedrigeren Kaufpreis führten; *Verf.* (FN 8) ebd.

32) Siegrid KRÜLLE Die Konfiskation deutschen Vermögens durch Polen, Teil I: Die Enteignungsmaßnahmen (herausgegeben von der *Kulturstiftung der deutschen Vertriebenen*, Bonn 1993). Beachtet werden muss, dass der Begriff „Konfiskation“ insoweit unzutreffend ist, denn zurückgelassene Werte wurden in Polen als „herrenlos“ betrachtet; der staatliche Zugriff auf solche Werte geht von einem *Verzicht auf privates Eigentumsrecht* aus, der hier natürlich nicht vorlag, weil der polnische Staat die Zurücklassung dieser Werte erzwungen hat!

33) Entscheidung der Vierten Sektion des EGMR vom 7. Oktober 2008 (Klage Nr. 47550/06).

nerhalb 20 Jahren ersessen wird – in Deutschland beträgt die Frist 30 Jahre³⁴ – und seit dem deutsch-polnischen Vertrag aus dem Jahre 1990 nunmehr am Ende des Jahres 2010 die Frist in Polen abgelaufen ist, sind die Ansprüche der Vertriebenen verfallen, es sei denn, die deutsche Bundesregierung nimmt sich der Sache der Vertriebenen an und verlangt vom polnischen Staat eine ähnliche Regelung für das „Alteigentum“, wie sie in Deutschland mit dem Vermögensgesetz und dem Entschädigungsgesetz geschaffen wurde. Eine Grundlage bietet der Artikel 46 der Anlage zur *Haager Landkriegsordnung* von 1907, der „Enteignungen“ in besetzten Gebieten untersagt; Russland gehörte zu den Initiatoren der Haager Landkriegsordnung, und Polen trat im Jahre 1925 diesem Abkommen bei. Zwar dürften Bodenreformen wohl als zulässiges Handeln von Besatzungsbehörden zu betrachten sein, doch die „Totalenteignungen“, die in Polen bei der Vertreibung von Deutschen stattfanden, entsprechen so wenig rechtsstaatlichen Grundsätzen wie vergleichbare Maßnahmen der deutschen Länder in der Sowjetischen Besatzungszone.

Es sollte also eine Aufgabe der deutschen Bundesregierung sein, von Polen eine Regelung für die Besitz- und Eigentumsansprüche der deutschen Vertriebenen zu verlangen, und ähnliches dürfte auch für die Besitz- und Eigentumsansprüche der aus tschechischem und slowakischem Gebiet vertriebenen Deutschen gelten. Vor allem muss es zunächst darum gehen, die Wirkung der polnischen *Ersitzungsregelung* für Ansprüche vertriebener Deutscher aufzuheben, damit diese Ansprüche noch geltend gemacht werden können. Dass der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* eine Sammelklage von deutschen Vertriebenen gegen die Republik Polen als *unzulässig* zurückwies, war durchaus keine „gute Lösung für Deutschland und Polen“ – so der polnische Ministerpräsident *Donald Tusk* zu dieser Entscheidung – und schuf keinesfalls eine „Rechtssicherheit“, wie die deutsche Bundeskanzlerin *Angela Merkel* verkündete – es sei denn, man würde als „rechtssicher“ auch den Zustand eines *Justizstaats* begreifen, wie ihn die Deutschen während des Dritten Reichs und die Ostdeutschen unter sozialistischer Herrschaft erlebt haben, die „Alteigentümer“ in der Bundesrepublik Deutschland aber seit 1990 erleben und deutsche Vertriebene nun wohl auch in Polen nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs erleben sollen. Dieser Zusammenhang macht noch einmal deutlich, wie wichtig die Korrektur der Rechtslage des sogenannten Alteigentums in Deutschland ist, denn Polen kann immer auf die Behandlung der „Alteigentümer“ durch Deutschland verweisen, wenn es auf die Rechte der deutschen Vertriebenen angesprochen wird.

Es gibt auch keinerlei Gründe, etwa „Verstimmungen im deutsch-polnischen Verhältnis“ zu befürchten, wenn die deutsche Bundesregierung sich der Besitz- und Eigentumsrechte ihrer Vertriebenen annimmt. Vielmehr geht es hierbei um Fragen *rechtsstaatlichen Handelns der Vertreterstaaten*, und in der gemeinschaftlichen Ordnung der Europäischen Union³⁵ dürfen solche Fragen sehr wohl angesprochen werden. Nachdem Deutschland mit der Abtretung umfangreicher Gebiete und durch Entschädigungsleistungen seine Kriegsschuld gegenüber den Vertreterstaaten beglichen hat, ist es unbestreitbar die Aufgabe der deutschen Regierung, Fragen der rechtsstaatlichen Behandlung von *Vermögensansprüchen deutscher Vertriebenen* an die polnische Regierung und an die Regierungen anderer Vertreterstaaten zu richten und beharrlich auf eine Regelung der Ansprüche der deutschen Vertriebenen hinzuwirken. Dieser Aufgabe darf sich die deutsche Bundesregierung auch nicht mit dem Hinweis entziehen, die Vertriebenen könnten sich selbst um die Wiedergewinnung ihres Besitzes und Eigentums oder etwa um Entschädigungen kümmern, denn die Frage der Rechtmäßigkeit von „Enteignungen“ deutscher Vertriebenen kann nur zwischen Deutschland und den Vertreterstaaten auf der *völkerrechtlichen Ebene* geklärt werden, und gleiches gilt für die rechtsstaatliche Behandlung der Vertriebenenansprüche, nachdem sich deutlich gezeigt hat, dass die privaten Bemühungen deutscher Vertriebenen vor den Gerichten der Vertreterstaaten – wie vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte – keinen Erfolg haben, solange rechtsstaatliche Regelungen für diese Ansprüche in den Vertreterstaaten fehlen. Auch verfügt nur die deutsche Regierung über eventuell notwendige *politische Druckmittel*, um die Vertreterstaaten zum Einlenken bei der Schaffung rechtsstaatlicher Regeln für die Behandlung der Vertriebenenansprüche deutscher Staatsbürger zu bewegen, und schließlich bleibt noch die Möglichkeit einer *Klage* der Bundesrepublik gegen die Vertreterstaaten vor dem *Internationalen Gerichtshof* in Den Haag³⁶, um für die Durchsetzung der Ansprüche der deutschen Vertriebenen zu sorgen. Es ist jedenfalls an der Zeit, dass die deutsche Bundesregierung endlich ihre politischen Pflichten bezüglich der deutschen Vertriebenen erkennt und sich mit aller Energie dann auch für eine rechtsstaatliche Lösung der hier bestehenden Probleme einsetzt.

34) §§ 937 ff. BGB.

35) Zum Verständnis der europäischen Gemeinschaftsordnung siehe *Verf. Demokratie* (FN 23) ebd.

36) Artikel 92 der Charta der Vereinten Nationen.

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.

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**

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.

Vorsitzender Richter am Landgericht Dr. Werner Hinz, Itzehoe

Rechtsmittel gegen Beschlusszurückweisung im Berufungsverfahren?

Kritische Gedanken zur vorgesehenen Änderung des § 522 Abs. 2 und 3 ZPO*

I. Einleitung

Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) hat Ende November 2010 einen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Änderung des § 522 ZPO vorgelegt. Dieser sieht neben Modifikationen auf der Tatbestands- und Rechtsfolgenebene der Bestimmung insbesondere die Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde für Zurückweisungsbeschlüsse mit einer Beschwer über 20.000,00 € vor. Sollte der Entwurf eine legislatorische Umsetzung erfahren, wird dies – gerade auch in den Gewerbe-raummietsachen – durchgreifende Änderungen im Berufungsverfahren zur Folge haben. Bei den meist zuständigen Senaten der Oberlandesgerichte (vgl. § 119 Abs. 1 Nr. 2 GVG) wird sich die Frage stellen, ob ein Vorgehen im Wege der Beschlusszurückweisung unter Vereinfachungs- und Beschleunigungsgesichtspunkten überhaupt noch sinnvoll erscheint. Gleichwohl hat der Deutsche Richterbund die vorgeschlagene Neuregelung des § 522 Abs. 2 ZPO prinzipiell befürwortet und lediglich einige Änderungen im Detail angeregt¹. Das alles verdeutlicht, dass das vom BMJ erarbeitete Gesetzesvorhaben einer ausgiebigen Diskussion bedarf. Diese anzuregen ist die Intention des vorliegenden Beitrags.

Zunächst soll die vorgesehene Gesetzesänderung in Rahmen einer synoptischen Gegenüberstellung des alten und künftigen Rechts dargestellt werden (siehe nebenstehende Tabelle).

II. Grundsätzliches

1. Historie

Das Institut der Beschlusszurückweisung wurde durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27. 7. 2001 (ZPO-ReformG)² eingeführt. Ziel dieses Reformgesetzes war eine strukturelle Neugestaltung wesentlicher Bereiche des Zivilprozesses. Die erste Instanz sollte gestärkt werden, so dass der Rechtsstreit bereits hier umfassend betrieben und nach Möglichkeit auch erledigt wird. Dazu hat der Reformgesetzgeber insbesondere die materielle Prozessleitungspflicht des Gerichts in § 139 ZPO stärker akzentuiert³. Damit korrespondierte der Gedanke einer deutlicheren Funktionsdifferenzierung der Rechtsmittelebenen. Die Berufungsinstanz sollte fortan der Fehlerkontrolle und -beseitigung, die Revision der Klärung von Grundsatzfragen, der Rechtsfortbildung und der Rechtsvereinheitlichung dienen⁴.

Weiteres Reformziel war der Abbau der Wertgrenzen für die Zulassung zum Rechtsmittel. Dazu wurde die Berufungssumme von 1500 DM auf 600 € (entspricht 1173,50 DM) herabgesetzt, ferner wurde das Institut der Zulassungsberufung gegen bislang unanfechtbare Urteile eingeführt⁵. Schließlich hat der Reformgesetzgeber auch die Revision in ein Zulassungsrechtsmittel umgestaltet⁶; die Streitwertbarriere hat er lediglich im Rahmen der Übergangsbestimmung des § 26 Nr. 8 EGZPO (bis auf Weiteres gültig bis zum 31. 12. 2011) beibehalten.

In diesem Gesamtsystem bildet das Beschlusszurückweisungsverfahren des § 522 Abs. 2 ZPO in seiner bisherigen Ausgestaltung ein notwendiges Korrektiv. Wurde der Rechtsmittelzug einerseits durchlässiger gestaltet, so dass grundsätzliche Rechtsfragen auch bei geringen Streitwerten auf höchster Ebene geklärt werden können, so sollten im Gegenzug dazu Rechtsstreitigkeiten mit eindeutigem Ausgang von der Revisionsinstanz fern gehalten werden, und zwar selbst dann, wenn ihnen hohe Gegenstandswerte zugrunde liegen⁷. Der Zugang zum Rechtsmittel – so lautete die Devise – sollte fortan nicht mehr „vom Geldbeutel abhängen“⁸. Andererseits wollte man dem Missbrauch des Rechtsmittels zur Verzögerung der Forderungs-

§ 522 Abs. 2 und 3 ZPO	§ 522 Abs. 2 und 3 ZPO-E
(2) ¹ Das Berufungsgericht weist die Berufung durch einstimmigen Beschluss unverzüglich zurück, wenn es davon überzeugt ist, dass 1. die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat, 2. die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und 3. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert.	(2) ¹ Das Berufungsgericht <u>hat</u> die Berufung durch einstimmigen Beschluss unverzüglich <u>zurückzuweisen</u> , wenn es davon überzeugt ist, dass 1. die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat, 2. die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, 3. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert <u>und</u> 4. <u>eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich ist</u>
² Das Berufungsgericht oder der Vorsitzende hat zuvor die Parteien auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung und die Gründe hierfür hinzuweisen und dem Berufungsführer binnen einer zu bestimmenden Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. ³ Der Beschluss nach Satz 1 ist zu begründen, soweit die Gründe für die Zurückweisung nicht bereits in dem Hinweis nach Satz 2 enthalten sind.	² Das Berufungsgericht oder der Vorsitzende hat zuvor die Parteien auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung und die Gründe hierfür hinzuweisen und dem Berufungsführer binnen einer zu bestimmenden Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. ³ Der Beschluss nach Satz 1 ist zu begründen, soweit die Gründe für die Zurückweisung nicht bereits in dem Hinweis nach Satz 2 enthalten sind. <u>Ein anfechtbarer Beschluss hat darüber hinaus eine Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil mit Darstellung etwaiger Änderungen oder Ergänzungen zu erhalten.</u>
(3) Der Beschluss nach Absatz 2 Satz 1 ist nicht anfechtbar.	(3) <u>Gegen den Beschluss steht dem Berufungsführer das Rechtsmittel zu, das zulässig wäre, wenn das Gericht durch Urteil entschieden hätte.</u>

begleichung – seiner Nutzung gleichsam als „Justizkredit“ – entgegenwirken. So heißt es in dem Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Rechtsmittel in zivilgerichtlichen Verfahren“ aus dem Jahre 1999:

* Überarbeitete und ergänzte Fassung einer Stellungnahme, die Verf. gegenüber dem Präsidenten des Landgerichts Itzehoe sowie gegenüber dem Schleswig-Holsteinischen Richterverband abgegeben hat.
1) Aufrufbar über die Homepage des Deutschen Richterbundes, www.dr.b.de.
2) BGBl. I S. 1887.
3) S. dazu auch *Hinz*, Festschrift für Blank, 2006, S. 533.
4) BT-Drs. 14/4722, S. 60 f.
5) BT-Drs. 14/4722, S. 61.
6) BT-Drs. 14/4722, S. 61.
7) Vgl. BT-Drs. 14/4722, S. 61 f.
8) S. Begründung des Referentenentwurf eines ZPO-Reformgesetzes: „Worum eine ZPO-Reform“, zit. nach *Hannich/Meyer-Seitz/Engers*, ZPO-Reform – Einführung, Texte, Materialien, 2002, S. 53.

„In vielen Fällen lassen sich Schuldner verklagen und treiben aussichtslose Verfahren anschließend in die Rechtsmittelinstanz, um Zeit zu gewinnen. Die bestehenden Möglichkeiten – zu nennen ist die Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit – reichen allein nicht aus, dem mit Erfolg zu begegnen. Ein funktionsdifferenzierendes Rechtsmittelsystem setzt grundsätzlicher an. Das Rechtmittelrecht wird künftig derart ausgestaltet, dass substanzlose Berufungen vom Berufungsgericht schnell und unanfechtbar erledigt werden.“⁹

Um dieses Ziel zu verwirklichen, sah der Referentenentwurf der ZPO-Reform – wohl in Anlehnung an §§ 124, 124a Abs. 4 und 5 VwGO – die Einführung einer Annahmoberufung vor. Die Begründung des Entwurfs formuliert:

„Eine weitere Fehlsteuerung muss beendet werden: in aussichtslosen Fällen kann die Berufung derzeit dazu benutzt werden, Verfahren zulasten des Gegners in die Länge zu ziehen und das Rechtmittel der Berufung als ‚Justizkredit‘ nutzbar zu machen. Im geltenden Prozessrecht fehlen nämlich vereinfachte Erledigungsmöglichkeiten für substanzlose Berufungen. Über jede zulässige Berufung muss mündlich verhandelt werden, was in Anbetracht der Terminsstände einiger Berufungsgerichte manchen Gläubiger in eine prekäre Situation bringt. Kleine und mittelständische Unternehmen, die die notwendigen Sicherheiten für eine vorläufige Vollstreckung aus dem erstinstanzlichen Urteil nicht leisten können, werden durch diese Schwäche des Zivilprozessrechts in ihrer Existenz gefährdet. Zur Beschleunigung des Verfahrens und der schnelleren Gewährung wirksamen Rechtsschutzes bedarf es dringend sachgerechter Korrekturen im geltenden Recht.“¹⁰

In den folgenden Gesetzentwürfen der Bundesregierung¹¹ und der Koalitionsfraktionen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen¹² wurde die Annahmoberufung durch das Beschlusszurückweisungsverfahren ersetzt¹³. Die Zielsetzung beider Institute ist jedoch identisch: Es geht darum, substanzlosen Berufungen, deren Intention vielfach allein in der Verfahrensverzögerung liegt, wirksam zu begegnen und die zugrunde liegende erstinstanzliche Entscheidung schnellstmöglich der Rechtskraft zuzuführen¹⁴.

2. Auswirkungen auf die Praxis

Dieses Ziel ist seit dem In-Kraft-Treten des ZPO-Reformgesetzes zum 1. 1. 2002 auch durchweg erreicht worden. Nach der im Auftrag des BMJ durchgeführten Untersuchung zu den rechtstatsächlichen Auswirkungen der ZPO-Reform auf die gerichtliche Praxis (Evaluation ZPO-Reform) aus dem Jahre 2006¹⁵ ist die Zahl der streitigen Berufungsurteile seither stark rückläufig, nämlich bei den Oberlandesgerichten von 42,2% im Jahre 2000 auf 30,4% im Jahre 2004 und bei den Landgerichten von 51,6% im Jahre 2000 auf 34,5% im Jahre 2004 bei etwa konstantem Anteil von Erledigungsarten wie Prozessvergleich oder Verwerfung als unzulässig. Hingegen ist eine Zunahme an Zurückweisungsbeschlüssen von 5,7% im Jahre 2002 auf 11% im Jahre 2004 bei den Oberlandesgerichten und von 4,2% auf 10,7% bei den Landgerichten und an Berufungsrücknahmen von 28,9% im Jahre 2000 auf 32,3% im Jahre 2004 bei den Oberlandesgerichten und von 25,8% auf 31,8% im gleichen Zeitraum bei den Landgerichten zu verzeichnen. Darüber hinaus sind die Erledigungszeiten bei den Berufungsgerichten deutlich gesunken (Oberlandesgerichte: 8,7 Monate im Jahre 2000 auf 7,7 Monate im Jahre 2004, Landgerichte: 5,5 auf 4,9 Monate im gleichen Zeitraum)¹⁶.

3. Voraussichtliche Folgen der geplanten Gesetzesänderung

Durch die Einführung eines Rechtsmittels gegen Zurückweisungsbeschlüsse im oberen Streitwertsegment würden die mittlerweile eingetretenen Erfolge, nämlich eine spürbare Entlastung der Berufungsinstanz sowie eine Beschleunigung des rechtskräftigen Abschlusses von rechtlich eindeutigen Vorgängen, aller Voraussicht nach konterkariert werden. Es wird zu erwarten sein, dass gegen eine Vielzahl von Zurückweisungs-

beschlüssen das jetzt vorgesehene Rechtsmittel der Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt wird. Die Entwurfsverfasser räumen selbst ein, dass künftig 46% der Zurückweisungsbeschlüsse der Oberlandesgerichte anfechtbar würden¹⁷. Im Übrigen wird derzeit ein erheblicher Teil der Berufungen nach erfolgtem Hinweis gem. § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO zurückgenommen. Die Rücknahmequote wird aber aller Voraussicht nach deutlich sinken, wenn gegen die abschließende Entscheidung ein Rechtsmittel zulässig wäre.

Das alles wird zum einen die Verfahrensdauer deutlich verlängern, zum anderen eine Vielzahl von Vorgängen zum BGH treiben, die keinerlei rechtlichen Ertrag bringen, sondern sich allein durch hohe Streitwerte, komplexe Tatsachenfeststellungen sowie eine durch ihren Umfang bedingte besondere Unübersichtlichkeit auszeichnen. So liegt der Rechtsmittelstreitwert bei den meisten Räumungsrechtsstreitigkeiten des Gewerbebaummietrechts deutlich über 20.000,00 €; sonderlich diffizile Rechtsfragen werfen solche Vorgänge regelmäßig nicht auf. Will der zur Räumung und Herausgabe verurteilte Mieter den Besitzverlust an der Mietsache (nach Abwendung der Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung nach §§ 708 Nr. 7, 711 ZPO) hinausschieben, wird er gegen den Zurückweisungsbeschluss Nichtzulassungsbeschwerde einlegen.

Es ist den Entwurfverfassern zwar zu konzedieren, dass der BGH im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde allein zu überprüfen hat, ob eine Grundsatzbedeutung i. S. des § 543 Abs. 2 ZPO besteht¹⁸. Demgemäß hat er sich mit der rechtlichen Bewertung durch das Berufungsgericht „an sich“ nicht zu befassen. Allerdings ist die Grundsatzbedeutung in diesem Sinne nicht auf die Klärung von offenen Rechtsfragen und Divergenzen in der Rechtsprechung beschränkt. Über den Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Nr. 2, 2. Alt. ZPO) werden auch solche Fälle erfasst, in denen die angefochtene Entscheidung verfahrens- oder materiell-rechtlich fehlerhaft ist, sofern der Rechtsfehler über die Einzelfallentscheidung hinaus die Interessen der Allgemeinheit nachhaltig berührt¹⁹. Das soll insbesondere bei Rechtsfehlern von symptomatischer Bedeutung der Fall sein, wenn diesen also ein Nachahmungseffekt zukommen könnte, der geeignet ist, das Vertrauen in die Rechtsprechung insgesamt zu erschüttern²⁰. Darüber hinaus soll der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 Alt. ZPO) gegeben sein, wenn die angefochtene Entscheidung Verfahrensgrundrechte des Beschwerdeführers verletzt und

9) S. Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, zit. nach *Hannich/Meyer-Seitz/Engers*, ZPO-Reform – Einführung, Texte, Materialien, 2002, S. 47.

10) Begründung Referentenentwurf, S. 56.

11) BT-Dr 14/4722.

12) BT-Drs. 14/3750.

13) Die damalige Bundesjustizministerin *Däubler-Gmelin* führt dazu in ihrem Vortrag auf dem 63. Deutsche Juristentag in Leipzig (abgedruckt in ZRP 2000, 457) aus:

„Wir schaffen die Grundlage dafür, substanzlose Berufungen beschleunigt zu bescheiden, um der in erster Instanz zu Recht obsiegenden Partei schneller zu ihrem Recht zu verhelfen. In unserem Gesetzentwurf haben wir allerdings das im Referentenentwurf vorgesehene Annahmeverfahren zu Gunsten des vereinfachten Zurückweisungsverfahrens bei Einigkeit des Kollegial-Berufungsgerichts aufgegeben. In eindeutig gelagerten Fällen muß das Prozeßrecht darauf hinwirken, daß Rechtskraft und Rechtssicherheit zügig eintreten. Dieses Interesse der obsiegenden Partei ist schützenswerter als das Interesse der unterlegenen Partei, auch bei evidenter Aussichtslosigkeit ihres Rechtsmittels eine nochmalige mündliche Verhandlung zu bekommen, zumal das Berufungsgericht sie auf die Aussichtslosigkeit ihres Rechtsmittels vor Beschlußfassung hinweisen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme geben muß.“

14) BT-Drs. 14/4711, S. 61 f.

15) Abrufbar über die Homepage des Bundesministeriums der Justiz, www.bmj.bund.de.

16) Evaluation ZPO-Reform, S. 6.

17) Entwurfsbegründung, S. 7.

18) Vgl. BGH NJW 2003, 1943, 1947; PG/Ackermann, ZPO, 2. Aufl. 2010, § 544 Rn. 13 f.

19) BGH NJW 2002, 2473, 2474.

20) BGH a. a. O.

nicht zweifelhaft erscheint, dass das BVerfG sie auf eine Verfassungsbeschwerde hin aufheben würde²¹. Das sind zwar auf den ersten Blick recht hohe Hürden für den Zugang zum BGH. Gleichwohl wird der Berufungsführer, der mit einer Zurückweisung nach § 522 Abs. 2 ZPO nicht einverstanden ist, bei Eröffnung einer Nichtzulassungsbeschwerde alles daran setzen, einen Rechtsfehler von „symptomatischer Bedeutung“ oder einen erheblichen Verstoß gegen Verfahrensgrundrechte zu konstruieren. Ein solcher kann auch in der Verletzung des Verfahrensgrundrechts auf Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) liegen, wenn das Gericht zweifelsohne tatsächliches Vorbringen überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung nicht erwogen hat²². Gerade letzteres wird wohl vielfach behauptet werden, um eine Befassung des BGH mit rechtlich völlig unspektakulären Sachen zu erreichen. Dies wird beim BGH erhebliche Arbeitsressourcen beanspruchen.

Auf der anderen Seite ist durch die ZPO-Reform 2002 eine Vielzahl von Verfahren mit geringen Streitwerten zum BGH gelangt. Namentlich den für Wohnraummietssachen und Kaufrecht zuständigen VIII. Zivilsenat hat alsbald nach In-Kraft-Treten des Reformgesetzes eine wahre Flut von zugelassenen Revisionen erreicht. Die Novellen des Mietrechts 2001 und des Schuldrechts 2002 haben zahlreiche ungeklärte und für die Praxis außerordentlich bedeutsame Rechtsfragen hervorgebracht, die der Senat mittlerweile beantwortet hat. Gerade im Bereich des Betriebskostenrechts gibt es immer wieder – auch bei Vorgängen mit sehr niedrigen Streitwerten – Probleme, deren Relevanz weit über den Einzelfall hinausgeht.

So bindet die Grundsatzrevision auch in erheblichem Umfang richterliche Arbeitskraft. Hat der BGH vor der ZPO-Reform gerade einmal 32 Rechtsentscheide in 22 Jahren erlassen, so gibt es seit 2002 ca. 400 Entscheidungen in Wohnraummietssachen²³. Dem steht jedoch bislang – bedingt durch das Institut der Beschlusszurückweisung nach § 522 Abs. 2 ZPO – eine deutliche Entlastung an Verfahren mit hohen Streitwerten, aber einfach gelagerten Rechtsfragen gegenüber. Mit Recht weisen die Entwurfsverfasser darauf hin, dass seit In-Kraft-Treten des ZPO-ReformG im Jahre 2002 die Anzahl der Revisionen deutlich zurückgegangen sind. Nach der Evaluation ZPO-Reform aus dem Jahre 2006 sind nach dem Höchststand im Jahre 2002 (der im Wesentlichen noch auf dem vormaligen Revisionsrecht beruht) in den Jahren 2003 und 2004 Rückgänge um 15,4% bzw. 6,6% zu verzeichnen gewesen²⁴. Sollten jedoch nach Umsetzung des hier in Rede stehenden Gesetzesvorhabens nunmehr auch Nichtzulassungsbeschwerden gegen Zurückweisungsbeschlüsse nach § 522 Abs. 2 ZPO vermehrt den BGH erreichen, wird die dortige Arbeitsbelastung spürbar anwachsen. Dabei wird nicht übersehen, dass der BGH die Entscheidung über eine Nichtzulassungsbeschwerde nicht zu begründen braucht (vgl. § 544 Abs. 4 ZPO). Gleichwohl muss der Vorgang umfassend geprüft und votiert werden, was in jedem Fall richterliche Arbeitskraft fordert.

Es ist noch ein weiterer Gesichtspunkt zu beachten. Die 20.000,00 €-Grenze ist kein Tatbestandsmerkmal des § 522 Abs. 3 ZPO-E; sie ergibt sich allein aus der Übergangsvorschrift des § 26 Nr. 8 EGZPO, für deren Geltungsdauer der Entwurf wiederum eine Verlängerung bis zum Ablauf des Jahres 2013 vorsieht. Vermutlich wird es auch noch weitere Verlängerungen geben. Sollte dies aber irgendwann einmal nicht mehr der Fall sein, so wäre in sämtlichen Zivilverfahren, in denen eine Partei durch Urteil mit mehr als 600,00 € beschwert ist, der Weg zum BGH eröffnet. Dann aber dürften bei den dortigen Zivilsenaten tatsächlich die Dämme brechen.

4. Bedarf für ein Rechtsmittel

Intention der nach dem Entwurf vorgesehenen Nichtzulassungsbeschwerde ist es insbesondere, „die höchstrichterliche

Kontrolle über die Spruchpraxis der Berufungsgerichte im oberen Streitwertsegment in vollem Umfang wiederherzustellen“²⁵. In der Tat lässt sich argumentieren, dass es nicht allein in den Händen des Berufungsgerichts liegen sollte, ob eine Rechtsache wegen ihrer Grundsatzbedeutung den Weg zum BGH nimmt. Dieser muss selbst darüber befinden können, mit welchen Sachen er sich befassen will. Andererseits ist nach der Gesamtkonzeption der reformierten ZPO gerade der zweiten Instanz die maßgebliche Kontrollfunktion zugewiesen. Von daher ist es nur systemkonform, wenn diese im Rahmen eines Vorprüfungsverfahrens, wie § 522 Abs. 2 ZPO es vorsieht, auch die Weichen für den Zugang zum BGH stellen kann.

Im Übrigen ist der Berufungsführer bei Zurückweisung seines Rechtsmittels nach § 522 Abs. 2 ZPO auch nicht rechtlich gestellt. So kann er gegen den Zurückweisungsbeschluss die Anhörungsrüge (§ 321a ZPO) erheben, muss allerdings eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend machen, die zugegebenermaßen nicht in jeder unrichtigen Rechtsauffassung liegt. Möglich ist aber auch die Verfassungsbeschwerde. Nach der Entscheidung des BVerfG vom 29.05.2007²⁶ verletzt das Berufungsgericht den durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz, wenn es nach § 522 Abs. 2 ZPO vorgeht, obgleich es von der Rechtsprechung des BGH abweicht.

Nicht recht überzeugend erscheint auch der Hinweis in der Entwurfsbegründung auf die Quoten der Verfahrenserledigung einzelner Landgerichte und Oberlandesgerichte durch Zurückweisungsbeschluss²⁷. Zunächst einmal berücksichtigen die mitgeteilten Daten nicht die Berufungsrücknahmen nach erteiltem Hinweis gem. § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Nach der im Auftrag des BMJ durchgeführten Evaluation ZPO-Reform aus dem Jahre 2006²⁸ wurde im Falle einer Hinweiserteilung nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO jede zweite Berufung beim Oberlandesgericht zurückgenommen. Im Übrigen scheinen sich in unterschiedlichen Jahren völlig verschiedene Prozentzahlen zu ergeben. Lag im Jahre 2009 der Bundesdurchschnitt der Erledigungen durch Zurückweisungsbeschluss bei den Berufungskammern der Landgerichte bei 14,2% und bei den Oberlandesgerichten bei 16,1%, sollen die Prozentzahlen im Jahre 2004 10,7% bzw. 11% betragen haben²⁹. Vieles spricht dafür, dass es sich hier um mehr oder weniger zufällige Ergebnisse handelt, die auch von Art und Umfang der Vorgänge sowie dem Agieren der jeweiligen Berufungsführer geprägt sind. Ob sich aus den mitgeteilten Quoten tatsächlich Rückschlüsse auf eine unterschiedliche Handhabung des § 522 Abs. 2 ZPO ziehen lassen, erscheint zweifelhaft. Insofern ist die im Referentenentwurf geschilderte Ausgangssituation keineswegs als gesichert anzusehen.

Nur ganz am Rande sei angemerkt, dass die Intention des § 522 Abs. 2 ZPO entgegen der Annahme der Entwurfsverfasser nicht darin liegt, nur *offensichtlich* unbegründete Berufungen möglichst frühzeitig der Entscheidungsreife zuzuführen³⁰. Die Offensichtlichkeit der mangelnden Erfolgsaussicht der Berufung ist gerade kein Kriterium des § 522 Abs. 2 ZPO. Der Reformgesetzgeber hat sich hiermit ganz bewusst von dem entsprechenden Vorschlag der CDU/CSU-Fraktion in dem Gesetzentwurf zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 08.12.1998³¹ abge-

21) BGH NJW 2003, 65, 68.

22) BGH NJW 2003, 1943, 1947.

23) Vgl. Börstinghaus, NZM 2003, 829; 2008, 905.

24) Evaluation ZPO-Reform, S. 6.

25) Entwurfsbegründung, S. 7.

26) WuM 2007, 565 = NZM 2007, 678.

27) Entwurfsbegründung, S. 6.

28) S.o. bei Fußn. 15.

29) Evaluation ZPO-Reform, S. 6.

30) So aber die Entwurfsbegründung, S. 6.

31) BT-Drs. 14/163.

grenzt³². Auch das in der strafrechtlichen Revisionsvorschrift des § 349 Abs. 2 StPO vorhandene Kriterium der Offensichtlichkeit ist Gegenstand der Kritik, zumal eine Differenzierung zwischen „einfacher“ und „offensichtlicher“ Unbegründetheit in der Praxis kaum durchführbar ist³³.

III. Einzelne Änderungen

1. Rechtsfolgenausspruch

Hier will der Entwurf den obligatorischen Charakter des § 522 Abs. 2 ZPO durch eine geänderte Formulierung („hat zurückzuweisen“ statt „weist zurück“) unterstreichen. Das ist im Prinzip zu begrüßen. In den umfangreichen Diskussionen über die Handhabung des Zurückweisungsverfahrens, die auf Richter tagungen anlässlich der reformierten ZPO stattgefunden haben, hat sich immer wieder herausgestellt, dass einige Berufungsgerichte die Vorschrift durchaus als Ermessensbestimmung betrachten. „Wenn ich eine Beschlusszurückweisung nicht für angemessen halte, stimme ich ihr eben nicht zu!“ lautete ein entsprechender Wortbeitrag. Der Ermessensspielraum sei lediglich auf die Tatbestandsebene verlagert, er ergebe sich aus den Kriterien der „Erfolgsaussicht“ sowie der „grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsache“. Daran ist zutreffend, dass diesen unbestimmten Rechtsbegriffen ein Beurteilungsspielraum innewohnt. Mitunter wird vom Zurückweisungsverfahren aber auch deswegen kein Gebrauch gemacht, weil eine zeitnahe Bearbeitung des (womöglich sehr umfangreichen) Vorgangs angesichts der Belastungssituation des Senats nicht möglich ist. Ist eine Baumängelsache mit vier Hauptbänden, zwei Leitzordnern, zwei „Sonderbänden Befangenheit“ und sechs beigezogenen OH-Akten erst einmal im Zimmer des Berichterstatters auf der Fensterbank (oder gar daneben) zum Liegen gekommen, wird – selbst wenn die erstinstanzliche Entscheidung zutreffend ist und eine Grundsatzbedeutung nicht besteht – eine „unverzügliche“ Zurückweisung des Rechtsmittels meistens nicht praktikabel sein.

Allerdings bedeutet „unverzüglich“ keineswegs „sofort“; die Legaldefinition in § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB beschreibt das Kriterium als „ohne schuldhaftes Zögern“. Das aber lässt eine Berücksichtigung der gegenwärtigen Geschäftslage des Berufungsgerichts bei der Bearbeitungsdauer des Vorprüfungsverfahrens nach § 522 Abs. 2 ZPO ohne weiteres zu. Das OLG Düsseldorf ist in einer Entscheidung aus dem Jahre 2005³⁴ so weit gegangen, dass selbst nach Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung ein Umlenken des Berufungsgerichts zu einer Beschlusszurückweisung nach § 522 Abs. 2 ZPO noch möglich sein soll. Diese Sichtweise ist aber keineswegs unproblematisch. Gegen sie könnte die Vorschrift des § 523 Abs. 1 ZPO streiten; danach entscheidet das Berufungsgericht, sofern es die Berufung nicht nach § 522 ZPO durch Beschluss verwirft oder zurückweist, über die Übertragung auf den Einzelrichter und bestimmt anschließend unverzüglich Termin zur mündlichen Verhandlung. Das deutet darauf hin, dass im Zeitpunkt der Terminanberaumung die Entscheidung, ob eine Zurückweisung des Rechtsmittels im Beschlusswege zu erfolgen hat, bereits gefallen sein muss³⁵.

Angesicht der aufgezeigten Unwägbarkeiten erscheint es zweifelhaft, ob eine stärkere Akzentuierung des obligatorischen Charakters der Vorschrift tatsächlich geboten ist.

2. Nichterforderlichkeit einer mündlichen Verhandlung als zusätzliche Voraussetzung

Als zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung für einen Zurückweisungsbeschlusses sieht der Entwurf in § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO-E vor, dass eine mündliche Verhandlung nicht erforderlich ist. Das Erfordernis soll dem Schutz des Berufungsführers dienen. Dieser soll eine mündliche Verhandlung erreichen können, wenn die Rechtsverfolgung für ihn von existenzieller Bedeutung ist, z. B. in Arzthaftungssachen oder wenn das erstinstanzliche Urteil zwar im Ergebnis zutreffend, aber unrichtig begründet ist³⁶.

Die Änderung ist abzulehnen. Sie wird dazu führen, dass nahezu jeder Berufungsführer in der Berufungsbegründung oder spätestens nach erteiltem Hinweis die Durchführung einer mündlichen Verhandlung fordern wird. Sein anwaltlicher Vertreter wird regelmäßig schon aus Prestige Gründen darauf dringen; anderenfalls müsste er sich den Vorwurf gefallen lassen, das Rechtsmittel substanzlos begründet zu haben. Zudem wird sich hier aller Voraussicht nach eine sehr unterschiedliche Rechtspraxis entwickeln. Einige Gerichte werden schon ein entsprechendes Ansinnen des Berufungsführers zum Anlass nehmen, von einer Beschlusszurückweisung Abstand zu nehmen und in die mündliche Verhandlung einzutreten; andere Gerichte werden hier sehr strenge Maßstäbe anlegen. Schon deswegen birgt die hier in Rede stehende Negativvoraussetzung viel Streitpotential. Sofern ein Gericht dem Verlangen des Berufungsführers nach einer mündlichen Verhandlung nicht nachkommt, wird dies wohl nicht selten eine Befangenheitsablehnung zur Folge haben.

Im Übrigen wird den Gerichten mit diesem konturenlosen Tatbestandsmerkmal ein weiterer Beurteilungsspielraum an die Hand gegeben, der kaum mit der Intention der Entwurfsverfasser harmoniert, den obligatorischen Charakter der Beschlusszurückweisung zu unterstreichen. Als Vorbild für dieses Kriterium hat offenbar § 130a Satz 1 VwGO gedient³⁷. Doch erscheint der Rekurs auf diese Bestimmung keineswegs tragfähig. § 130a Satz 1 VwGO beinhaltet nämlich kein Zurückweisungsverfahren, sondern ein schriftliches Verfahren, welches zurückweisende wie stattgebende Entscheidungen zulässt.

3. Notwendiger Inhalt des Zurückweisungsbeschlusses

Die nach § 522 Abs. 2 Satz 4 ZPO-E vorgesehene Bezugnahme auf den erstinstanzlichen Tatbestand mit Darstellung etwaiger Änderungen und Ergänzungen ist letztlich Konsequenz der Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde. Der BGH muss erkennen können, welche Tatsachen das vorinstanzliche Gericht als feststehend erachtet. Die nach dem Entwurf vorgesehene Regelung entspricht dem durch die ZPO-Reform eingeführten § 540 ZPO. Ziel dieser Bestimmung ist es, einer Mehrarbeit der Berufungsgerichte bei der Abfassung von (vollständigen) Urteilen infolge der grundsätzlichen Öffnung der Revisionsinstanz durch die Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 ZPO) entgegenzuwirken³⁸.

Die Praxis zeigt jedoch, dass bei einer Vielzahl von landgerichtlichen Urteilen die Tatbestände sehr knapp gefasst sind. Bevor der Berufungssenat diese mit umfangreichen Änderungen und Ergänzungen versieht, verfasst er schon aus Gründen der Übersichtlichkeit meistens einen komplett neuen Tatbestand. Sollen künftig auch Zurückweisungsbeschlüsse im oberen Streitwertsegment durch den BGH überprüfbar sein, so werden die Berufungsgerichte vielfach nicht umhin kommen, auch hier umfangreiche eigene Tatbestände zu verfassen. Das wird zu einer signifikanten Mehrbelastung führen.

32) Der dortige § 519c ZPO-E lautete:

„(1) In Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, bei denen der Wert des Beschwerdegegenstandes sechzigtausend Deutsche Mark nicht übersteigt, und über nichtvermögensrechtliche Ansprüche kann das Berufungsgericht die Berufung ohne mündliche Verhandlung durch einstimmigen Beschluss zurückweisen, wenn die Berufung nach der Berufungsbegründung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat.
(2) Die Berufung darf nicht ohne mündliche Verhandlung zurückgewiesen werden, wenn der Berufungsbeklagte sich der Berufung angeschlossen hat oder ein Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt oder eine Anordnung nach § 273 oder ein Beweisbeschluss nach § 358a erlassen ist oder wenn das angefochtene Urteil ohne mündliche Verhandlung ergangen ist.“

33) Vgl. nur *Meyer-Gofner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 349 Rn. 11.

34) NJW 2005, 833.

35) In diesem Sinne auch *Zöllner/Hefler*, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 522 Rn. 31.

36) Entwurfsbegründung, S. 9.

37) Entwurfsbegründung, S. 9.

38) BT-Drs. 14/6036, S. 124.

IV. Zwischenergebnis

Die in dem Referentenentwurf vorgesehenen Änderungen des § 522 Abs. 2 ZPO sind nach alledem abzulehnen. Unter Beschleunigungs- und Entlastungsgesichtspunkten, wie sie der Intention des ZPO-Reformgesetzgebers entsprachen, erscheinen sie gänzlich kontraproduktiv; sie würden das Institut der Beschlusszurückweisung im oberen Streitwertsegment geradezu sinnentleeren. Dieses würde sich von einem bislang sehr effizienten Instrument zur schnellen Erledigung substanzloser Berufungen zu einer Sonderform des schriftlichen Verfahrens verflüchtigen. Problematisch erscheint vor allem, dass die Beschlusszurückweisung nach der Ausgestaltung des Referentenentwurfs im oberen Streitwertsegment keinerlei Entlastung mehr schaffen wird, gleichwohl aber strikt (womöglich strikter als bislang) durchzuführen ist. Das wird stark überlastete Zivilsenate erheblich unter Druck setzen, ohne dass damit irgendein Effizienzgewinn verbunden wäre.

V. Eigene Lösungsansätze

1. Abschaffung der Beschlusszurückweisung im oberen Streitwertsegment?

Will man gleichwohl an dem Vorhaben einer Änderung des § 522 Abs. 2 ZPO festhalten, so stellt sich die Frage, ob es nicht ehrlicher wäre, ein Beschlusszurückweisungsverfahren im Streitwertsegment oberhalb der 20.000,00 €-Schwelle gänzlich abzuschaffen. Zudem könnte zumindest erwogen werden, die Vorschrift als Ermessensbestimmung zu fassen, damit die Berufungsgerichte flexibler als bisher agieren und im Einzelfall darüber befinden können, ob sie im Beschlussweg entscheiden oder Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumen. Letzteres würde sich insbesondere in Vorgängen anbieten, in denen Vergleichsverhandlungen Erfolg versprechend erscheinen. Eine solche Vorschrift könnte in Anlehnung an den im Gesetzentwurf zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 08. 12. 1998 vorgesehenen § 519c Abs. 1 ZPO-E³⁹ lauten:

„(1) In Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, bei denen der Wert des Beschwerdegegenstandes zwanzigtausend Euro nicht übersteigt, und über nichtvermögensrechtliche Ansprüche kann das Berufungsgericht die Berufung ohne mündliche Verhandlung durch einstimmigen Beschluss zurückweisen,

1. wenn die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat,
2. die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und
3. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert.

(2) Das Berufungsgericht oder der Vorsitzende hat zuvor die Parteien auf die beabsichtigte Zurückweisung der Berufung und die Gründe hierfür hinzuweisen und dem Berufungsführer binnen einer zu bestimmenden Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Der Beschluss nach Satz 1 ist zu begründen, soweit die Gründe für die Zurückweisung nicht bereits in dem Hinweis nach Satz 2 enthalten sind.

(3) Der Beschluss nach Absatz 2 Satz 1 ist nicht anfechtbar.“

2. Änderungsvorschläge zur Fassung des Referentenentwurfs

Sollte die Neufassung des § 522 Abs. 2 ZPO, wie im Referentenentwurf vorgesehen, gleichwohl eine gesetzgeberische Umsetzung erfahren, so sollten folgende – namentlich vom Deutschen Richterbund in seiner Stellungnahme aus Dezember 2010 (Nr. 56/10)⁴⁰ angeregten – Änderungen Berücksichtigung finden:

- Nach § 522 Abs. 3 ZPO-E kann der Berufungsführer gegen den Zurückweisungsbeschluss Nichtzulassungsbeschwerde auch dann einlegen, wenn er auf den vorausgegangenen Hinweis (vgl. § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO) überhaupt nicht reagiert hat. Das bedeutet, dass das Berufungsgericht auch in solchen Fällen tatbestandliche Feststellungen nach § 522 Abs. 2 Satz 4

ZPO-E treffen müsste. Schon um einen dergestalt sinnlosen Mehraufwand einzusparen, sollte die Anfechtbarkeit davon abhängig gemacht werden, dass sich der Berufungsführer zu dem vorausgegangenen Hinweis äußert, zumindest aber einer Beschlusszurückweisung widerspricht. Deshalb sollte § 522 Abs. 3 ZPO-E wie folgt lauten:

„Hat der Berufungsführer der Zurückweisung innerhalb der nach Abs. 2 Satz 2 gesetzten Frist widersprochen, so steht ihm gegen den Beschluss das Rechtsmittel zu, das zulässig wäre, wenn das Gericht durch Urteil entschieden hätte.“

- Im Übrigen ist ein anfechtbarer Zurückweisungsbeschluss erst mit Rechtskraft vollstreckbar. Es sollte daher – um einen Gleichlauf mit dem Berufungsurteil herzustellen – in § 522 Abs. 3 ZPO-E eine Bestimmung über die vorläufige Vollstreckbarkeit eingefügt werden, die wie folgt lauten könnte:

„Die Vorschriften der §§ 708 Nr. 10, 711, 713 finden entsprechende Anwendung“.

3. Ermöglichung einer Teilentscheidung

Schließlich sollte erwogen werden, auch im Rahmen der Beschlusszurückweisung nach § 522 Abs. 2 ZPO eine Teilentscheidung entsprechend § 301 ZPO zu ermöglichen. Zwar sprechen sich die Gesetzesmaterialien der ZPO-Reform explizit dagegen aus⁴¹; gleichwohl haben mehrere Oberlandesgerichte eine Teilentscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO auf der Grundlage des geltenden Rechts für statthaft erachtet⁴². Das OLG Rostock hat dazu ausgeführt, dass die Berufung bei einem Rechtsstreit mit mehreren Streitgegenständen bezüglich eines Teils der Gegenstände Erfolg haben könne, hinsichtlich des anderen Teils dies indes auszuschließen sei. In diesem Fall gleichwohl über den gesamten Prozessstoff mündlich zu verhandeln und durch Urteil zu entscheiden, widerspreche dem Normzweck, nicht unnötig richterliche Arbeitskraft durch Befassung mit substanzlosen Berufungen zu binden. Dem Berufungsgegner sei häufig schon wegen der nur nach Sicherheitsleistung möglichen vorläufigen Vollstreckung des erstinstanzlichen Urteils daran gelegen, möglichst bald zu erfahren, in welchem Umfang das angefochtene Urteil rechtskräftig sei. Auch dem Berufungsführer sei mit einer Verhandlung über eine aussichtslose Berufung nicht gedient. Letztlich liege es im Interesse beider Parteien, die durch die Berufung ausgelösten Kosten niedrig zu halten⁴³. Auch diese Frage sollte in Rahmen eines neuerlichen Gesetzgebungsverfahrens thematisiert werden. Gegebenenfalls wäre dem § 522 Abs. 2 ZPO noch folgender Satz anzufügen:

„§ 301 ZPO findet entsprechende Anwendung.“

VI. Schlussbemerkung

Insgesamt dürften die besseren Gründe für eine Beibehaltung der Beschlusszurückweisung in ihrer bisherigen Form streiten. Diese hat sich in der Praxis – gerade auch in Gewerberaummietsachen – bewährt. Das vom BMJ avisierte Änderungsvorhaben scheint eher politisch motiviert als sachlich geboten zu sein. Gerade das lässt jedoch eine besondere Eile bei der legislatorischen Umsetzung befürchten. Angesichts der außerordentlichen Tragweite der vorgesehenen Korrekturen des Berufungsrechts sollte der Praxis bis zur Verabschiedung eines entsprechenden Kabinettsentwurfs hinreichend Zeit gegeben werden, um kritische Anmerkungen vorzutragen. Nur so lassen sich – selbst wenn es bei der vom BMJ vorgesehenen Konzeption bleiben sollte – auch handwerkliche Unebenheiten (um die es etwa unter V 2 geht) rechtzeitig beheben.

39) S.o. Fußn. 31 und 32.

40) Aufrufbar über die Homepage des Deutschen Richterbundes, www@drb.de.

41) BT-Drs. 14/4722, S. 97; ebenso Zöller/Heßler, § 522 Rn. 42.

42) So etwa OLG Rostock NJW 2003, 2754; OLG Dresden NJ 2004, 37; OLG Karlsruhe MDR 2003, 711; OLG Koblenz OLGR 2003, 460; KGR 2007, 466.

43) OLG Rostock NJW 2003, 2754, 2755.

Wirtschaft und Verbände

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

„Coaching for Retirement“ = Vorbereitung auf den (Un-)Ruhestand

- I. Einleitung
- II. Das „Wohlfühlmodell im Ruhestand“
- III. Wichtige Branchen der Ruhestandsplanung
 1. Kernbranchen
 2. „Retirement Coach“ – als besonderes Berufsbild
- IV. Vorgehensweise bei der Ruhestandsplanung
- V. Wesentliche Elemente des „Wohlfühlmodells“
- VI. Glücks-Ansätze
- VII. Motive der Stärken
 1. Tugend der Transzendenz
 2. Tugend der Weisheit
 3. Tugend der Menschlichkeit
 4. Tugend der Gerechtigkeit
 5. Tugend des Muts
 6. Tugend der Mäßigung
- VIII. Einordnung der Stärken
- IX. Mitglieder des „Sozialen Netzes“
 1. Wer gehört dazu?
 2. „Beziehungs-Bausteine“
 3. „Beziehungs-Ebenen“
 4. „Besonderes Beispiel: Ehe“
 5. Stimmt die „Chemie“? – Sonst funktioniert es nie!
 6. „Dream-Team“
 7. „Lifestyle-Marketing“
 8. „Humbug-Detektor“
 9. Gesundheit – als zentrales „Wohlfühl-Feld“
 10. Übertragung der Lebensvorstellungen
- X. Wo will Man(n)/Frau wohnen?
 1. Örtlichkeiten
 2. Zuhause – konkrete Erscheinungsformen
 3. „Universal Design“

I. Einleitung

Die nachfolgende Ausarbeitung behandelt das U.S. amerikanische Werk des Erfolgsautors im Personalwesen und Coaching, Richard Nelson Bolles, zusammen mit John E. Nelson, und zwar die im Jahr 2008 verfasste deutschsprachige Bearbeitung von Madeleine Leitner „Die besten Jahre – Planen Sie jetzt, wie Sie nach dem Job leben wollen“.¹ Richard Bolles ist bereits mit dem Erfolgsbuch „What Colour is Your Parachute?“ hervorgetreten, welches Madeleine Leitner ebenfalls sachkundig in der deutschen Fassung „Durchstarten zum Traumjob“ bearbeitet hat.² Den jetzigen Titel „What Colour is Your Parachute? For Retirement“ betitelt sie „Die besten Jahre – Planen Sie jetzt, wie Sie nach dem Job leben wollen“. Dabei führt sie mit dem Leser ein sach- und fachkundiges Gespräch auf 268 Hauptteilseiten und auf den Seiten 269 bis 321 in den Anhängen A mit „Informationen für Finanzliebhaber und solche, die es werden wollen“ und B über Adressen, Tipps und Informationen.

Was kann man von diesem Buch und dem Ansatz erwarten? Es handelt sich nicht

- um einen Finanzratgeber, obwohl es um Wohlstand geht;
- um einen medizinischen Ratgeber, obwohl es um Gesundheit geht;
- um einen psychologischen Ratgeber, obwohl es um Glück geht.

Vielmehr handelt es sich um eine „anregende Angebotspalette“, um eine Art schmackhaftes Buffet, um eine „lebende und bebende Blume“, die aus einzelnen Elementen individuell zusammengestellt werden. Wie stellt man sich am besten den Ruhestand vor, welcher vielleicht eher als „Unruhestand“ begriffen wird und entsprechend bezeichnet werden kann. Hilfestellungen werden gegeben, um die Wissens- und Wunschbausteine, die man bei der Ruhestandsplanung antrifft, zusammenzutragen und miteinander zu kombinieren.

Die 10 einzelnen Kapitel sind geschickt unterteilt, bauen aufeinander auf und ergeben ein Sinn machendes Ganzes. Wie im „Durchstarten zum Traumjob“ werden einzelne Blätter einer Blume entwickelt und am Ende zu einer „Blume gebunden bzw. verbunden“. Diese steht – so Madeleine Leitner auf S. 15 – „als Symbol dafür, was Sie brauchen, um nach dem Job aufzublühen und Ihre volle Pracht zu entfalten.“ Die Blume steht für den idealen Ruhestand!

Die „Blume“ besteht aus einem Blütenkern und sechs Blütenblättern, die sich – teilweise wie konzentrische Kreise – um den Blütenkern versammeln.

Der Blütenkern enthält die „Lebensarten“; wie will ich leben, autark oder in Gemeinschaft?

Die Blütenblätter beinhalten:

- Meine Beziehungen, etwa zur Familie, zu Freunden und Bekannten;
- Meine Stärken, in Form personifizierter Werte wie Mut, Gerechtigkeit;
- Gesundheit, Versorgung, mit den Kernelementen: Entspannung, Ernährung, Bewegung;
- Medizinische Versorgung, mit den Aspekten: Einstellung, Zugang, Kontakte;
- Finanzen, wie schaffe ich das „Finanzpolster“ für den adäquaten Ruhestand?
- Orte, wo möchte ich leben? In welcher Gegend, welchem Ort? Wie sieht mein Zuhause aus?

II. Das „Wohlfühlmodell im Ruhestand“

Kernpunkt ist die Entwicklung eines „Wohlfühlmodells im Ruhestand“. Dabei geht es um nachhaltiges Wohlbefinden im Ruhestand. Der Teilnehmer blickt auf seine „Reise in den Ruhestand“. Dies basiert auf den Elementen von

1. Wohlstand,
2. Gesundheit,
3. Glück.

Zu 1. Wohlstand

Er befindet sich an der Schnittstelle von Finanzen und regionalen Bedingungen.

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

1) Madeleine Leitner, Die besten Jahre – Planen Sie jetzt, wie Sie nach dem Job leben wollen, Campus Verlag, Frankfurt a.M. 2008. Sie arbeitet als Karriereberaterin in München, www.madeleine-leitner.de.

2) Richard N. Bolles, „What Colour is Your Parachute?“, Durchstarten zum Traumjob. Das ultimative Handbuch für Ein-, Um- und Aufsteiger, Frankfurt/New York 2007; zuvor ders., „The Three Boxes of Life and How to Get Out of Them: An Introduction to Life/Work Planning“, Berkeley 1978.

Zu 2. Gesundheit

Sie wird durch Erkenntnisse der Biologie und Medizin gefördert.

Zu 3. Glück

Aussagen zum Glück basieren auf den Forschungsergebnissen von Psychologie und Soziologie.

Richard Bolles bietet 3 Schachteln zum Traumjob im Ruhestand an, „3 Boxes of Life“.³

Anlehnend an den Film „Forrest Gump“ gilt der Lebensanspruch des Protagonisten (trefflich gespielt von Tom Hanks): „Life is like a box of Chocolate – you never know what’s in it and what you gonna’ get!“

Bolles erfasst – verallgemeinernd – die folgenden 3 Lebensphasen:

1. Kindheits-Phase, gekennzeichnet durch Lernen und Ausbildung;
2. Erwachsenen-Phase, charakterisiert durch produktive Arbeit;
3. Ruhestands-Phase, mit den Schwerpunkten von Freizeit und Muße.

Bezeichnenderweise verbindet er die Elemente von Muße, Lernen und Arbeit und verortet sie in allen 3 Lebensphasen. Entwicklung, Produktivität und Muße müssen auf Dauer in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Im Kern geht es um die sog. „Work-Life-Balance“.

III. Wichtige Branchen der Ruhestandsplanung

Verschiedene Berufs- und Wirtschaftsbranchen befassen sich mit dem Ruhestand, den Ruheständlern und deren Ruhestandsplanung. Dahinter stehen Industrie und Dienstleister mit ihren Absatzinteressen.

1. Kernbranchen

Zu nennen sind mindestens die folgenden Branchen, Industrien und Dienstleister:

1. Banken,
2. Versicherungen,
3. Immobilien,
4. Tourismus,
5. Einzelhandel,
6. Anti-Aging.

Selbstverständlich können weitere Berufszweige dazu kommen.⁴ Die Gesundheitsbranche mit Medizinern, Ernährungswissenschaftlern, Therapeuten, Kur- und Heileinrichtungen usw. sind zu erwähnen. Die vielfältigen Beratungsberufe treten auf den Plan, etwa Anwälte, Notare, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, „Personal-Coaches bzw. Trainer“, Heil- und Seelsorger usw.

2. „Retirement Coach“ – als besonderes Berufsbild

Der „Retirement bzw. Ruhestands Coach“ soll beispielhaft herausgegriffen werden. Er könnte sich zu einem neuen Berufsfeld und Berufsbild entwickeln. „Coach“ ist begrifflich weit aufzufassen. Der Coach wird zunächst als Trainer verstanden. Allerdings ist der Begriff noch weiter zu ziehen, nicht nur als „Vorturner“ bzw. „Antreiber“. Der Coach hat regelmäßig Berufs- und Lebenserfahrung. Er befasst sich intensiv mit der Person, dem Kunden. Im Bereich der Physiotherapie spezialisieren sich Physiotherapeuten zunehmend auf eine ganzheitliche Betreuung ihrer Klienten. Sie stehen für Ernährungs-, Bewegungspläne, Behandlungs- und Fitnessprogramme zur Verfügung. Je nach Person- und Fallgestaltung gehen sie mit ihrem Patienten in Einzelbehandlung, absolvieren Einzeltrainings, begeben sich mit ihrem Kunden auf die „Laufstrecke“ und begleiten ihn/sie auch bei sonstigen „Persönlichkeits-Problemen“. Kurz: Der Coach ist für den zu Coachenden/„Gecoachten“ dar. Für ihn ist er als Ansprech-, Analyse-, Beratungs-, Trainings-, Austausch- und Sparringspartner dar. Seiner Kompetenz folgend kann der Coach nicht alle Felder bzw. „Blütenblätter“ des Ruhestands abdecken. Er sollte ein Netz von passenden Partnern vorhalten und bei Bedarf zur Anwendung bringen. Daraus folgt: Die Basis ist von Vertrauen, Zuwendung geprägt. Die

„Chemie“ muss stimmen. Nur so kann u. a. bei der Vergütung dem Verdacht einer „Abzocke“ im Keim wirksam begegnet werden.

IV. Vorgehensweise bei der Ruhestandsplanung

Wie geht man bei der Ruhestandsplanung praktisch vor? Von welchen grundsätzlichen Überlegungen lässt man sich leiten? Handlungsmaßstab könnte der „vernünftige Wirtschaftler, Kaufmann bzw. Handeltreibender“ sein. Dieser – zugegeben – schwer im Einzelfall bestimmbare Idealtypus beherzigt Verhaltensweisen, welche ein vernünftiger bzw. vorsichtiger Zeitgenosse an den Tag legt. Anschauungs- und Betätigungsfeld könnte der Ackerbau bzw. Gemüseanbau sein. So mancher Bauer geht mit „Bauernschläue“ vor. Daran anlehnend werden Grundsätze der modernen Portfoliotheorie = MPT von Harry Markowitz nutzbar gemacht. Wie man Pflanzen setzt, werden Anlageformen betrachtet, etwa Aktien, Renten, Immobilien, Rohstoffe, alternative Investments, bis hin zum Festgeld. Folgende Anlage- und Handlungsgrundsätze haben sich herausgebildet: Wähle grundsätzlich

1. unterschiedliche Anlageformen;
2. solche Anlageformen, die sich bei unterschiedlichen Rahmenbedingungen unterschiedlich verhalten;
3. für eine persönlich definierte Situation ein individuell passendes Risikoniveau;
4. eine Portfolio-Umschichtung in bestimmten, zeitlich festgelegten Abständen;
5. eine Kostenreduktion, welche – langfristig – ein schnelleres Portfoliowachstum ermöglicht. So kann man aus einer „Schatztruhe“ gleichsam „Wegzehrung“ mit auf die „Ruhestands-Reise“ nehmen. Auf der langen Reise sollte man genug „passenden Proviant“ dabei haben.

V. Wesentliche Elemente des „Wohlfühlmodells“

Den Elementen von Wohlstand, Gesundheit und Glück begegnet der Mensch in verschiedenen Phasen seines Berufs, vielleicht seiner „Berufung“, etwa in einer 1) frühen, 2) mittleren, 3) späten Phase sowie – mit der langfristigen Zielrichtung – im 4) Ruhestand. Dabei berücksichtigt man die sog. „WIPs“, dh. 1) Werte, 2) Identität, 3) Prioritäten.

Das „Wohlfühlmodell“ für den Ruhestand umfasst 1) Beziehungen zu Menschen, 2) Stärken des Teilnehmers am Modell bzw. an der „Reise“, 3) seine Gesundheit, 4) medizinische Gegebenheiten, 5) finanzielle Erwägungen und Ressourcen, 6) Ort bzw. Örtlichkeiten des Ruhestands und 7) Lebensarten des Teilnehmers.

Der Teilnehmer des „Wohlfühlmodells“ kann verschiedene Lebensarten bevorzugen, etwa

- Verfeinerung,
- Fortschritt,
- Altruismus,
- Dienst,
- Gemeinschaft,
- Taten,
- Vergnügen,
- Einfachheit,
- Empfänglichkeit,
- Kontemplation,
- Autarkie,
- Selbstbeherrschung.

VI. Glücks-Ansätze

Geschildert werden 3 Ansätze für ein dauerhaftes (Lebens- und Wohlfühl)Glück, und zwar:

³ Richard N. Bolles, „The Three Boxes of Life ...“, Berkeley 1978.

⁴ Zum Thema und zu verwandten Aspekten: Deutsches Institut für Altersvorsorge, Lebensstandard im Alter; dass. Institut, Länger arbeiten im Alter; Statistisches Bundesamt, Wiesbaden, Pressemitteilung Nr. 406; Destatis, www.destatis.de; Heribert Prantl, Ruhe, Rente und Pension, in: Süddeutsche Zeitung, 14. 5. 2008, www.sueddeutsche.de.

1. Freude und Vergnügen,
2. Engagement und Aktivität,
3. Sinn.

Zu 1. Man kann Stärken in allen Aktivitäten erblicken, welche Freude und Vergnügen bringen.

Zu 2. Die Forschungsrichtung der Positiven Psychologie betont Einsatz und Engagement. Deren Hauptvertreter Mihali Csikszentmihalyi hebt die positive Energie von Tätigkeiten hervor und regt an, vom „Go“ in einen „Flow“ zu kommen.⁵

Zu 3. Ziel ist „etwas Höheres“, etwas, das „(Lebens-)Sinn“ macht. Man ist ständig auf der „(Lebens-)Sinnsuche“. Die Aktivitäten sollen Sinn machen. Der Mensch möchte etwas Gutes, Wichtiges, Sinnvolles mit seinem Streben und Handeln verbinden. Im Vordergrund können dabei stehen Glaube, Gott, Familie, Umwelt, Partei, Kultur, freie Marktwirtschaft, Gemeinde.

Stärken und Eigenschaften bilden sich heraus. Intrinsisch bedingt können sie als dauerhafte Motive zu Verhaltensweisen führen. Eigenschaften treten dabei automatisch hervor; sie können sich positiv oder negativ zeigen. Stärken sind aufgrund bewusster Entscheidungen zum Ausdruck gelangende positive Erscheinungen.

Glücksgedanken stellen ein zentrales Thema von gesellschaftlichem Gesamtinteresse dar.⁶ Das Glück umschreibt und definiert man im wesentlichen folgendermaßen:

1. Zufallsglück, die glückliche Fügung, etwa der Lottogewinn;
2. Wohlfühlglück, mit Zielrichtung auf Lustgewinn sowie Schmerz- und Frustvermeidung;
3. Glücksfülle, das ausgefüllte Leben in seiner ganzen Bandbreite und Fülle.

Das Glück kann man nicht erzwingen. Aber, um Glück zu haben, muss man nicht nur tatenlos darauf hoffen. Man sollte es auch wollen, erstreben und einiges dafür tun. Auf Dauer kommt das Glück nur dem Tüchtigen zu – deshalb streng' Dich an, immerzu und gib keine Ruh'! Das Streben nach Glück, der sog. „Pursuit of Happiness“ im Sinn der U.S. amerikanischen Verfassung bzw. der „Declaration of Independence“ treibt den Menschen auch im Ruhestand an. Vor diesem Hintergrund gilt auch für den anzustrebenden „Wohlfühlruhestand“:

1. Glück kommt zu dem, der sich darauf einstellt. Man reagiert aufmerksamer, wenn das Glück zu einem kommt. Man nimmt es dann wahr.
2. Glück bevorzugt die Person, die klar und präzise sagen kann, wonach sie sucht. Das Glück meidet die Unklaren und die Unklarheit.
3. Glück gesellt sich zu der Person, die ihre Träume verfolgt und lebt!

VII. Motive der Stärken

Motive stellen die Triebfedern für die menschlichen Stärken dar, welche es nunmehr zu erblicken gilt. Verschiedene Charakterstärken kristallisieren sich heraus. Sie werden als personalisierte Werte dargestellt, als wichtige persönliche Eigenschaften und zugleich als Handlungsanweisungen. Etwa 24 Charakterstärken werden in Anlehnung an Chris Peterson und Martin Seligman in 6 Gruppen eingeteilt. Sie stellen wichtige Werte und Tugenden dar. Auch darum rankt eine intensive gesellschaftliche und wissenschaftliche Diskussion.⁷

Der jeweiligen Gruppe werden 3–5 der 24 Charakterstärken zugeordnet. Im Kern handelt es sich um die nachfolgend zu erblickenden, nicht abschließend erfassten Tugenden.

1. Tugend der Transzendenz

Hier findet sich Sinn für das Schöne. Eigenschaften zeigen sich wie Dankbarkeit, Hoffnung, Optimismus, Humor, Lachen. Man ist humorvoll und kann andere zum Lachen bringen. Mit Ina Deter kann man zuspitzen: „Wenn Du so bist, wie Dein Lachen, möchte ich Dich gern wieder sehen!“ Auch Spiritualität ist erfasst, etwa kohärente Überzeugungen über den (höheren) Sinn des Lebens zu entwickeln und anzuwenden.

2. Tugend der Weisheit

Wichtige Werte stellen seit der Antike die Weisheit und das Wissen dar. Goethe formuliert in seinem Faust Generationen übergreifend: „Je mehr ich weiß, desto weniger weiß ich!“ Die kognitiven Stärken treten hervor. Es geht um den Erwerb und Gebrauch von Wissen. Damit einhergehend Kreativität, neue und effektive Wege zu finden und Dinge zu tun. Hinzukommt die Neugier, u. a. Interesse an der Umwelt zu zeigen. Man entwickelt ein Urteilsvermögen, zugleich kritisches Denken, (althergebrachte) Vorgänge in Frage zu stellen. Grundlage bildet die „lebenslange Liebe zum Lernen“, neue (Informationstechnologie)Techniken sich anzueignen, neues Wissen aufzunehmen.

Die Weisheit kombiniert sich mit (Lebens-)Erfahrung, etwa einen guten Rat zu geben und den dann auch zu befolgen.

3. Tugend der Menschlichkeit

Im Blickpunkt sind interpersonale Stärken. Die liebevolle Interaktion zwischen den Menschen. Bindungsfähigkeit und -willigkeit sind zu nennen sowie die Fähigkeit zu lieben, d.h. Liebe zu geben und zu empfangen. Menschliche Nähe ist herzustellen und wird geschätzt. Freundlichkeit bildet eine greifbare Grundlage eines gelingenden Lebens. Großzügigkeit kommt hinzu, etwa auch in dem Sinn, jemandem einen Gefallen zu tun, eine „gute Tat“ zu vollbringen.

Angesprochen ist die soziale Intelligenz und Kompetenz, sich der Motive, Gefühle, Befindlichkeiten von sich selbst und den Mitmenschen bewusst zu sein.

4. Tugend der Gerechtigkeit

Hier werden Stärken erfasst, die das Gemeinwesen fördern. So geht es um Teamfähigkeit und Teamwork – „Team“ eben nicht begriffen in dem Sinn: „Toll, ein anderer macht's!“ Beispielsweise ist die Bürgerverantwortung angesprochen. Man soll sich für die „Communitas“, die „Res Publica“, für das Gemeinwesen engagieren.

Das Prinzip der Fairness findet durchgängig Berücksichtigung. Die Menschen sind nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu behandeln, und zwar in dem Sinn, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Dies gebietet etwa Art. 3 des Grundgesetzes (= GG). Gleichheit ist zuzuspitzen auf Chancengleichheit, Gleichheit in den Start- bzw. Ausgangsbedingungen. Früher oder später bilden sich Ungleichheiten heraus. Auswüchse, Widrigkeiten und Unrechtszustände sind zu korrigieren. Der Entwicklung im Sinn einer freien Entfaltung des Menschen muss Raum gegeben werden. Das erfordern die Grundsätze der Menschenwürde, Art. 1 GG, und der allgemeinen Handlungsfreiheit, Art. 2 GG.

Führungsvermögen ist zu nennen. Man kann Gruppenaktivitäten ermöglichen, steuern, lenken und leiten. Das nachhaltige Organisationstalent orientiert sich an Prinzipien der Gerechtigkeit.

5. Tugend des Muts

Nicht nur physische, vor allem emotionale Stärken sind angesprochen. Sie zeigen sich bei der Ausübung von Willensleistung. Es gilt, internale und externale Barrieren zur Zielerreichung zu überwinden.

5) Mihali, Csikszentmihalyi, Flow: Das Geheimnis des Glücks, Stuttgart 2007.

6) Sonja Lyubomirsky, Glücklich sein. Warum Sie es in der Hand haben, zu Frieden zu leben, Frankfurt/ New York 2008; Wilhelm Schmid, Glück. Alles, was Sie darüber wissen müssen und warum es nicht das Wichtigste im Leben ist, Frankfurt a.M. 2007; E. v. Hirschhausen, Glück kommt selten allein, 4. Aufl., Hamburg 2009; W. Joachim, Glücksgedanken – Gedanken über das Glück, in: Gewerbemiete und Teileigentum = GuT 2008, S. 415 m.w.N.

7) Martin E.P. Seligman, Der Glücks-Faktor. Warum Optimisten länger leben, Bergisch Gladbach 2005; Wilhelm Schmid, Glück, aaO.; Ann Elisabeth Auhagen (Hrsg.), Positive Psychologie. Anleitung zum „besseren“ Leben, Weinheim 2004; W. Joachim, Wichtige Werte im Wertewandel, Discussion-Paper der International School of Management, ISM, Dortmund 2007.

Im Vordergrund stehen die bekannten persönlichen Werte wie Tapferkeit als besondere Ausprägung von Mut. Man soll Herausforderungen annehmen. Dem Schmerz und der Bedrohung soll man sich nicht beugen. Ausprägungen sind Ausdauer, Beharrlichkeit, Hartnäckigkeit, Fleiß. Das „dauerhafte Dranbleiben“ ist gefragt. Man soll beenden, was man begonnen hat. „Get the Thing done!“, wie der U.S. amerikanische Unternehmenslenker und Berater Wash Skyship donnernd und treffend herausschleudert.

Damit verbunden sind Authentizität und Integrität. Man soll etwa (stets? – „Notlügen“?!) die Wahrheit sagen. Man soll sich natürlich geben, nicht „verbiegen“ – nur so kann man siegen!

Enthusiasmus und Vitalität sind wichtige „Lebenswurzeln“. Man soll der Welt und den Mitmenschen mit Energie und Begeisterung begegnen. Die „Bildungs-Botschaft“ des Autors lautet in diesem Zusammenhang: „Nur wenn in mir selbst das Feuer lodert, kann ich mit meiner Fackel andere entzünden – ohne sie „abzufackeln“!“

6. Tugend der Mäßigung

Seit der Antike machen (Staats- und Gemeinwesen)Denker und -Lenker auf die Grenzen aufmerksam. Sie fordern bei allen Aktivitäten die Begrenzung, das Maßhalten, in mehr oder weniger starker Ausprägung den Bezug zur eigenen Eingrenzung, Zurückhaltung und zur Bescheidenheit.

Die Stärke des Sich-Zurückhaltens, Sich-Zurücknehmens, etwa jedweden Exzess entgegenzuwirken, ist wichtiger und aktueller denn je. Zu viel an Energie führt zu Gier! Zu viel an „Neu-Gier“ schlägt um in „Alt-Gier“, in eine blanke, reine, nackte Gier – gegen Gier, in dem Sinn: „Die Gier bleibt hier!“ In Schriften⁸ und Fernsehsendungen⁹ und (Fernseh-)Diskussionen¹⁰ werden derzeit Auswüchse von Gier angeprangert und gegeißelt. Die Gesellschaft gerät aus dem Gleichgewicht, die für alles nur noch den Preis, aber keine Werte mehr kennt, geschweige denn akzeptiert. Man kann dann auch nicht mehr von „preis-wert“ sprechen!

Es gibt 3 „Hauptfeinde“ im Erwerbsleben, und zwar

- 1) gegen das „große Geld“, den „schnöden Mammon“ einzig und allein verfolgen;
- 2) gegen das „ständige Stänkern“, das „Sargnagel darstellende sich sorgen“, alles negativ begreifen und äußern; das „moralinsaure, miesepetrige, malträtierende sich darstellen und nur sich negativ, nörgelnd zu artikulieren“;
- 3) gegen den „egomanhaften Egoismus“, wobei man nur noch sich selbst sieht, gleichsam: „La Vie, L'Etat – c'est Moi – pas Toi!“

Die Mäßigung = „Temperantia“ ist verstärkt einzufordern. Hier liegt eine Wurzel für Krisen!

Ins Blickfeld gerät ferner die Vergebungsbereitschaft, in dem Sinn, denen zu vergeben, die Unrecht getan haben.

Die – erwähnte und nicht zu hoch zu veranschlagende – Bescheidenheit drückt sich etwa so aus: Das Erreichte spricht für sich. Lasse Taten sprechen – wenn Worte nur er- bzw. gebrechen!

Vorsicht, Besonnenheit und Umsicht sind anzuführen. Man soll nichts sagen, was später bereut werden könnte.

Selbstbeschränkung im Sinn von einer weitreichenden Selbstregulation zielt darauf ab, zu bestimmen und zu regeln, was man fühlt und unternimmt – damit es im Ergebnis stimmt!

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

VIII. Einordnung der Stärken

Zur Einordnung der Stärken, der vorerwähnten „trefflichen Tugenden“ bedient man sich der „VIA“-Vorgehensweise, d.h. der „Values in Action“. „Werte werden gelebt!“ Es sollen Wege aufgezeigt werden, wie man wert(e)orientiert und tugendhaft leben kann – auch und gerade im Ruhestand.

Ein jeder selbst finde aus dem vorstehenden „Tugend-Thesaurus“ Stärken und Eigenschaften heraus, welche auf die Person „zutreffen“. Man nennt etwa 5 Stärken, welche „voll und ganz zutreffen“. Man empfindet dabei einerseits eine starke innere Beteiligung. Andererseits gibt es ca. 5 Eigenschaften, bei denen man eine starke Frustration, Abneigung verspürt.

Man kann den Stärken und Schwächen auch dadurch bekommen, indem man 3 detaillierte Lebensgeschichten „ausgräbt“, aufschreibt und so den Bewusstwerdungsprozess initiiert. Unter www.charakterstaerken.org findet sich eine Internet-Adresse des Psychologischen Instituts der Universität Zürich, welches eine wissenschaftliche Betreuung und Begleitung beim Feststellen der Charakterstärken vornimmt. So gibt es ein „Online-VIA-Verfahren“.

IX. Mitglieder des „Sozialen Netzes“

1. Wer gehört dazu?

Das Leben, insbesondere das Berufsleben stellt sich u. a. dar als ein „nahtloses und nachhaltiges Netzwerken“. Kontakte schaden bekanntlich nur dem, der sie nicht hat!

Wer gehört zu Ihrem sozialen Netz? Erfasst werden die menschlichen Kontakte, das soziale Netzwerk und das dazugehörige Netzwerken, etwa im Kreis von Familie, Freunden und Bekannten. Früher, insbesondere im Kindesalter, gibt es den „automatischen Beziehungsgenerator“. So sind Kinder – natürlich – ausgerichtet, in soziale Beziehungen zu anderen Kindern einzutreten und Inter-Aktionen vorzunehmen.

2. „Beziehungs-Bausteine“

Eine Beziehung basiert – nach dem Soziologen Robert Putnam – auf

- 1.) Vertrauen und
- 2.) Gegenseitigkeit.

Zu 1.)

Vertrauen ist ein „Lebenskitt“, welcher Menschen „zusammenfügt und zusammenhält“. Man spricht vom „vertrauten Freund“ oder auch vom „vertrauten Lehrer bzw. Berater“. Menschen werden als vertrauenswürdig eingeschätzt. Beziehungen bilden die Grundlage. Es gibt unterschiedliche Stufen und Qualitäten von Vertrauen.

Zu 2.)

Eine Beziehung ist eine „beidseitig befahrene Straße“ und eben keine „Einbahnstraße“. Stimmt die Balance. Wird die Beziehung von beiden Seiten so eingeschätzt und gepflegt?

3. „Beziehungs-Ebenen“

Man begegnet verschiedenen Bindungen und Verbindungen. So kennt man gemeinhin 3 Ebenen der Beziehungen – auch und gerade im Ruhestand. Sie sind geprägt durch gemeinsame

- 1.) Freude, etwa durch gemeinsame Aktivitäten auf den Feldern von Kultur, Sport und gesellschaftlichem Engagement, z. B. in der Politik;
- 2.) Aktivitäten, etwa die gemeinsame Wanderung, das Schachspiel, die Konzertbesuche;
- 3.) Sinnvorstellungen und entsprechende Betätigungen.

8) Olaf Henkel, Die Abwracker 2009; Gut und gierig, Warum sind wir so?, in: Focus Nr. 52, 19. 12. 2009, S. 1, 54 ff; Michael Stürmer, Von der Gier und vom Glück, in: Die Welt, 2. 1. 2010, S. 7; Friedrich Görtz, Die Krise durch zu viel Gier, in: Neue Westfälische = NW, 23. 1. 2010.

9) Dieter Wedel, Fernseh-Zweiteiler: „Gier“ 2010; dazu Interview: Der Bösewicht muss Charme haben, in: Neue Westfälische Nr. 12 vom 15. 1. 2010.

10) Andreas Plasberg, Hart – aber fair 2010; Maybrit Illner, Konsum, Korruption, Konzerne – Glückssuche 2010.

Die aufgeführten 3 Ebenen der Beziehungen sind zugleich die 3 Basen des Glücks.

4. „Besonderes Beispiel: Ehe“

Hervorzuheben ist bei den Beziehungen die Ehe. Sie ist vor allem im Ruhestand eine Lebens-, Liebes-, Schicksalsgemeinschaft. Sie ist – vielleicht – wie Hefeteig, entwickelt sich weiter, muss wohl auch selbst ständig bewegt und geknetet werden!

5. Stimmt die „Chemie“? – Sonst funktioniert es nie!

Allgemeiner gefasst lässt sich für Beziehungen formulieren: Stimmt die „Chemie“ – jetzt oder nie?! Denn im Ruhestand kommen hinzu Überlegungen des Beistands, der Unterstützung, der Pflege und Hege. „Will You still need me? Will You still feed me – When I am 64?“, so der zeitlose, fragende, suchende Ausspruch der Beatles in einem ihrer vielen Erfolgssongs.

6. „Dream-Team“

Wie sieht das „Dream-Team“ im Ruhestand aus?

Welche (Lebens-)Gefährten kommen in Betracht?

Erweisen sie sich als wahre Gefährten? Etwa als Helfer? Oder sind sie in Wahrheit Hinderer und Bremsen?

Vielleicht muss man seinen Freundes- und Bekanntenkreis „durchforsten“, neu bewerten und ggf. neu ausrichten.

Neben dem sozialen Bereich, dem Freundes- und Bekanntenkreis ist zu denken an Berater, wie Anlageberater, Ärzte, Apotheker, Architekten, Anwälte.

7. „Lifestyle-Marketing“

Verschiedene Industrie- und Dienstleistungssparten versuchen – vor allem – für den Ruhestand mit ausgeklügelten „Marketing-Lifestyle-Strategien“ die relevanten Ziel- und Kundengruppen zu erreichen.

8. „Humbug-Detektor“

Der „Humbug-Detektor“ entlarvt manche „Marketing-Masche“ bei genauem Hinsehen als bloßen „Konsum-Absatz-Trick“ der Marketing-Experten und eben nicht als notwendigen „Wohlfühl-Baustein“. Man soll bei der Ruhestandsplanung genauer nachdenken.

9. Gesundheit – als zentrales „Wohlfühl-Feld“

Verschiedene Themenfelder werden systematisch bearbeitet. Dabei tritt in unterschiedlichen Formen das Thema „Gesundheit“ in Erscheinung.

Die Gesundheit ist von zentraler Bedeutung, gleichsam eine Frage von „Leben und Tod!“ Sie richtet sich nach der Einstellung des Einzelnen zu medizinischer Behandlung, zu seinem Zugang und seinen Kontakten etwa zu Medizinern.

Das Alter ist wichtig und wie man/Mann/Frau damit umgeht. Modeerscheinungen des „Anti-Aging“ sind bei Lichte betrachtet in Wahrheit Formen des „Alterns in Würde“.

Verschiedene Spielarten des „Lifestyle-Marketing“ versuchen mit dem Thema „Anti-Aging“ ggf. andere „Absatzbotschaften“ zu befördern.

Für das tatsächliche und das biologische Alter erweisen sich als wichtig:

- 1.) Entspannung,
- 2.) Ernährung,
- 3.) Bewegung.

Zugespielt: „Bleib’ auch im Alter fit – dann kommst Du noch recht lange mit!“

10. Übertragung der Lebensvorstellungen

Wie übertrage ich meine Lebensvorstellungen mit meinem „Dream-Team“ auf den Alltag? Wie sieht die konkrete Umsetzung aus? Die Vorgehensweise kann wie folgt vorgenommen werden:

- 1.) Methode – ohne langes Nachdenken

Die spontane, intuitive Vorgehensweise ist angesprochen. Man stellt sich etwas vor, visualisiert es, setzt es um.

2.) Rechtshirn-Methode

Nach David Cooperrider und seiner „Appreciative Inquiry Method“ geht diese Methode ganzheitlich, kreativ, intuitiv vor. Man versucht sich auf das „große Bild“ zu konzentrieren.

3.) Linkshirn-Methode

Diese Vorgehensweise richtet sich aus nach der Theorie der Balanced Scorecard, welche entwickelt wurde von Robert Kaplan und David Norton. Der Suche nach Balance und Effektivität in der Betriebswirtschaftslehre folgend geht man logisch und linear vor, konzentriert sich auf Details.

X. Wo will Man(n)/Frau wohnen?

1. Örtlichkeiten

Wichtig ist der Raum bzw. der Ort, in welchem ich mich – zeitweise oder dauerhaft – aufhalten möchte. Wo will ich mich zur Ruhe setzen? Zu unterscheiden sind die Ebenen der

- 1.) Makro-Ebene, d.h. welche Region kommt in Betracht?
- 2.) Lebenswerten Gemeinde, sie stellt die „mittlere Ebene“ dar, welche attraktive Kommune?
- 3.) Mikro-Ebene, wo ist mein tatsächliches Zuhause?
- 4.) Lebensgefühls-Ebene, wo wird mir das „Wohlfühlgefühl“ vermittelt, an welchem Ort? Das ist die tiefste Ebene.

2. Zuhause – konkrete Erscheinungsformen

Vor allem, wie soll mein Zuhause im Ruhestand aussehen?

Es kann ausgerichtet und eingerichtet sein als

- 1.) Arbeitsplatz,
- 2.) Projekt,
- 3.) Museum, Sammlung von „Nippes und Hobbies“!
- 4.) Gesellschaftlicher Treffpunkt,
- 5.) Basiccamp für Aktivitäten,
- 6.) Ort des Rückzugs, die „Wohlfühl-Oase“.

3. „Universal Design“

Wie richte ich mein Zuhause „alltagstauglich“ ein? Am besten mit „Universal Design“! Man überlegt sich konkrete und funktionstüchtige Einrichtungen zum „Universal Design“, z. B. der Einrichtung eines Treppenlifts im Heim bzw. Zuhause. Möglichst lange im Lebensablauf gilt daher: „Das traute Heim bleibt mir – allein!“

Aber, auf den Punkt gebracht:

„Eine funktionierende ‚Alters-WG‘, in einem offenen, lebenswerten, kommunikativen Haus – dort gehen viele ein und aus, ggf. mit mehreren Generationen, welche sich im sinnvollen Zusammenleben lohnen, ist voll o.k.“

So kann die „belebende Blume des Ruhestands“ als Basis, Anregung und „Schatztruhe“ zugleich eine „Berufung im Ruhestand“ darstellen.

Deshalb: Lieber früher schon an später denken – und die wesentlichen Grundbedingungen für das „Wohlfühlmodell“, also Gesundheit, Wohlstand, Glück – bereits beizeiten in die „richtige Richtung“ lenken!

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!

Dr. Guido Westerwelle, Berlin

Globalisierung gestalten – Herausforderungen an die deutsche Außenpolitik

Rede des Bundesministers des Auswärtigen und FDP-Parteivorsitzenden im Rahmen der „Heidelberger Hochschulreden“ an der Universität Heidelberg am 2. Februar 2011

Sehr geehrte Damen und Herren,

Sie lernen in Heidelberg, aber Sie leben in der Globalisierung. Sehen Sie auf die Etiketten Ihrer Kleidung. Überlegen Sie sich, wo der Server des sozialen Netzwerks steht, das Sie benutzen. Denken Sie daran, wo das Call-Center sitzt, das Sie bei Problemen mit dem Computer oder zum Sperren einer Bankkarte anrufen. Oder denken Sie an Ägypten. Hunderttausende ringen in Ägypten um mehr Freiheit, um mehr Teilhabe, um mehr Bürgerrechte. Nicht der schafft Stabilität, der Freiheit unterdrückt, sondern der, der Bürgerrechte garantiert. Wir sollten niemals Stabilität mit Stagnation verwechseln. Wir stehen auf der Seite jener, die Versammlungs- und Pressefreiheit einfordern, die faire Wahlen verlangen, die Meinungsfreiheit und politische Beteiligung wollen. Es sind universelle Werte, um die in Ägypten gerungen wird. Welche politische Lösung aus diesem Übergangsprozess herauskommt, entscheidet das ägyptische Volk. Aber wir alle nehmen Anteil.

Die Globalisierung ist eine Globalisierung der Werte. Der Irrglaube, dass es Regionen oder Kulturen gäbe, wo Menschen keine Demokratie ersehnen, landet gerade auf dem Müllhaufen der Geschichte.

Manche haben die Globalisierung umgetauft in Globalismus, als sei die Globalisierung eine ökonomische Ideologie. In Wahrheit ist die Globalisierung gesellschaftliche Realität – Ihre Realität, Ägyptens Realität, weltweite Realität. Die Globalisierung ist ein sozialer Vernetzungsprozess, der uns alle jeden Tag mehr zu Mitgliedern einer Weltgesellschaft macht. In der Weltgesellschaft werden immer mehr Fragen zu Themen einer neuen Weltinnenpolitik. Als ich selbst Student war, war die außenpolitische Lage der Bundesrepublik Deutschland noch eine völlig andere als heute. Der Kalte Krieg hat alles bestimmt. Deutschland war ein geteiltes Land. Sein Osten wurde von einem kommunistischen Regime regiert, der demokratische Westen stritt über die Stationierung nuklearer Mittelstreckenraketen. Der eiserne Vorhang hat ganz Europa geteilt, in ein Europa der Freiheit und in ein Europa der Unfreiheit.

Der Bau der Berliner Mauer jährt sich dieses Jahr zum 50. Mal. Abschottung statt Veränderungsbereitschaft war 1961 die Antwort des DDR-Regimes auf die Unzufriedenheit seiner Bürger. Der Ostblock wurde zum Sinnbild von Stagnation. Stabil war er eben nicht. Nach 28 langen Jahren wurde die Mauer von den mutigen Bürgern der DDR eingerissen, und mit ihr das Regime, das sich eingemauert hatte. Heute, gut zwanzig Jahre nach der deutschen Wiedervereinigung, ist eine Generation heran gewachsen, die den Kalten Krieg zum Glück nur noch aus Erzählungen kennt. Sie, die jungen Menschen, die heute an die Universitäten kommen, kennen Europa nur als das friedliche Europa ohne Grenzen. Das ist ein Segen.

Die Herausforderungen deutscher Außenpolitik haben sich gewandelt, aber die Aufgaben sind nicht weniger geworden. Erstens sind die Errungenschaften auch der letzten zwanzig Jahre nicht selbstverständlich: Wir bleiben täglich gefordert, wenn es um Frieden, Freiheit und Wohlstand geht. Das gilt in Europa und das gilt weltweit. Zweitens hat sich gerade für die Außenpolitik eine Vielzahl neuer Aufgaben ergeben. Der Fall der Mauer war auch das Fanal für ein neues Zeitalter: für die Globalisierung. Es öffnete sich nicht nur eine Mauer, es fiel nicht nur eine Grenze durch Berlin, durch Deutschland, durch Europa. Es fiel der Irrglaube, man könne sich abschotten. Globalisierung und multipolare Welt, das sind die Herausforderungen der

Außenpolitik im 21. Jahrhundert. Neu ist nicht internationaler Austausch an sich. Neu ist die Geschwindigkeit, mit der sich Veränderungen vollziehen. Neue Technologien und politische Liberalisierungen haben einen weltweiten Austausch in ungekannter Geschwindigkeit und Breite ermöglicht, von Gütern und Dienstleistungen, von Informationen und Ideen. Auch Biographien werden globaler, Menschen vernetzen sich rund um den Globus. Globalisierung heißt, dass geographische Entfernung für alle Bereiche des Lebens rapide an Bedeutung verliert.

Dinge, die weit entfernt passieren, können unser tägliches Leben beeinflussen. Unternehmer müssen sich mit Konkurrenz von anderen Kontinenten messen. Produktions- und Investitionsstandorte stehen im globalen Wettbewerb. Und nicht nur Menschen oder Märkte rücken näher zusammen. In einer kleiner werdenden Welt können auch Gefahren näher kommen, beispielsweise ein Konflikt oder ein Krankheitserreger aus einem weit entfernten Land. Spätestens die Finanzkrise hat gezeigt, dass sich in einer vernetzten Welt nicht nur Chancen schneller verbreiten, sondern auch Risiken. Eine Hypothekenkrise in den USA kann sich auf Spareinlagen in Bayern oder Baden-Württemberg auswirken.

Unsere Politik und unser Denken müssen mit der Globalisierung Schritt halten. Wir wollen Globalisierung gestalten. Außen- und Innenpolitik sind deshalb immer stärker verzahnt. Es gibt kaum einen deutschen Politikbereich, von der inneren Sicherheit bis zur Bildungspolitik, der nicht durch die Globalisierung beeinflusst ist. Internationale Themen wirken in die nationale Politik, nationale Entscheidungen haben umgekehrt Einfluss darauf, ob wir unsere globalen Ziele erreichen, beispielsweise in der Energie- oder Klimapolitik.

Deutsche Außenpolitik muss dabei zuallererst Anwalt von Offenheit sein. Denn in der Globalisierung stecken enorme Chancen. Wer sich abschottet und meint, damit alle Risiken zu vermeiden, der beraubt sich nur aller Chancen.

Gerade Deutschland lebt von und mit der Vernetzung. Deutschland ist besser aus der Wirtschaftskrise gekommen als irgendein anderes Industrieland. Ein Grund dafür ist die Exportstärke nicht zuletzt unseres Mittelstands. Deutschland profitiert von der Globalisierung dank seiner wettbewerbsfähigen Produkte und obwohl wir zurecht ein Hochlohnland sind.

Damit Deutschland wirtschaftlich auch in Zukunft in der ersten Liga spielt, müssen wir beherzt anpacken. In dem Moment, wo wir unseren Lebensstandard hier für selbstverständlich halten, werden wir ihn verlieren. Einst haben Jahrhunderte über Aufstieg und Wohlstand einer Nation entschieden, heute sind es Jahrzehnte.

Wenn ein Land von der Globalisierung profitiert, geht das nicht auf Kosten anderer. Handel ist kein Nullsummenspiel. Und so ist es kein Zufall, dass auch dank der stärkeren Integration vieler Schwellen- und Entwicklungsländer in die Weltwirtschaft die Zahl der Armen in der Welt von 1990 bis 2005 um 400 Millionen gefallen ist, trotz starken Bevölkerungswachstums.

Derzeit leben gut 6,9 Milliarden Menschen auf der Erde. Das sind rund 80 Millionen Menschen mehr als vor einem Jahr. Anders ausgedrückt: Die Weltbevölkerung wächst jedes Jahr ungefähr um die Einwohnerzahl Deutschlands. Mitte 2011 wird die Weltbevölkerung die Sieben-Milliarden-Marke überschrei-

ten. In China leben fast 1,4 Milliarden und in Indien rund 1,2 Milliarden Menschen, Tendenz steigend. Beide Länder haben den Ehrgeiz, ihren Menschen mehr Wohlstand zu verschaffen.

Wir im Westen glauben noch immer, den Taktstock fest in unseren Händen zu halten. Jahrhunderte mag das so gewesen sein. Heute aber wird die Musik zunehmend auch woanders gespielt.

Die Frage, wovon wir Deutschen in zehn, zwanzig oder dreißig Jahren leben sollen, wird längst nicht mehr nur von uns selbst entschieden. Umso wichtiger ist es, dass wir nicht durch falsche Entscheidungen unsere Chancen für die Zukunft verschlechtern, weil wir Stimmungen nachgeben, anstatt beherzt anzupacken.

Gerade der Aufstieg der so genannten Schwellenländer ist beeindruckend. Sie holen rasant auf, sind der Motor der Weltwirtschaft und haben sich erstmals von der Konjunktur der Industrieländer abgekoppelt. Die Gewichte in der Welt verschieben sich.

Die Aufsteigerländer mit ihren jungen und dynamischen Gesellschaften haben drei zentrale Eigenschaften gemeinsam: Sie setzen auf eine wachsende Mittelschicht. Sie investieren in Bildung und Ausbildung ihrer Jugend. Und sie haben Lust auf Veränderung, weil sie in der Veränderung die Chance auf Verbesserung sehen.

Von der Dynamik dieser Länder möchte ich als Außenminister etwas in unsere Debatte tragen. Es geht um unsere mentale Standortfähigkeit in der Globalisierung.

Wissen ist die entscheidende Ressource der heutigen Welt. Langfristig entscheidet nichts mehr über unsere Stellung als das Bildungssystem. Zum Glück: Nicht mehr Bodenschätze als geologischer Zufall entscheiden über den Wohlstand einer Nation, sondern der Wettbewerb der Ideen. Der Wettbewerb um die besten Ideen wiederum nutzt allen. Und sein eigenes Abschneiden in diesem Wettbewerb kann jedes Land selbst mit beeinflussen. Deshalb investiert die Bundesregierung zusätzliche 12 Milliarden Euro in Bildung und Forschung.

Bildung ist mehr als nur Mittel zum Zweck. Ihr Hochschulstudium ist für Sie die beste Investition in die Zukunft. Sie blicken über Fächergrenzen hinweg und erarbeiten sich einen Kompass für Ihr weiteres Leben. Bildung ist der Schlüssel zu einer toleranten Gesellschaft, überall auf der Welt. Bildung wirkt gegen Vorurteile, Bildung macht stark gegen Diskriminierung, Bildung fördert Gleichheit und Respekt.

Gute Bildungspolitik ist vorsorgende Sozialpolitik. Denn sie ist der Schlüssel zu Chancengerechtigkeit und dafür, dass jeder die bestmögliche Voraussetzung erhält, selbst etwas aus seinem Leben zu machen. Von der Bildung jedes einzelnen profitiert die ganze Gesellschaft.

Ein Viertel des Haushalts des Auswärtigen Amtes investieren wir in die Auswärtige Kultur- und Bildungspolitik. Von Partnerschulen über Goethe-Institute bis zu DAAD-Programmen, die Auswärtige Kultur- und Bildungspolitik befördert Verständigung und Kooperation, unterstützt Deutschlands Wettbewerbsfähigkeit, hilft unsere Werte zu verbreiten und stärkt Deutschlands Ansehen in der Welt.

Der Hochschulstandort Heidelberg ist für internationalen Wettbewerb bestens gerüstet. Und er ist ein Aushängeschild für Deutschland. Schon seit Jahrhunderten bietet er das, was wir heute brauchen: Exzellenz in Lehre und Forschung sowie internationale Offenheit.

Bildung ist nicht nur eine Frage von Geld und Strukturen. Bildung ist auch eine Frage der Haltung. Nehmen Sie moderne Technologien, Infrastrukturinvestitionen oder die Chance, Gastgeber von Großereignissen sein zu dürfen. Gentechnische Heilverfahren, ein zukunftsweisender Bahnhof, Überlandleitungen, die Strom aus erneuerbaren Energien transportieren, Olympische Spiele im eigenen Land: Können Sie sich vorstellen, dass Debatten darüber in Brasilien so verlaufen würden wie im Mo-

ment in Deutschland? Jede Gesellschaft sollte sich die Fähigkeit erhalten, die eigene Zukunftsfähigkeit kritisch zu überprüfen.

Veränderungsbereitschaft und Optimismus sind Grundlagen erfolgreicher Standortpolitik. Und auch wenn die öffentliche Debatte oft einen anderen Eindruck macht: Zu Optimismus haben wir jeden Grund. Deutschland genießt großes Ansehen in der Welt. Wir sind Wirtschaftsmacht, Kulturnation, Bildungsrepublik und unser Land gilt als lebens- und liebenswert. Ein fröhlicher, aufgeklärter Patriotismus bringt uns Sympathien ein, weil er sich nicht über andere erhebt.

Wirtschaftliche und politische Öffnung gehen oft Hand in Hand. Handel bringt Veränderung, Ideen und Außenkontakte. „Wandel durch Handel“ hat einen Beitrag zum Aufweichen des DDR-Regimes geleistet. Das Ziel, Investitionen anzuziehen, ist heute selbst ein Anreiz zu guter Regierungsführung oder zu guten Arbeitsbedingungen. Deswegen gibt es auch keinen Konflikt zwischen Werten und Interessen, wenn deutsche Außenpolitik dazu beiträgt, deutschen Unternehmen im Ausland weitere Chancen zu eröffnen.

Die Globalisierung ist nicht nur ein wirtschaftliches Phänomen und sie bringt nicht nur wirtschaftlich Gutes. Die Globalisierung der Werte, die ich am Beispiel Ägypten vorher geschildert habe, ist eine Chance für die Rechtsstaatlichkeit dort, wo die Menschen noch auf sie warten. Die Globalisierung begünstigt Informationsfreiheit und Teilhabe. Sie erschwert Zensur, Abschottung und Unterdrückung. In Tunesien war es eine gebildete Mittelschicht, die ihren Anspruch auf Freiheit mit Nachdruck erhoben hat. Demokratie, Freiheitsrechte, Bürgerrechte, Versammlungsfreiheit, Pressefreiheit, Meinungsfreiheit, das sind genau die Rechte, die vor anderthalb Jahren in Teheran und jetzt in Tunis von den Bürgerinnen und Bürgern auf der Straße verlangt und eingeklagt werden. Diejenigen, die diese Rechte wollen, haben weltweit unsere Solidarität und unsere politische Unterstützung. Wir sind eine Wertegemeinschaft, und diese Werte wollen wir auch verbreiten.

Das Internet präsentiert zwei Seiten der Globalisierung. Zwar ergeben sich aus dem Netz und für unser Netz neue sicherheitspolitische Gefahren, mit denen die Außenpolitik sich befassen muss. Zu allererst aber setzt das Internet enorme positive Kräfte frei. In unserem elektronischen Zeitalter können Meinungen nicht über das Staatsfernsehen allein kontrolliert werden. Wir erleben eine neue Realität der Gedankenfreiheit. Der freie Zugang zu Informationen ist ein Menschenrecht.

Wo freier Austausch möglich ist, entsteht auch mehr wechselseitiges Verständnis zwischen Gesellschaften und damit ein Beitrag zu Frieden und Stabilität. Gerade die Zivilgesellschaften werden gestärkt. Zivilgesellschaftliche Akteure, die in ihren Ländern ihrer Forderung nach Menschenrechten und Demokratie Gehör verschaffen, sind Verbündete unserer Außenpolitik. Deshalb helfen wir heute Studenten, die von weißrussischen Universitäten verbannt werden. Deshalb sagen wir der Führung in Minsk klar, dass die Unterdrückung der Freiheit und die Fälschung einer Wahl für uns nicht hinnehmbar ist.

Von Menschenrechten reden wir nicht mit erhobenem Zeigefinger. Von guter Regierungsführung sprechen wir nicht, um anderen unser Lebensmodell aufzudrängen. Die Universalität der Menschenrechte aber steht außer Frage. Der Einsatz für die Menschenrechte, die Werteorientierung der deutschen Außenpolitik, ist auch eine Konsequenz, die wir aus dem dunkelsten Kapitel unserer Geschichte ziehen.

Respekt vor den Menschenrechten ist die beste Konfliktprävention. Wahren Frieden gibt es nicht ohne Respekt vor den Menschenrechten.

Mit „Globalisierung gestalten“ meine ich noch mehr. Die Herausforderung ist eine doppelte: Es geht um Lösungen für neue Herausforderungen, und das im Zusammenspiel mit neuen Partnern.

Den Schutz des Klimas oder der Ozeane kann kein Land alleine erreichen. Auch Themen wie Energie und Rohstoffe, Nahrungsmittelpreise, Zugang zu Wasser oder Schutz vor Epidemien schieben sich heute in den Vordergrund der internationalen Politik.

Gleichzeitig erheben die rasant wachsenden Schwellenländer – China, Indien, Brasilien und andere – zunehmend einen politischen Gestaltungsanspruch. Sie entwickeln ein neues außenpolitisches Selbstbewusstsein. Diese Länder sind neue Gestaltungsmächte in der Globalisierung. Mit ihnen möchten wir die multipolare Welt zum allseitigen Vorteil gestalten.

Deutschland setzt sich für eine regelgeleitete, stabilisierende Weltordnung ein. Multilateralismus ist der Weg, Frieden und Wohlstand sind das Ziel. Wir brauchen ein gemeinsames Gerüst von Regeln, gerade dann, wenn neue Themen aufkommen und immer mehr Spieler auf dem Platz sind. Auch hier gehen Werte und Interessen Hand in Hand. Deutschland steht für eine Stärkung des Völkerrechts. Eine Welt der gemeinsamen Normen und der partnerschaftlichen Zusammenarbeit ist die beste Voraussetzung für Frieden, für Entwicklung, für Sicherheit und für Wohlstand.

Die G20 sind auch deshalb ein wichtiges Format, weil viele Themen heute nur gelöst werden, wenn mindestens diese 20 Länder dazu beitragen. Auf die Stabilität globaler Finanzmärkte sind alle angewiesen, aber weder die USA, noch Europa, noch China können sie allein garantieren. Die G20 sind – wie die G8 – keine Weltregierung, die über das Schicksal anderer bestimmen. Aber natürlich hat solch ein Format auch Symbolwert. Es ist verständlich, dass die neuen Gestaltungsmächte einen Anspruch auf Mitwirkung erheben. Deutschland hat sich deshalb dafür eingesetzt, die Stimmrechte der Schwellenländer in IWF und Weltbank zu erhöhen, damit sie deren neuem Gewicht entsprechen. Wir haben ein Interesse an handlungsfähigen und legitimen internationalen Institutionen.

Mehr Mitsprache bedeutet aber auch mehr Verantwortung. Dabei liegt die Einbindung neuer Spieler im gegenseitigen Interesse. Es freut mich, dass der Beitrittsprozess Russlands zur WTO nun in großen Schritten voran geht. Im Handel setzt die Bundesregierung sich zudem für einen schnellstmöglichen Abschluss der „Doha“-Runde ein. Gleichzeitig unterstützen wir die EU-Kommission in ihrem Bestreben, weitere bilaterale Abkommen zu schließen, wie zuletzt mit Südkorea.

Die Bundesregierung hat ein zukunftsweisendes Rohstoffkonzept verabschiedet. Dazu gehört eine realistische Rohstoffaußenpolitik, die durch Partnerschaften Türen öffnet. Die Kontroverse um seltene Erden ist zudem ein weiterer Beleg dafür, dass freie und klar geregelte Märkte im allseitigen Interesse sind. Deshalb setzen wir auf eine Stärkung des multilateralen Systems. Die Alternative in einer Welt mit wachsender Bevölkerung wäre das, was wir vermeiden müssen: Ein Wettlauf um Bodenschätze, um Vorzugsbehandlung, das Recht des Stärkeren. Wir setzen die Stärke des Rechts dem Recht des Stärkeren entgegen.

Das Herzstück einer Weltpolitik, die auf Kooperation setzt, sind die Vereinten Nationen. Sie haben universelle Legitimität und universelle Reichweite. Sie können verbindliches Völkerrecht schaffen. Alle Staaten begegnen einander auf Augenhöhe. Jedes Land schuldet jedem Land Respekt. Menschenrechte und Frieden brauchen starke Vereinte Nationen. Wir brauchen die Vereinten Nationen für eine Politik, die dem Wohl des Menschen verpflichtet ist. Wir setzen uns auch dafür ein, dass die Arbeit der G20 enger an die Vereinten Nationen angebunden wird. Unsere Wahl zum nicht-ständigen Mitglied in den Sicherheitsrat für 2011 / 2012 im Wettbewerb mit anderen erstklassigen Kandidaten war ein Vertrauensbeweis und ein Vertrauensvorschluss.

Deutschland wird diese Verantwortung für eine umfassende Friedenspolitik nutzen und übergreifende Themen wie Konfliktprävention und den Schutz von Kindern in bewaffneten Konflikten voran bringen.

Die Besetzung des Sicherheitsrats muss den heutigen Realitäten unserer Welt angepasst werden. Denen entspricht es nicht, wenn Afrika und Lateinamerika nicht dauerhaft im Sicherheitsrat vertreten sind und Asien unterrepräsentiert ist.

Deutschland ist an mehreren Friedenseinsätzen beteiligt. Alle haben ein klares Mandat der Vereinten Nationen. Militärische Mittel bleiben für uns ultima ratio. Deutschland steht auch künftig für eine Kultur der Zurückhaltung, wenn es um den Einsatz militärischer Macht geht. In Afghanistan arbeiten wir für eine politische Lösung. Deutschland bleibt so lange wie nötig militärisch präsent, aber keinen Tag länger. Wir sind dort aktiv, weil es um unsere eigene Sicherheit hier geht. Und wir wollen helfen, den Menschen in diesem geschundenen Land eine neue Zukunftsperspektive zu ermöglichen.

Deutsche Außenpolitik ist Friedenspolitik. Deshalb freut es mich, dass Abrüstung und Nichtverbreitung endlich wieder als Zukunftsthemen der internationalen Politik erkannt werden. Wir müssen alles dafür tun, dass Massenvernichtungswaffen nicht zum Fluch der Globalisierung werden. Deshalb ist es richtig, dass die internationale Gemeinschaft gegen Staaten einschreitet, wenn sie entgegen internationaler Verpflichtungen versuchen, sich nuklear zu bewaffnen. Deshalb setzen wir auch auf eine präventive Politik der Entwicklung, um Fundamentalismus und islamistischem Terrorismus den Boden zu entziehen. Eine solche Politik, die im Nahen Osten auf Nicht-Verbreitung und auf gesellschaftliche Modernisierung setzt, leistet auch einen Beitrag zur Sicherheit Israels.

Europa ist unsere wichtigste Antwort auf die Globalisierung. Die europäische Union ist unsere Wohlstandsversicherung. Deutschland profitiert vom Binnenmarkt. Mit Europa können wir auch in der multipolaren Welt von morgen die Globalisierung gestalten.

Europa ist unsere Friedensversicherung. Zum ersten Mal in der Geschichte ist Deutschland nur von Freunden umgeben. Und das ist kein Zufall. Das Kooperationsmodell der europäischen Einigung hat Jahrhunderte der Konfrontation beendet. Kooperation kann anstrengend sein. Sie braucht auch viel Geduld und gute Nerven, das kann ich nach so manchem Sitzungsmarathon in Brüssel aus eigener Erfahrung feststellen. Wer aber die Folgen von Konfrontation kennt, der weiß, dass Kooperation jede Mühe wert ist.

Wir setzen darauf, die innere Einheit Europas zu vollenden. Selbst für ein handelspolitisches Schwergewicht wie Europa gilt: Der Einfluss in der Welt von morgen hängt ab von der Verfassung im Innern. Deswegen müssen wir zuallererst unsere gemeinsame Währung stabilisieren. Der Weg dahin führt über eine Stabilitätskultur, eine solide Haushalts- und eine stärker abgestimmte Wirtschaftspolitik. Nicht der gefährdet Europa, der die Regeln für Stabilität strikter macht, sondern der, der dies unterlässt. Wir müssen den Druck der Krise nutzen, um jetzt notwendige Reformen durchzusetzen.

Deutschland steht dabei selbstverständlich für europäische Solidarität, aber sie muss an die notwendigen ordnungspolitischen Grundsätze gebunden werden, um künftig neue Krisen zu vermeiden. Wir wollen den Stabilitätspakt mit neuer Autorität versehen und drängen darauf, dass die Nationalstaaten zu solider Haushaltsführung zurückkehren. Die Einführung von Mechanismen nach dem Vorbild der deutschen Schuldenbremse könnte den Weg zu neuer Haushaltsdisziplin erleichtern. Außerdem muss die Wettbewerbsfähigkeit der EU-Staaten gestärkt werden. Investitionen müssen Vorrang vor konsumtiven Ausgaben haben. Bildung und Forschung müssen als Entwicklungschance gesehen werden. Die sozialen Sicherheitssysteme müssen an die veränderte Alterstruktur unserer Gesellschaften angepasst werden. Wenn in Deutschland die Menschen mit 67 in Rente gehen sollen, ist es nur schwer verständlich, dass andere bei einem Renteneintrittsalter von 59 Jahren bleiben wollen. Gerade weil wir europäische Patrioten sind, wollen wir, dass die Chancen der Krise jetzt genutzt werden, um Europa langfristig stabiler zu machen.

Auch wenn im Inneren viele an Krisenbewältigung denken: Die Anziehungskraft der Europäischen Union ist ungebrochen. Allein dadurch war und ist die Europäische Union schon stabilisierender Faktor auch jenseits ihrer Grenzen, ob in Osteuropa oder auf dem Balkan.

Andere Weltregionen nehmen sich die EU zum Vorbild. Regionale Organisationen in Afrika, Lateinamerika oder Asien können eine wichtige Rolle für Frieden und wirtschaftliche Entwicklung spielen, indem sie durch Kooperation regionale Antworten auf regionale Herausforderungen finden. Die Selbstbehauptung und die Rolle Europas in der globalisierten Welt ruht auf zwei Säulen: auf einem erfolgreichen Binnenmarkt, der sich auf eine solide Wirtschafts- und Finanzpolitik stützt, als innere Grundlage für erfolgreiches Handeln nach außen. Und auf einer kraftvollen Außen- und Sicherheitspolitik, die unsere europäischen Interessen und Fähigkeiten zusammenführt, zur Sicherung von Mitsprache und Gestaltung in globalen Angele-

genheiten. Der Weg dahin mag mühsam sein, aber er ist notwendig.

Mit Freiheit, Kooperation und gemeinsamen Regeln lebt Europa vor, was wir auf globaler Ebene mehr brauchen. Europa ist in unserem Interesse und Europa kann in der Welt zum Guten wirken.

Wir arbeiten deshalb daran, dass Europa auch nach Außen geschlossen auftritt. Mit dem Europäischen Auswärtigen Dienst haben wir seit vergangemem Jahr das richtige Mittel dazu. Europa ist das Fundament unserer Außenpolitik. Gerade in der Globalisierung brauchen wir mehr Europa und nicht weniger.

Sie sind europäischer aufgewachsen als Ihre Eltern und deren Eltern. Sie sind globalisierter aufgewachsen als Ihre Eltern und deren Eltern. Sie können alles zugleich sein: Deutsche, Europäer und Weltbürger. Nutzen Sie diese Chance.

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.

Gewerbemiete

**Art. 74, 20a GG; §§ 3, 16a, 16b, 36a GenTG
Gentechnik; Tiere und Pflanzen; Landwirtschaft;
Lebensmittel; Umwelt; Produktion; Standortregister;
Nachbarrecht**

1. Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 2. Alternative GG begründet eine umfassende Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers zur Regelung des Rechts der Gentechnik, welche neben der Humangentechnik auch die Gentechnik in Bezug auf Tiere und Pflanzen umfasst.

2. Angesichts eines noch nicht endgültig geklärten Erkenntnisstandes der Wissenschaft bei der Beurteilung der langfristigen Folgen eines Einsatzes von Gentechnik trifft den Gesetzgeber eine besondere Sorgfaltspflicht, bei der er den in Art. 20a GG enthaltenen Auftrag zu beachten hat, auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen.

3. Die Schaffung von Transparenz im Zusammenhang mit dem gezielten Ausbringen von gentechnisch veränderten Organismen in die Umwelt (§ 16a GenTG) leistet einen Beitrag zum öffentlichen Meinungsbildungsprozess und stellt einen eigenständigen legitimen Zweck der Gesetzgebung dar.

4. Die Ergänzung und Konkretisierung des privaten Nachbarrechts in § 36a GenTG stellt einen angemessenen und ausgewogenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen dar, indem sie zu einem verträglichen Nebeneinander konventioneller, ökologischer und mit dem Einsatz von Gentechnik arbeitender Produktionsmethoden beiträgt.

(BVerfG, Urteil vom 24. 11. 2010 – 1 BvF 2/05)

In dem Verfahren zur verfassungsrechtlichen Prüfung des § 3 Nummern 3 und 6, § 16a Abs. 1, 3, 4 und 5, § 16b Abs. 1 bis 4 und § 36a des Gesetzes zur Regelung der Gentechnik (Gentechnikgesetz – GenTG) in der zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes zur Änderung des Gentechnikgesetzes, zur Änderung des EG-Gentechnik-Durchführungsgesetzes und zur Änderung der Neuartige Lebensmittel- und Lebensmittelzutatenverordnung vom 1. April 2008 (BGBl I S. 499) geänderten Fassung hat das

Bundesverfassungsgericht – Erster Senat – aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. Juni 2010 durch Urteil für Recht erkannt:

§ 3 Nummern 3 und 6, § 16a Absätze 1 bis 5, § 16b Absätze 1 bis 4 und § 36a des Gesetzes zur Regelung der Gentechnik in der zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Gentechnikgesetzes, zur Änderung des EG-Gentechnik-Durchführungsgesetzes und zur Änderung der Neuartige Lebensmittel- und Lebensmittelzutatenverordnung vom 1. April 2008 (Bundesgesetzblatt I Seite 499) geänderten Fassung sind mit dem Grundgesetz vereinbar.

Hinw. d. Red.: Hierzu lautet die BVerfG-Pressemitteilung Nr. 108/2010 vom 24. November 2010:

»Normenkontrollvertrag in Sachen „Gentechnikgesetz“ erfolglos

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat heute sein Urteil in dem Normenkontrollverfahren der Landesregierung von Sachsen-Anhalt gegen Bestimmungen des Gesetzes zur Regelung der Gentechnik (GenTG) über

- die Begriffsbestimmungen „gentechnisch veränderter Organismus“ und „Inverkehrbringen“ (§ 3 Nummern 3 und 6 GenTG),
- das Standortregister (§ 16a GenTG),
- den Umgang mit in Verkehr gebrachten Produkten (§ 16b GenTG) und
- Ansprüche bei Nutzungsbeeinträchtigungen (§ 36a GenTG)

verkündet und festgestellt, dass § 3 Nummern 3 und 6, § 16a Absätze 1 bis 5, § 16b Absätze 1 bis 4 und § 36a des Gesetzes zur Regelung der Gentechnik in der zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung des Gentechnikgesetzes, zur Änderung des EG-Gentechnik-Durchführungsgesetzes und zur Änderung der Neuartige Lebensmittel- und Lebensmittelzutatenverordnung vom 1. April 2008 (Bundesgesetzblatt I Seite 499) geänderten Fassung mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

Über den Normenkontrollantrag informiert die Pressemitteilung Nr. 29/2010 vom 5. Mai 2010. Sie kann auf der Homepage des Bundesverfassungsgerichts eingesehen werden.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

Die angegriffenen Normen sind formell und materiell verfassungsgemäß.

1. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 26 2. Alternative GG, der eine umfassende Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers zur Regelung des Rechts der Gentechnik begründet, welche neben der Humangentechnik auch die Gentechnik in Bezug auf Tiere und Pflanzen umfasst.

2. Soweit die angegriffenen Vorschriften in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG), die Wissenschaftsfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG), die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und das Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) eingreifen, ist dies gerechtfertigt.

a) Der Gesetzgeber verfolgt mit den angegriffenen Regelungen legitime Ziele des Gemeinwohls, bei deren Verwirklichung ihm gerade vor dem Hintergrund der breiten gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Debatte um den Einsatz von Gentechnik und eine angemessene staatliche Regulierung ein großzügiger Entscheidungsspielraum zugestanden werden muss.

Mit der Möglichkeit, gezielt Veränderungen des Erbgutes vorzunehmen, greift die Gentechnik in die elementaren Strukturen des Lebens ein. Die Folgen solcher Eingriffe lassen sich, wenn überhaupt, nur schwer wieder rückgängig machen. Die Ausbreitung einmal in die Umwelt ausgebrachten gentechnisch veränderten Materials ist nur schwer oder auch gar nicht begrenzbare. Angesichts eines noch nicht endgültig geklärten Erkenntnisstandes der Wissenschaft bei der Beurteilung der langfristigen Folgen eines Einsatzes von Gentechnik trifft den Gesetzgeber eine besondere Sorgfaltspflicht. Er muss bei der Rechtssetzung nicht nur die von der Nutzung der Gentechnik einerseits und deren Regulierung andererseits betroffenen, grundrechtlich geschützten Interessen in Ausgleich bringen, sondern hat gleichermaßen den in Art. 20a GG enthaltenen Auftrag zu beachten, auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen.

Mit dem bezweckten Schutz insbesondere des Menschen, der Umwelt und fremden Eigentums vor schädlichen Auswirkungen des Einsatzes von gentechnisch veränderten Organismen und der Vorsorge gegen das Entstehen solcher Gefahren (vgl. § 1 Nr. 1 GenTG), der Sicherung der Koexistenz verschiedener landwirtschaftlicher Erzeugungsformen (vgl. § 1 Nr. 2 GenTG) und dem Interessenausgleich zwischen Grundstücksnachbarn werden insbesondere menschliches Leben, Gesundheit und Umwelt sowie Eigentum und Berufsfreiheit als andernfalls gefährdete Güter von Verfassungsrang geschützt. Weitere wichtige, auch europarechtlich anerkannte Gemeinwohlbelange wie der Schutz der Verbraucher und die Information der Öffentlichkeit werden gestärkt. Insoweit leistet die mit der Einrichtung des Standortregisters angestrebte Schaffung von Transparenz im Zusammenhang mit dem gezielten Ausbringen von gentechnisch veränderten Organismen in die Umwelt einen wichtigen Beitrag zum öffentlichen Meinungsbildungsprozess und stellt einen eigenständigen und legitimen Zweck der Gesetzgebung dar. Um eine solche Transparenz herzustellen, ist es zulässig, bestimmte Daten der Öffentlichkeit allgemein und insoweit ohne weitere Bindung an bestimmte Zwecke zugänglich zu machen. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schließt die Schaffung allgemein öffentlicher Daten – auch solcher mit Personenbezug – nicht generell aus.

b) Die angegriffenen Regelungen sind geeignet und erforderlich, diese Zwecke zu erreichen. Sie wahren auch das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn.

aa) Mit der Neufassung der Begriffsbestimmungen „gentechnisch veränderter Organismus“ und „Inverkehrbringen“ (§ 3 Nummern 3 und 6 GenTG) hat der Gesetzgeber sichergestellt, dass auch genehmigte Freisetzungsversuche und ihre unbeabsichtigten Folgen den Kontroll- und Eingriffsbefugnissen des

Staates und der Folgenverantwortung der Forschung nach Maßgabe des Gentechnikgesetzes unterfallen. Der Umstand, dass es sich um nicht beabsichtigte oder technisch nicht zu vermeidende Vorgänge handeln kann, mindert nicht das mit dem Ausbringen von gentechnisch veränderten Organismen in die Umwelt und der Vermarktung gentechnisch veränderter Produkte bestehende Risiko unerwünschter oder schädlicher, gegebenenfalls unumkehrbarer Auswirkungen, das im Sinn einer größtmöglichen Vorsorge beherrscht werden soll. Der Gesetzgeber liefe zudem Gefahr, seiner Verantwortung zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlage nicht gerecht zu werden.

bb) Im Standortregister werden für das gesamte Bundesgebiet Angaben über Freisetzungen und Anbau von gentechnisch veränderten Organismen erfasst, um die Überwachung von etwaigen Auswirkungen dieser Organismen insbesondere auf den Menschen, die Umwelt und die gentechnikfreie Landwirtschaft zu ermöglichen und die Öffentlichkeit zu informieren. Mit der Aufteilung des Standortregisters (§ 16a GenTG) in einen allgemein zugänglichen und einen nicht allgemein zugänglichen Teil hat der Gesetzgeber einen tragfähigen und aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstandenden Kompromiss zwischen dem Informationsinteresse des Staates und der Öffentlichkeit einerseits und dem Geheimhaltungsinteresse der Bezugspersonen andererseits gefunden. Der gesetzlichen Regelung kann insbesondere nicht entgegengehalten werden, dass durch das Standortregister die Wahrscheinlichkeit mutwilliger Zerstörungen von gentechnisch veränderten Kulturen erhöht werde. Bereits vor dessen Einführung kam es wiederholt zu Behinderungen von Freisetzungen und Anbau von gentechnisch veränderten Organismen, denen mit den Mitteln des Polizei- und Strafrechts zu begegnen ist.

cc) Die angegriffenen Regelungen über den Umgang mit in Verkehr gebrachten Produkten in § 16b GenTG lassen den Behörden und Fachgerichten genügend Spielraum, um eine verhältnismäßige Anwendung der Vorsorgepflicht, der guten fachlichen Praxis und der Anforderungen an die Eignung von Person und Ausstattung im Einzelfall sicherzustellen. Dies betrifft insbesondere die Frage, was im Einzelfall zur Vorsorgepflicht und guten fachlichen Praxis gehört. Die insoweit allgemein gehaltenen Vorgaben lassen es zu, die tatsächlichen Rahmenbedingungen des Umgangs mit gentechnisch veränderten Organismen angemessen zu berücksichtigen und den Inhalt der Pflichten auf das Maß zu beschränken, welches jeweils zur Vermeidung wesentlicher Beeinträchtigungen der Schutzgüter des § 1 Nr. 1 und 2 GenTG erforderlich ist.

dd) § 36a GenTG begründet keine neuartige Sonderhaftung für den Einsatz von gentechnisch veränderten Organismen, sondern konkretisiert und ergänzt die bestehende verschuldensunabhängige Störerhaftung im privaten Nachbarrecht (§§ 1004, 906 BGB), in deren Systematik sich die Vorschrift einfügt. Diese Ergänzung und Konkretisierung des privaten Nachbarrechts stellt einen angemessenen und ausgewogenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen dar, indem sie zu einem verträglichen Nebeneinander konventioneller, ökologischer und mit dem Einsatz von Gentechnik arbeitender Produktionsmethoden und einer echten Wahlfreiheit der Produzenten und Verbraucher beiträgt.

ee) Insgesamt ist die vom Gesetzgeber jeweils vorgenommene Gewichtung zugunsten der verfolgten Gemeinwohlziele gerade vor dem Hintergrund der noch nicht abschließend geklärten Auswirkungen der Gentechnik nicht zu beanstanden und die Grenze der Zumutbarkeit ist für die Normadressaten – auch soweit sie zu Forschungszwecken handeln – nicht überschritten.

3. Auch der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ist nicht verletzt. Soweit es zu einer Ungleichbehandlung von Sachverhalten kommt, beruht dies auf tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten des Einsatzes von Gentechnik und ist durch die vom Gesetzgeber verfolgten Gemeinwohlziele gerechtfertigt. «

§ 3 AusglLeistG a. F.; § 4 FlERwV a. F.
Beitrittsgebiet; Erwerb von Waldflächen durch
Altberechtigte; Betriebskonzept;
Ermessensentscheidung der Privatisierungsstelle;
Alteigentümerinteresse; Wiedergutmachungsinteresse

a) **Bewerben sich mehrere Altberechtigte im Sinne von § 3 Abs. 5 Satz 1 AusglLeistG mit im Wesentlichen gleichwertigen Betriebskonzepten um den Erwerb von Waldflächen nach § 3 Abs. 8 AusglLeistG, ist die Höhe ihrer jeweiligen Ausgleichsleistung- oder Entschädigungsansprüche bei der Entscheidung nach § 4 Abs. 5 Satz 4 FlERwV zwar zu berücksichtigen; eine Reduzierung des Ermessens der Privatisierungsstelle zugunsten des Bewerbers mit den höheren Ansprüchen kommt aber nur ausnahmsweise in Betracht (Fortführung von Senat, Urteil vom 10. Juli 2009 – V ZR 72/08, NJW-RR 2010, 10).**

b) **Erweist sich eine nach § 4 Abs. 5 Satz 4 FlERwV getroffene Ermessensentscheidung als fehlerhaft, kann die Privatisierungsstelle während des von einem unterlegenen Bewerber betriebenen Klageverfahrens ihr Ermessen erneut ausüben. Ist diese Ausübung ermessensfehlerfrei und sind an dem Klageverfahren alle Bewerber beteiligt, an die der Verkauf der Waldflächen ernsthaft in Betracht kommt, ist sie der Entscheidung über die Klage(n) zugrunde zu legen.**

(BGH, Urteil vom 5. 11. 2010 – V ZR 102/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte, die auf der Grundlage des Ausgleichsleistungsgesetzes und der Flächenerwerbsverordnung Forstflächen in den neuen Ländern privatisiert, entschloss sich nach Durchführung eines Auswahlverfahrens, einen 644 ha großen Wald in Mecklenburg-Vorpommern zum Preis von 811.150 € an den Nebenintervenienten zu verkaufen; dieser ist Inhaber eines etwa 6 km von dem Wald entfernten land- und forstwirtschaftlichen Betriebs.

2 An dem Auswahlverfahren nahmen neben weiteren Bewerbern auch die Klägerin und die Hauptintervenienten teil. Die Klägerin hat in etwa 5 km Entfernung von dem Wald einen land- und forstwirtschaftlichen Betrieb wieder eingerichtet, welcher der Familie ihrer Gesellschafter 1945 durch Enteignung auf besatzungshoheitlicher Grundlage entzogen worden war. Die Hauptintervenienten, eine Bietergemeinschaft, möchten einen Forstbetrieb gründen. Einer von ihnen verfügt infolge der Enteignung des in etwa 10 km Entfernung zu dem Wald gelegenen ehemaligen väterlichen Guts über Ausgleichsansprüche nach dem Ausgleichsleistungsgesetz. Beiden teilte die Beklagte zunächst mit, dass sie sich für einen Mitbewerber mit einem besseren Betriebskonzept entschieden habe.

3 Der gegen die beabsichtigte Veräußerung angerufene Beirat hielt die Betriebskonzepte des Nebenintervenienten, der Klägerin und der Hauptintervenienten für im Wesentlichen gleichwertig. Nach Überprüfung ihrer Entscheidung erklärte die Beklagte gegenüber der Klägerin und den Hauptintervenienten, dass sie die Privatisierungsentscheidung im Rahmen der Ausübung billigen Ermessens zu Gunsten eines Mitbewerbers getroffen habe; dies ist der Nebenintervenient.

4 Die Klägerin möchte erreichen, dass die Beklagte ihre Verkaufsentscheidung aufheben und sie, die Klägerin, vorrangig berücksichtigen muss; die Hauptintervenienten erstreben Entsprechendes zu ihren Gunsten. Das Landgericht Berlin hat die Klage der Hauptintervenienten abgewiesen und derjenigen der Klägerin stattgegeben. Die Berufungen der Beklagten und der Hauptintervenienten sind erfolglos geblieben.

5 Mit den von dem Senat zugelassenen Revisionen will der Nebenintervenient die Abweisung beider Klagen erreichen; die Hauptintervenienten verfolgen ihren Klageantrag weiter. Die Klägerin und die Hauptintervenienten beantragen, die Revision des Nebenintervenienten zurückzuweisen; der Nebenintervenient und die Klägerin erstreben die Zurückweisung der Revision der Hauptintervenienten.

6 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hält die Betriebskonzepte der drei Bewerber für im Wesentlichen gleichwertig im Sinne des § 4 Abs. 5 Satz 3 FlERwV aF. Dies folge aus den überzeugenden Ausführungen des von dem Landgericht bestellten und angehörten Sachverständigen. Die Beklagte habe daher nach billigem Ermessen entscheiden können, welchem Bewerber sie den Vorrang einräume. Ihre Entscheidung zugunsten des Nebenintervenienten sei allerdings fehlerhaft, da den Alteigentümerinteressen der Klägerin bei der Abwägung keine ausreichende Bedeutung beigemessen worden sei. Die deshalb entsprechend § 315 Abs. 3 BGB seitens des Gerichts vorzunehmende Ermessensentscheidung führe zu dem Ergebnis, dass die Klägerin den Vorrang vor den Mitbewerbern erhalten müsse.

7 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

8 *Revision des Nebenintervenienten*

9 Die - für die Beklagte eingelegte - Revision des Nebenintervenienten hat Erfolg, weil die Verurteilung der Beklagten, den Kaufantrag der Klägerin vorrangig zu berücksichtigen, auf Rechtsfehlern beruht.

10 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die Entscheidung der Beklagten, den ausgeschriebenen Wald an den Nebenintervenienten zu verkaufen, ermessensfehlerhaft und deshalb aufzuheben ist. Wie der Senat zwischenzeitlich entschieden hat, haben Altberechtigte bei einem Verkauf nach der - hier noch anwendbaren (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 2 AusglLeistG i.d.F. des Gesetzes vom 3. Juli 2009, BGBl. I S. 1688) - Vorschrift des § 3 Abs. 8 AusglLeistG aF Vorrang vor anderen Bewerbern, und zwar auch dann, wenn ihr Entschädigungsanspruch nur den Ankauf eines Teils der ausgeschriebenen Fläche erlaubt. Dieser Vorrang besteht auch, wenn das Betriebskonzept des Altberechtigten schlechter ist als das des Mitbewerbers, solange es die Gewähr für eine ordnungsgemäße forstwirtschaftliche Bewirtschaftung des ausgeschriebenen Waldes bietet (Urteil vom 10. Juli 2009 - V ZR 72/08, NJWRR 2010, 10, 12 f. Rn. 32 ff.). Da die Klägerin und die Hauptintervenienten Altberechtigte sind und ihre Betriebskonzepte dieser Anforderung entsprechen, ist das Ermessen der Beklagten insoweit gebunden, als der Wald nur an einen von ihnen verkauft werden kann.

11 2. a) Zu Recht wendet sich die Revision aber gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die fehlerhafte Ermessensentscheidung der Beklagten führe dazu, dass es nach § 315 Abs. 3 BGB selbst die Entscheidung über den vorrangig zu berücksichtigenden Bewerber zu treffen habe. Der Senat hat, wenn auch nach Erlass des Berufungsurteils, entschieden, dass die allgemeinen Bindungen der Beklagten bei der Privatisierung von Flächen auf der Grundlage des Ausgleichsleistungsgesetzes nicht weiter reichen können als bei einem Handeln in den Formen des öffentlichen Rechts. Da die der Auswahl des Bewerbers nach § 4 Abs. 5 Satz 4 FlERwV aF vergleichbare öffentlich-rechtliche Handlungsform der Erlass einer Ermessensentscheidung ist und eine solche von den Gerichten nur darauf überprüft wird, ob die Behörde die Grenzen ihres Ermessens überschritten hat (§ 114 VwGO), nicht aber durch eigene Ermessenserwägungen seitens des Gerichts ersetzt werden kann, gilt bei einer auf der Grundlage des Ausgleichsleistungsgesetzes zu treffenden Privatisierungsentscheidung nichts Anderes. Erweist sich die Ermessensausübung der Beklagten, auch unter Berücksichtigung etwaiger nachträglicher Ermessenserwägungen, als fehlerhaft, kann ihr, weil dem Gericht eine eigene Ermessensentscheidung verwehrt ist, nur die Neubescheidung aufgegeben werden (vgl. Senat, Urteil vom 10. Juli 2009 - V ZR 72/08, NJW-RR 2010, 10, 12 Rn. 21 u. 23).

12 Etwas anderes ergibt sich nicht aus § 315 Abs. 3 BGB. Der Senat hat zwar offen gelassen, ob diese Vorschrift auf die Bestimmung des Erwerbers nach § 3 Abs. 8 AusglLeistG aF analog anzuwenden ist. Eine entsprechende Anwendung würde aber nicht so weit gehen, dass das der Beklagten nach dem Ausgleichsleistungsgesetz und der Flächenerwerbsverordnung ein-

geräumte Bestimmungsrecht auf das Gericht übergeht, wenn sich die zunächst getroffene Ermessensentscheidung als fehlerhaft erweist. Vielmehr hat die in dem Ausgleichleistungsgesetz vorgesehene Kompetenzzuweisung zur Folge, dass eine erforderliche Ermessensausübung stets der hierzu berufenen Beklagten vorbehalten ist.

13 b) Diese Kompetenzzuweisung führt dazu, dass der Beklagten bei festgestelltem Ermessensfehlergebrauch nur die Neubescheidung aufgegeben werden kann. Damit einher geht zwar die Möglichkeit, dass auch die erneute Auswahlentscheidung von einem unterlegenen Bewerber angegriffen wird und es so zu langwierigen Rechtsstreitigkeiten kommt. Anders verhält es sich aber, wenn alle Bewerber, an die der Verkauf der ausgeschriebenen Fläche ernsthaft in Betracht kommt, an dem Klageverfahren beteiligt sind. Die Beklagte kann dann nämlich während des Rechtsstreits eine neue Ermessensentscheidung treffen und muss dies auf Aufforderung des Gerichts auch tun. Diese Ermessensausübung ist in das laufende Verfahren einzu beziehen und, soweit sie frei von Ermessensfehlern ist, der gerichtlichen Entscheidung zugrunde zu legen. Hierdurch entfallen die Notwendigkeit, die Beklagte zu einer Neubescheidung zu verpflichten, und die Möglichkeit des unterlegenen Bewerbers, sich in einem weiteren Verfahren gegen die daraufhin ergangene Entschließung der Privatisierungsstelle zu wenden.

14 Sind hingegen nicht alle Bewerber, deren Berücksichtigung bei einer Vergabe nach Ermessensgesichtspunkten ernsthaft in Betracht kommt, an dem Rechtsstreit beteiligt, kann die Beklagte, wie in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren, nur zu einer Neubescheidung verurteilt werden. Angesichts der Übergangsregelung in § 7 Abs. 1 AusglLeistG, wonach die Erwerbsmöglichkeit für Waldflächen nach § 3 Abs. 4 und § 3 Abs. 8 AusglLeistG in der bis zum 11. Juli 2009 geltenden Fassung mit Ablauf des 31. Dezember 2007 endete, sofern zu diesem Zeitpunkt nicht ein Beiratsverfahren oder ein Klageverfahren über den begünstigten Erwerb anhängig war, kann dies heute allerdings nur an dem Klageverfahren nicht beteiligte Bewerber mit einer Altberechtigung betreffen.

15 Revision der Hauptintervenienten

16 Die Revision der Hauptintervenienten ist ebenfalls begründet.

17 1. Allerdings haben die Hauptintervenienten keinen Anspruch darauf, dass der ausgeschriebene Wald an sie verkauft wird. Ein solcher bestünde nur, wenn die Zurückweisung ihres Kaufangebots den Vorschriften des Ausgleichleistungsgesetzes und der Flächenerwerbsverordnung widerspräche, wenn also ein Verkauf der ausgeschriebenen Flächen nur an sie, nicht aber auch an die Klägerin mit diesen Vorschriften vereinbar wäre (vgl. Senat, Urteil vom 10. Juli 2009 - V ZR 72/08, NJW-RR 2010, 10 f. Rn. 6). So verhält es sich jedoch nicht.

18 Entgegen der Auffassung der Revision ist die Beklagte nicht verpflichtet, zwischen zwei Altberechtigten mit im Wesentlichen gleichwertigen Betriebskonzepten stets demjenigen den Vorrang einzuräumen, der die höhere Entschädigungs- bzw. Ausgleichsleistung zu beanspruchen hat. Die Beklagte muss bei einer Entscheidung zwischen mehreren Altberechtigten zwar berücksichtigen, welcher Wiedergutmachungseffekt bei den jeweiligen Bewerbern erzielt werden würde. Eine Ermessensreduzierung auf Null kommt unter diesem Aspekt aber nur ausnahmsweise in Betracht und setzt voraus, dass einem der Bewerber deutlich umfangreichere Entschädigungs- bzw. Ausgleichsansprüche als den übrigen zustehen und diese einen so großen Teil der ausgeschriebenen Fläche erfassen, dass die Subventionierung des Kaufpreises ganz überwiegend durch Wiedergutmachungsinteressen gerechtfertigt ist. So liegt es nicht, wenn - wie im Fall der Hauptintervenienten - lediglich ein Kaufpreisanteil von 35,4% (möglicherweise) durch Ausgleichsleistungsansprüche abgedeckt wird. Diese übersteigen zwar den durch Ausgleichsleistungsansprüche belegten Kaufpreisanteil

der Klägerin (11,7%), sind aber andererseits nicht so hoch, dass dem Wiedergutmachungsinteresse unter allen Umständen Vorrang vor anderen Gesichtspunkten einzuräumen ist.

19 Auch aus dem Umstand, dass die Klägerin bereits eine begünstigte Waldfläche erworben hat, folgt keine Ermessensreduzierung zugunsten der Hauptintervenienten; vielmehr kann die Beklagte beispielsweise zugunsten der Klägerin berücksichtigen, dass der Wald (möglicherweise) gerade eine sinnvolle Ergänzung zu den von ihr bisher erworbenen Flächen und zu ihrem wiedereingerichteten Betrieb darstellt. Anders als die Hauptintervenienten offenbar meinen, ist die Beklagte bei der Auswahl zwischen zwei Bewerbern mit Altberechtigung im Allgemeinen nämlich nicht darauf beschränkt, die mit einem Verkauf verbundenen Wiedergutmachungseffekte zu vergleichen und gegeneinander abzuwägen; vielmehr ist sie berechtigt, auch andere Umstände in ihre Ermessensentscheidung einzubeziehen.

20 2. a) Ein Erwerbsanspruch kann sich aber daraus ergeben, dass die Beklagte das ihr nach § 4 Abs. 5 Satz 4 FlERwV aF zustehende Ermessen bei der Auswahl zwischen der Klägerin und den Hauptintervenienten in einem in erster Instanz in das Verfahren eingeführten Vermerk vom 7. September 2006 zu Gunsten der Hauptintervenienten ausgeübt hat.

21 b) Diese Entscheidung wäre allerdings dann unbeachtlich, wenn die Voraussetzungen für eine Ermessensentscheidung der Beklagten nicht vorliegen. So verhielte es sich, wenn die Betriebskonzepte nicht gleichwertig wären, sondern das Konzept der Klägerin dem der Hauptintervenienten überlegen sein sollte. Denn in diesem Fall müsste der Klägerin nach § 4 Abs. 5 Satz 1 FlERwV aF der Vorzug vor den Hauptintervenienten gegeben werden. Zwar nimmt das Berufungsgericht an, dass keines der drei Betriebskonzepte als das bessere angesehen werden könne. Die Klägerin beanstandet mittels einer Gegenrüge aber zu Recht, dass diese Würdigung an einem revisionsrechtlich erheblichen Fehler leidet.

22 Nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung die von dem Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Solche Zweifel können sich auch aus der Möglichkeit unterschiedlicher Wertung ergeben, insbesondere daraus, dass das Berufungsgericht, wie hier, das Ergebnis einer erstinstanzlichen Beweisaufnahme anders würdigt als das Gericht der Vorinstanz. Wenn sich das Berufungsgericht von der Richtigkeit der erstinstanzlichen Beweiswürdigung nicht zu überzeugen vermag, ist es zu einer erneuten Tatsachenfeststellung verpflichtet. Hierzu bedarf es bei einem Sachverständigenbeweis einer erneuten Anhörung des Sachverständigen durch das Berufungsgericht immer dann, wenn es dessen Ausführungen abweichend von der Vorinstanz würdigen will, insbesondere ein anderes Verständnis der Ausführungen des Sachverständigen zugrunde legen und damit andere Schlüsse aus diesen ziehen will als der Erstrichter (BGH, Beschluss vom 24. März 2010 - VIII ZR 270/09, BauR 2010, 1095, 1096; Urteil vom 12. Oktober 1993 - VI ZR 235/92, NJW 1994, 803, 804; Urteil vom 8. Juni 1993 - VI ZR 192/92, NJW 1993, 2380 f.).

23 Eine solche abweichende Würdigung hat das Berufungsgericht hier vorgenommen, ohne den Sachverständigen erneut anzuhören. Das Landgericht ist auf der Grundlage eines schriftlichen Gutachtens nebst Ergänzungsgutachten des Sachverständigen Prof. Dr. K. und dessen insgesamt 16 Stunden dauernder Anhörung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Hauptintervenienten ein wesentlich weniger gutes Betriebskonzept abgeben haben als die Klägerin. Demgegenüber würdigt das Berufungsgericht die Feststellungen und Ausführungen des Sachverständigen dahin, dass die drei Betriebskonzepte, also auch das der Klägerin und der Hauptintervenienten, als im Wesentlichen gleichwertig im Sinne des § 4 Abs. 5 Satz 3 FlERwV aF

anzusehen seien. Die abweichende Würdigung beruht dabei nicht auf einem unterschiedlichen Verständnis der maßgeblichen Rechtsbegriffe, sondern darauf, dass das Berufungsgericht meint, bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung der Betriebskonzepte sei der qualitative Unterschied zwischen dem Konzept der Klägerin und demjenigen der Hauptintervenienten nicht in einem so deutlichen Maße vorhanden, wie dies der Sachverständige und das Landgericht angenommen hätten. Eine solche Würdigung konnte das Berufungsgericht ohne erneute Anhörung des Sachverständigen nicht vornehmen.

24 III. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dieses wird nach Anhörung des Sachverständigen erneut zu würdigen haben, ob die Betriebskonzepte der Klägerin und der Hauptintervenienten als gleichwertig anzusehen sind. Ist dies der Fall, kommt nach § 4 Abs. 5 Satz 3 FIERwV aF eine Entscheidung auf der Grundlage der aus dem Vermerk vom 1. September 2006 ersichtlichen Ermessensentscheidung der Beklagten zugunsten der Hauptintervenienten in Betracht. Voraussetzung hierfür ist, dass sich diese Entscheidung - wozu den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist - als ermessensfehlerfrei erweist und dass ein Verkauf an einen anderen, an dem Rechtsstreit nicht beteiligten Bewerber mit Altberechtigung nicht ernsthaft in Betracht kommt (siehe oben II. 2. b zur Revision der Nebenintervenientin). Gelangt das Berufungsgericht dagegen zu dem Ergebnis, das Betriebskonzept der Klägerin sei das bessere, kann diese nach § 4 Abs. 5 Satz 1 FIERwV aF den Verkauf des Waldes an sich verlangen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 307, 309, 535, 536, 539, 313, 683, 677, 684, 812 BGB;
Art. 120 GG; § 17 ASOG; § 17 GVG; § 148 ZPO
Gewerbliche Grundstücksrente zum Betrieb eines
Flughafens; unentdeckte Kampfmittel aus dem Zweiten
Weltkrieg; formularmietvertraglicher Gewährleistungsaus-
schluss; Störung der Geschäftsgrundlage;
Aufwendungsersatz für Mängelbeseitigungsmaßnahmen;
Kriegsfolgelasten; Altlasten; öffentlich-rechtliche GoA
Geschäftsführung ohne Auftrag; Gefahrenabwehr;
Kosten der Kampfmittelräumung**

1. Die Bundesrepublik Deutschland kann sich als Vermieterin gegenüber gewerblichen Mietern auch dann auf einen formularmäßig vereinbarten Gewährleistungsausschluss berufen, wenn der Mangel in der Belastung des Grundstücks mit Kampfmitteln aus dem Zweiten Weltkrieg besteht.

2. § 313 BGB ist im Anwendungsbereich der Gewährleistungsvorschriften auch dann unanwendbar, wenn ein Gewährleistungsausschluss vereinbart worden ist.

3. § 539 Abs. 1 BGB ist auf Aufwendungen des Mieters zur Mangelbeseitigung auch dann nicht anwendbar, wenn ein Gewährleistungsausschluss vereinbart worden ist.

4. Art. 120 Abs. 1 S. 1 GG gilt nur im Verhältnis zwischen dem Bund und den Ländern und begründet keine Ansprüche Dritter.

5. Ansprüche eines Landes gegen den Bund aus Art. 120 Abs. 1 S. 1 GG können an Private abgetreten werden.

6. Art. 120 Abs. 1 S. 1 GG begründet keine auf Freistellung gerichteten Ansprüche eines Landes gegen den Bund.

7. Zu den Voraussetzungen der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag und des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs.

8. Zur Frage, ob das Land Berlin öffentlich-rechtlich verpflichtet ist, im Boden aufgefundene Kampfmittel selbst zu beseitigen oder beseitigen zu lassen.

(KG, Urteil vom 14. 5. 2009 – 8 U 106/08)

Aus den Gründen: I. Die Berufung der Klägerin richtet sich gegen das am 5. Mai 2008 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin, auf das verwiesen wird.

Die Klägerin trägt zur Begründung der Berufung vor:

Sie habe einen Anspruch aus § 536 a BGB. Zutreffend habe das Landgericht die Kampfmittelbelastung als schweren Mangel gewertet. Sie habe gemäß § 2 Abs. 1 des Nutzungsvertrages das Recht, auch die Grünflächen zu flughafenbetriebsspezifischen Zwecken zu nutzen und bauliche Arbeiten zu diesen Zwecken zu verwirklichen. Bei der Herstellung der notwendigen Leitlinienbefeuerung habe sie Leib und Leben der Arbeiter riskieren müssen. Der Fund von Kampfmitteln, die geeignet seien zu detonieren, stelle stets eine unmittelbare Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung dar. Daraus folge unverzüglicher Handlungsbedarf und die Notwendigkeit unverzüglicher Gefahrenabwehr. Auch die Sicherheit des Flughafens und damit Leib, Leben und Unversehrtheit von unbeteiligten Dritten sei in erheblichem Maße riskiert worden, da zu keinem Zeitpunkt festgestanden habe, dass nicht auch die Rollbahnen, das Vorfeld und die Start- und Landebahnen von Kampfmitteln belastet seien. Der Gewährleistungsausschluss in § 1 Abs. 2 des Nutzungsvertrages sei aber nach §§ 307 Abs. 2, 309 Nr. 7 b BGB unwirksam. § 9 Abs. 1 des Nutzungsvertrages regle die gesamte Instandhaltung und Instandsetzung und stelle nicht allein auf nachträgliche Mängel ab. Außerdem müsse der Einwand der Treuwidrigkeit wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens beachtet werden. Das Gelände sei auch schon zu Zeiten des Deutschen Reichs zum Flugbetrieb genutzt worden. Die Beklagte sei teildientlich mit dem Deutschen Reich und könne sich nicht darauf berufen, keine Kenntnis von der Kampfmittellage gehabt zu haben. Jedenfalls hätte sie sich vor der Vermietung über den Zustand ihres Eigentums Gewissheit verschaffen oder die Klägerin über ihre Unkenntnis aufklären müssen. Außerdem gebe es ein objektiv krasses Missverhältnis des übernommenen Altlastenrisikos zum eigenen Leistungsversprechen der Klägerin. Durch die Kampfmittel sei wegen der erheblichen Gefährdungslage für alle Beteiligten des Flughafenbetriebs der Vertragszweck gefährdet gewesen. Es sei unerheblich, dass der Streithelfer die Fläche des Flughafens als „betretungssicher“ bezeichnet habe. Es könne sich auf dem Flughafen zwar nicht jedermann frei bewegen. Das schließe aber die Gefährdung von Arbeitern, Passagieren und Flugpersonal nicht aus, der nur mit der unverzüglichen Beseitigung der Kampfmittel habe begegnet werden können. Die vertragsgemäße Nutzung der Klägerin wäre ohne die Kampfmittelberäumung zumindest in erheblichem Maße eingeschränkt gewesen. Auf die wirksame Übernahme des Verwendungsrisikos durch die Klägerin komme es nicht an. Die Realisierung des Altlastenrisikos begründe den Wegfall oder zumindest die Anpassung der Geschäftsgrundlage und hebe jedenfalls die vereinbarte Haftungsregelung auf. Deshalb habe die Beklagte auf Grundlage der gültigen Verwaltungsvorschriften zum Allgemeinen Kriegsfolgengesetz die Kostenpflicht für die Abwendung von Gefahren für Leib und Leben und Gesundheit von Menschen zu tragen, auch wenn sich diese erst durch eine spätere Bebauung des Grundstücks realisiert habe. Außerdem seien nach § 1 Abs. 2 des Nutzungsvertrages selbst grob fahrlässige Beschaffenheitsmängel von der Gewährleistung ausgeschlossen. Die klägerischen Arbeiten und die Benutzung des Flughafengeländes hätten eine konkrete Gefahr für Leib und Leben der Beschäftigten und Nutzer dargestellt, so dass vor jeder Durchführung von Bauarbeiten Kampfmittelberäumungsarbeiten durchzuführen gewesen seien.

Der Anspruch ergebe sich auch aus §§ 539 Abs. 1, 683, 677 BGB. Der entgegenstehende Wille der Beklagten sei unbeachtlich. Die Erfüllung der Pflicht der Beklagten habe im öffentlichen Interesse gelegen. Es habe eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (unmittelbare Gefährdung des Lebens, der Gesundheit oder anderer Rechtsgüter) bestanden, das Abwarten der Pflichterfüllung durch die Beklagte hätte den Eintritt eines Schadens sehr wahrscheinlich gemacht. Diese Gefahrenlage könne nicht allein auf die ersten Kampfmittelfunde

eingeschränkt werden, da aus Sicht eines unbeteiligten Dritten bei Kampfmittelfunden auf einem Teilgelände des Flughafens weitere Funde und die Kontamination des gesamten Flughafens nicht ausgeschlossen werden könnten, insbesondere wegen der Nutzung des Geländes zum Flugbetrieb zu Zeiten des Deutschen Reichs. Auf die Auffassung der zuständigen Ordnungsbehörde im September 2004 und deren eigene Untätigkeit komme es nicht an. Die Bauarbeiten hätten unverzüglich gestoppt, die vom Kampfmittelfund betroffenen Flächen abgesperrt werden müssen.

Der Anspruch folge jedenfalls aus §§ 684, 812 ff. BGB. Zwar seien die getätigten Aufwendungen nicht zwingend als entsprechende Ertragswertsteigerung anzusehen. Hier könne aber der Ausnahmefall angenommen werden, dass sich der Aufwendungsersatz mit der Ertragswertsteigerung decke. Es sei jedenfalls ein Geschäft des Streithelfers geführt worden. Aufgrund der „Staatspraxis“ seien die Kosten von der Beklagten zu erstatten. Es sei aber nicht zutreffend, dass die Klägerin sich nur an den Streithelfer halten könne.

Auch aus Art. 120 GG folge ein unmittelbarer Anspruch der Klägerin. Bei der Beseitigung von Kampfmitteln handele es sich um Kriegsfolgelasten. Auch bei Inanspruchnahme eines Grundstückseigentümers habe letztlich die Beklagte die Kosten zu tragen, da die Kampfmittelberäumung durch den Grundstückseigentümer aufgrund hoheitlichen Handelns des Landes und als Aufgabe der Gefahrenabwehr erfolge. Der Grundstückseigentümer sei aber weder Handlungs- noch Zustandsstörer. Handlungsstörer sei die Beklagte wegen Teilidentität mit dem untergegangenen Deutschen Reich. Die Klägerin sei auch nicht Zustandsstörerin, da sie nicht Eigentümerin der Kampfmittel sei. Sie sei mangels tatsächlicher Einwirkungsmöglichkeit auch nicht Inhaberin der tatsächlichen Gewalt gewesen. Sie habe zunächst nichts von der Munition gewusst und auch nach Entdeckung nicht darauf einwirken wollen, weil ihr das sogar verboten gewesen sei. Mangels Besitzwillens sei sie auch nie im Besitz der Kampfmittel gewesen. Daraus folge, dass die Beklagte die Kosten der Kampfmittelräumung tragen müsse, was Art. 120 Abs. 1 GG auch für Bürger regelt. Auf die systematische Einordnung in den Bereich der Finanzverfassung komme es nicht an.

Bei abschlägiger Entscheidung hätte die Klägerin einen Erstattungsanspruch gegen ihren Streithelfer jedenfalls aus berechtigter oder unberechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Streithelfer hätte demzufolge einen Kostenerstattungsanspruch gegen die Beklagte.

Der Streithelfer habe jetzt alle sich daraus ergebenden Ansprüche gegen die Beklagte an die Klägerin abgetreten, was die Klägerin angenommen habe. Der Streithelfer hätte die Arbeiten als Ordnungsbehörde selbst oder durch eine Spezialfirma durchführen lassen müssen, § 17 ASOG. Dann wären ihm grundsätzlich sämtliche Kosten durch die Beklagte erstattet worden. Der Streithelfer hätte letztlich nichts anderes getan als die von der Klägerin beauftragten Unternehmen zu beauftragen. Deshalb habe die Klägerin (auch) ein Geschäft des Streithelfers wahrgenommen. Sie habe auch im Interesse des Streithelfers gehandelt, da sie die ordnungsbehördliche Gefahr auf das Beste gebannt habe. Der Entschädigungsanspruch des Streithelfers gegen die Beklagte sei abgetreten worden. Öffentlich-rechtliche Forderungen könnten auch abgetreten werden, Besonderheiten seien hier nicht ersichtlich.

Der Streithelfer trägt vor:

Der Anspruch der Klägerin ergebe sich unmittelbar aus Art. 120 GG. Es gebe keinen rechtlichen Grundsatz, dass nur Träger öffentlicher Gewalt Anspruchssteller sein könnten. Die Beklagte sei Handlungsstörerin, weil sie mit dem Deutschen Reich (teil-)identisch sei und sich dessen Gefahren verursachende Handlungen zurechnen lassen müsse. Wegen der Verantwortlichkeit des Deutschen Reichs für den Krieg gelte dies auch für Kampfmittel alliierter Streitkräfte.

Jedenfalls ergebe sich der Anspruch aus abgetretenem Recht des Streithelfers. Der Streithelfer habe die entsprechenden Ansprüche mit Anwaltschreiben vom 21. Juli 2008 abgetreten. Die Klägerin habe die Abtretung mit Anwaltschreiben vom 31. Juli 2008 angenommen. Der Vortrag sei nicht verspätet, weil die Abtretung erst nach dem Abschluss des Verfahrens vor dem Landgericht erfolgt sei und der Streithelfer vorher nicht zu dieser Erklärung bereit gewesen sei. Wenn es sich hierbei um eine Klageänderung handele, sei diese sachdienlich, da die sachliche Erledigung des Streitfalls gefördert werde, weil die Klägerin anderenfalls neu klagen müsse. Das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht sei vorgreiflich. Wegen § 17 Abs. 2 S. 1 VVG müsse das angerufene Gericht auch über verfassungsrechtliche Ansprüche entscheiden.

Die Klägerin und ihr Streithelfer beantragen, die Beklagte unter Abänderung des am 5. Mai 2008 verkündeten und am 14. Mai 2008 zugestellten Urteils des Landgerichts Berlin, Aktenzeichen 12 O 215/06, zu verurteilen, an die Klägerin Euro 2.697.642,10 nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank gemäß nachfolgender Staffel [vom Abdruck wird abgesehen, *Red.*] zu zahlen:

Sie beantragen ferner, den Rechtsstreit auszusetzen im Hinblick auf das zwischen der Klägerin und dem Streithelfer anhängige Verwaltungsgerichtsverfahren.

Die Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil und führt hierzu aus:

Die Klägerin habe bei Abschluss des Nutzungsvertrages davon ausgehen müssen, dass das Flughafengelände nicht kampfmittelfrei sei. Deshalb sei diese Eigenschaft der Mietsache für die Klägerin vorhersehbar gewesen. Der nach sehr langwierigen Vertragsverhandlungen vereinbarte Gewährleistungsausschluss sei deshalb wirksam. Für § 536 a BGB fehle es schon am Verzug der Beklagten. Es handele sich daher um eine eigenmächtige Ersatzvornahme, deren Kosten die Klägerin selbst tragen müsse. Die Voraussetzungen für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage lägen nicht vor, zumal die Klägerin aus dem Betrieb des Flughafens erhebliche Überschüsse erzielt habe. Die Nutzung des Flughafens sei nicht wirtschaftlich unmöglich geworden.

Auch die Voraussetzungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag lägen nicht vor. Die Beklagte sei nicht mit der Durchführung der Arbeiten durch die Klägerin einverstanden gewesen, weil sie damit jegliche Kontrolle aus den Händen gegeben hätte. Für eine besondere Gefahrenlage sei nichts ersichtlich. Die Klägerin habe kein Geschäft der Beklagten besorgt, weil diese für die Durchführung von Munitionsbergungsarbeiten unzuständig sei, weshalb die Voraussetzungen einer unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vorlägen. Die allgemeinen Ausführungen der Klägerin zur Detonationsfreudigkeit von Kampfmitteln seien unsubstantiiert. Eine besondere Gefahrenlage habe nicht bestanden, diese sei für die Ansprüche auch unerheblich. Die Klägerin sei im Vergleich zum vertraglich vereinbarten Nutzungsentgelt nicht völlig unverhältnismäßig und unzumutbar wirtschaftlich belastet.

Bauliche Mängel und deren Folgen könnten letztlich immer eine Gefahr darstellen, auch in Fällen, in denen der Mieter wegen eines vertraglich wirksamen Gewährleistungsausschlusses hierfür einzustehen habe. Schon nach dem Vortrag der Klägerin sei bei fachgerechter Durchführung der Kampfmittelräumung eine über das allgemeine Risiko derartiger Arbeiten hinausgehende Gefährdung ausgeschlossen gewesen. Es wäre möglich gewesen, die mutmaßlich betroffenen Teile des Flughafengeländes abzusperren und die Beklagte zu informieren.

Ein Anspruch aus Art. 120 GG bestehe nicht. Die Beklagte sei nicht Handlungsstörerin, weil auch Kampfmittel der alliierten Streitkräfte vorhanden gewesen seien. Die Klägerin sei Inhaberin der tatsächlichen Gewalt über das Grundstück gewesen und habe die Verkehrssicherungspflicht wirksam übernommen. Deshalb sei sie Zustandsstörerin.

Die Abtretung bestreitet sie mit Nichtwissen. Sie meint, der Vortrag hätte bereits in erster Instanz erfolgen müssen. Jedenfalls liege eine nicht sachdienliche Klageänderung vor. Mangels eigener Aufwendungen oder eines eigenen Schadens des Streit Helfers bestehe auch kein Anspruch. Zudem handele es sich nicht um einen zivilrechtlichen Anspruch, so dass der Zivilrechtsweg nicht eröffnet sei.

II. Die Berufung ist unbegründet (§ 513 Abs. 1 ZPO). Das angefochtene Urteil beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO). Die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen auch keine andere Entscheidung.

Der geltend gemachte Anspruch steht der Klägerin bereits dem Grunde nach weder aus eigenem noch aus abgetretenem Recht zu.

I. Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch aus eigenem Recht nicht zu.

a) Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, dass sich aus § 536 a BGB kein Anspruch der Klägerin ergibt.

aa) Mit dem Landgericht ist allerdings davon auszugehen, dass die Belastung der Mietfläche mit Kampfmitteln einen Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 BGB darstellt, der die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch mindert. Gemäß § 2 Abs. 1 des Nutzungsvertrages ist Nutzungszweck der Betrieb eines Flughafens. Es kommt im Ergebnis nicht darauf an, ob die vorhandenen Kampfmittel auch unabhängig von den durchgeführten Bauarbeiten eine Gefährdung und damit eine Tauglichkeitsminderung darstellten, da die Klägerin befugt war, bauliche Veränderungen an der Mietfläche vorzunehmen, die dem Nutzungszweck dienten. Eine ausdrückliche Regelung enthält der Nutzungsvertrag hierzu zwar nicht. Die Befugnis der Klägerin ergibt sich aber aus dem Zusammenhang. Wegen anderer Flächen des Flughafens besteht zwischen den Parteien ein Erbbaurechtsvertrag, der in § 6 Abs. 1 die Errichtung von Gebäuden und Anlagen für den Flugverkehr ausdrücklich zulässt. Der Nutzungsvertrag sollte nach der Vorstellung der Parteien eine räumliche Erweiterung des Erbbaurechtsvertrages ersetzen, so dass er mangels entgegenstehender Regelung so auszulegen ist, dass Bauarbeiten wegen Anlagen für den Flugverkehr vom vertraglichen Nutzungszweck erfasst sind.

bb) Das Landgericht hat jedoch zutreffend festgestellt, dass ein Anspruch der Klägerin an dem wirksam vereinbarten Gewährleistungsausschluss scheitert.

aaa) § 1 Abs. 2 des Nutzungsvertrages enthält einen Gewährleistungsausschluss für anfängliche Mängel. Dieser ist unabhängig davon wirksam, ob es sich hierbei um eine Allgemeine Geschäftsbedingung (§ 305 Abs. 1 BGB) handelt, was zwischen den Parteien streitig ist.

Die Klausel ist nicht nach § 309 Nr. 7 b BGB unwirksam, weil diese Vorschrift gemäß § 310 Abs. 1 S. 1 BGB unanwendbar ist, da die Klägerin Unternehmerin (§ 14 BGB) ist.

Die Klausel ist auch nicht gemäß § 307 BGB unwirksam. Der formularmäßige vollständige Ausschluss der Haftung für anfängliche Sachmängel stellt in einem Gewerbemietvertrag keine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar (vgl. BGH NJW 2002, 3232 = GE 2002, 1191 [= GuT 2003, 8]). Die Gültigkeit der Regelung hängt nicht davon ab, ob und welche Untersuchungen die Beklagte vor Vertragsabschluss vorgenommen hat, zumal die Klägerin die Mietflächen bei Abschluss des Nutzungsvertrages bereits mehr als neun Jahre lang genutzt hatte und deshalb selbst in der Lage gewesen wäre, die Bereiche auf Kampfmittel zu untersuchen. Die Beklagte musste auch nicht von sich aus darüber aufklären, dass sie keine Untersuchungen vorgenommen hatte. Auf § 9 Abs. 1 des Nutzungsvertrages kommt es nicht an, weil die Regelung sich nur auf die Gebäude, baulichen Anlagen und Einrichtungen bezieht, nicht jedoch auf das Grundstück als solches.

bbb) Die Klägerin kann nicht wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 und 2 BGB eine Änderung des Vertrages verlangen. § 313 BGB ist im Anwendungs-

bereich der Gewährleistungsvorschriften unanwendbar (vgl. BGH NZM 2008, 462 [= GuT 2008, 128]). Das gilt auch dann, wenn – wie hier – ein Gewährleistungsausschluss vereinbart worden ist (vgl. BGH NJW 1986, 2824; Grüneberg in Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, § 313 Rn. 12).

ccc) Das Landgericht hat auch zutreffend ausgeführt, dass die Beklagte nicht gemäß § 242 BGB daran gehindert ist, sich auf den Gewährleistungsausschluss zu berufen. Dass die aktuellen Vertreter der Beklagten bei Abschluss der Nutzungsvereinbarung konkrete Kenntnisse von einer Kampfmittelbelastung der Mietfläche hatten, ist nicht dargetan worden. Ob sich die Beklagte insoweit als Rechtsnachfolgerin des Deutschen Reichs behandeln lassen muss, kann dahinstehen. Zwar muss sich eine juristische Person des öffentlichen Rechts entsprechend § 166 Abs. 1 BGB das Wissen ihrer vertretungsberechtigten Organe zurechnen lassen (vgl. BGH NJW 1990, 975). Es ist aber schon nicht ersichtlich, welches vertretungsberechtigte Organ des Deutschen Reichs (auf die Kenntnisse der jeweils im Zweiten Weltkrieg eingesetzten einzelnen Soldaten kommt es insoweit nicht an) konkrete Kenntnisse davon hatte, welche Kampfmittel genau von den Soldaten der Wehrmacht oder gar von den Alliierten an welcher Stelle eingesetzt worden sind. Jedenfalls kommt eine Wissenszurechnung nach dem Ausscheiden des jeweiligen Organvertreters nur in Betracht, wenn es sich um typischerweise aktenmäßig festgehaltenes Wissen handelt (vgl. BGH NJW 1990, 975, 976). Die Klägerin hat aber nicht vorgebracht, dass im Zweiten Weltkrieg (gerade in der Endphase) typischerweise aktenmäßig festgehalten wurde, wann und wo genau welche Kampfmittel von der eigenen Seite bzw. vom Gegner jeweils eingesetzt wurden. Hinzu kommt, dass nicht ersichtlich ist, dass die Beklagte wusste, ob und ggf. in welchem Umfang die französische Militärregierung Streitkräfte bzw. der Streithelfer nach dem Zweiten Weltkrieg wegen vorhandener Kampfmittel Maßnahmen ergriffen haben.

Allgemein bekannte historische Fakten wie die Nutzung des Geländes in der Vergangenheit und die Tatsache, dass im Zweiten Weltkrieg in Berlin und auch auf dem Gelände des heutigen Flughafens T. schwere Kämpfe stattgefunden haben, bei denen eine Vielzahl verschiedenster Kampfmittel eingesetzt wurden, rechtfertigen es nicht, wegen § 242 BGB den Gewährleistungsausschluss nicht anzuwenden.

b) Der geltend gemachte Anspruch folgt auch nicht aus §§ 539 Abs. 1, 677, 683 S. 1, 670 BGB.

aa) Ein Anspruch aus §§ 539 Abs. 1, 677, 683 S. 1, 670 BGB scheidet schon deshalb aus, weil § 539 Abs. 1 BGB auf Aufwendungen des Mieters zur Mängelbeseitigung gar nicht anwendbar ist (vgl. BGH NJW 2008, 1216, 1217 = GE 2008, 325 [= WuM 2008, 146 = GuT 2008, 156 KL]; Weidenkaff in Palandt, BGB, 68. Aufl. 2009, § 539 Rn. 2; Riecke in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl. 2009, § 539 Rn. 3; Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl. 2008, § 539 BGB Rn. 2; Schach jurisPR-MietR 7/2008 Anm. 2). Daran ändert sich durch den vereinbarten Gewährleistungsausschluss nichts, zumal § 539 Abs. 1 BGB auch stillschweigend abbedungen werden kann (vgl. BGH NJW-RR 2007, 1309 = GE 2007, 1049 [= WuM 2007, 443 = GuT 2007, 315 KL]) und die Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses zeigt, dass nach dem Willen der Parteien der Vermieter mit den Kosten für die Beseitigung anfänglicher Mängel nicht belastet werden soll.

bb) Im Übrigen liegen die Voraussetzungen der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vor, da jedenfalls die Übernahme der Geschäftsführung durch die Klägerin nicht dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen der Beklagten entsprach, § 683 S. 1 BGB.

Die Beklagte hat mit Schreiben vom 6. September 2004 geäußert, dass ausschließlich der Streithelfer für die Beräumung der Kampfmittel zuständig sei und sie nicht verpflichtet sei, die Kosten zu tragen. Diese Äußerung ist allerdings unbeachtlich,

weil es auf den Zeitpunkt der Übernahme der Geschäftsführung ankommt (vgl. Seiler in Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 683 Rn. 11).

Mangels anderer Anhaltspunkte ist mutmaßlich der Wille, der objektiv dem Interesse des Geschäftsherrn entspricht (vgl. BGH NJW-RR 1989, 970), wobei zu beachten ist, dass es darauf ankommt, ob gerade die Besorgung des Geschäfts durch den Geschäftsführer für den Geschäftsherrn dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht (vgl. BGH LM § 683 Nr. 3; Kandelhard in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 3. Aufl. 2007, § 539 BGB Rn. 22). Dies hat das Landgericht mit zutreffender Begründung, auf die verwiesen wird, verneint.

Auch § 679 S. 1 BGB steht dem nicht entgegen. Die Klägerin hat keine Pflicht der Beklagten, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, erfüllt. Auf Gefahren, die von den Kampfmitteln ausgingen, kommt es nicht an, weil die Klägerin in § 7 Abs. 2 S. 1 des Nutzungsvertrages die Verkehrssicherungspflicht übernommen hat.

c) Die Klägerin hat gegen die Beklagte aus den zutreffenden Erwägungen des erstinstanzlichen Urteils, auf die verwiesen wird, auch keinen Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen aus §§ 684 S. 1, 818 Abs. 2 BGB.

d) Ein eigener Anspruch der Klägerin ergibt sich auch nicht aus Art. 120 Abs. 1 S. 1 GG.

Wegen § 17 Abs. 2 S. 1 GVG sind auch öffentlich-rechtliche Ansprüche von den Zivilgerichten zu prüfen.

Allerdings gilt Art. 120 Abs. 1 S. 1 GG nur im Verhältnis zwischen dem Bund und den Ländern, begründet jedoch nach allgemeiner Ansicht keine Ansprüche Dritter, was sich nach aktueller Fassung auch aus Art. 120 Abs. 1 S. 5 GG ergibt (vgl. BVerfGE 113, 167, 211; BVerfGE 14, 221; BVerwG DÖV 1962, 107; BVerwG KStZ 1959, 207, 209; Siekmann in Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 120 Rn. 6, 8; Schenke in Sodan, GG, 2009, Art. 120 Rn. 2; Kaltenborn in Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar zum GG, Stand 01.02. 2009, Edition 3, Art. 120 Rn. 3; Masing in Dreier, GG, 2. Aufl. 2008, Art. 120 Rn. 8; Rodenbach in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 120 Rn. 3; Ruhe in Hömig, GG, 8. Aufl. 2007, Art. 120 Rn. 1; Leibholz/Rinck, GG, Stand 47. Lieferung November 2007, Art. 120 Rn. 1; Muckel in von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 120 Rn. 4, 22; Schaefer in von Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2003, Art. 120 Rn. 1, 3; Axer in Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Stand 8. Ergänzungslieferung April 2003, Art. 120 Rn. 3, 19; Umbach in Umbach/Clemens, GG, 2002, Art. 120 Rn. 5; Maunz/Dürig, GG, Stand 8. Lieferung März 1966, Art. 120 Rn. 4 f., 18).

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Juni 2006 zu 3 A 6.05 (NVwZ-RR 2007, 75) ändert daran nichts, da es zwischen einem Land und dem Bund ergangen ist und keine Aussage zu etwaigen Ansprüchen Dritter enthält.

Aus den eingereichten Verwaltungsvorschriften (VV-AKG) ergibt sich nichts anderes.

2. Der geltend gemachte Anspruch ergibt sich auch nicht aus abgetretenem Recht.

a) Das neue Vorbringen der Klägerin zur Abtretung ist gemäß § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO zuzulassen. Die Abtretungserklärungen wurden nach ihrem Vortrag erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz abgegeben. Nach überwiegender Auffassung in der Literatur ist Vorbringen zu Umständen, die erst nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, immer zuzulassen (vgl. Heßler in Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 531 Rn. 31; Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 67. Aufl. 2009, § 531 Rn. 13, 16; Ball in Musielak, ZPO, 6. Aufl. 2008, § 531 Rn. 19; Hirtz in Eichele/Hirtz/Oberheim, Berufung im Zivilprozess, 2. Aufl. 2008, Kap. VII Rn. 156; Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 29. Aufl. 2008, § 531 Rn. 16; Rimmelspacher in Münchener Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2007, § 531 Rn. 24; Wöstmann in Saenger, ZPO, 2. Aufl. 2007, § 531 Rn. 9). Nach anderer Auf-

fassung soll es gerade bei der Abtretung darauf ankommen, ob sie schon erstinstanzlich möglich gewesen wäre (vgl. OLG Karlsruhe OLGR 2004, 309; Gerken in Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 2004, § 531 Rn. 34). Welcher Auffassung zu folgen ist, kann offenbleiben, da der Streithelfer unstreitig erstinstanzlich noch nicht zur Abtretung bereit war und die Klägerin daher nicht nachlässig gehandelt hat.

Da sich die Klägerin jetzt auch auf Abtretung stützt, liegt eine Klageänderung vor, die sachdienlich ist (§ 263 ZPO), weil durch die Mitberücksichtigung ein neuer Prozess vermieden wird und die bisherigen Prozessergebnisse verwertbar bleiben (vgl. Greger in Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 263 Rn. 7, 13).

b) Der Streithelfer hat Ansprüche gegen die Beklagte abgetreten, § 398 BGB. Zwar durfte die Beklagte die Abtretungserklärungen mit Nichtwissen bestreiten, § 138 Abs. 4 ZPO, da sie hieran nicht beteiligt war und keine Wahrnehmungen hierzu hatte. Der Streithelfer hat jedoch die Abtretungserklärungen in Kopie eingereicht. Beide an der behaupteten Abtretung beteiligten Parteien sind auch am Rechtsstreit beteiligt und haben die Abtretung übereinstimmend vorgetragen. Deshalb ist der Senat auch ohne Beweisaufnahme von der Vereinbarung zwischen der Klägerin und ihrem Streithelfer überzeugt, § 286 Abs. 1 ZPO.

c) Ansprüche des Streithelfers gegen die Beklagte aus Art. 120 Abs. 1 S. 1 GG sind abtretbar. Auch öffentlich-rechtliche Forderungen sind grundsätzlich abtretbar (vgl. BGH DtZ 1995, 402). Soweit (wie hier) besondere öffentlich-rechtliche Vorschriften fehlen, sind – unter Berücksichtigung der Besonderheiten des öffentlichen Rechts – die §§ 398 ff. BGB entsprechend anwendbar (vgl. BVerwG NJW 1993, 1610). Die Abtretung öffentlich-rechtlicher Forderungen an Private kann problematisch sein, wenn die Forderung nur durch die Ausübung hoheitlicher Befugnisse (Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe, Ermessensausübung) entsteht, wenn der Charakter der Geldschuld die Vollstreckung allein durch den Staat gebietet, weil sie untrennbar mit seinem Straf- bzw. Zwangsmonopol verbunden ist, wenn Ansprüche gegen Bürger nicht auf Zahlung gerichtet sind oder wenn die Abtretung zu einer Umgehung der öffentlich-rechtlichen Verfahrens- und Zuständigkeitsordnung führen würde (vgl. Ohler DÖV 2004, 518, 519; VG Düsseldorf NJW 1981, 1283). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Der Anspruch aus Art. 120 Abs. 1 S. 1 GG richtet sich nicht gegen Bürger und setzt nicht voraus, dass das jeweilige Land hoheitliche Befugnisse ausübt, so dass auch der Charakter des Anspruchs der Abtretung nicht entgegensteht. Besondere Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften für die Geltendmachung des Anspruchs bestehen nicht.

Freistellungsansprüche können an den Gläubiger der Verbindlichkeit, von der freigestellt werden soll, abgetreten werden und wandeln sich dabei in einen auf die geschuldete Leistung gerichteten Anspruch um (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 1954 zu I ZR 34/53, juris Rn. 16).

d) Ein abtretbarer Anspruch des Streithelfers gegen die Beklagte existiert allerdings nicht. Nach Art. 120 Abs. 1 S. 1 GG hat die Beklagte zwar im Verhältnis zu den Ländern die „Aufwendungen“ für Kriegsfolgelasten zu tragen. Das setzt aber voraus, dass diese Aufwendungen dem betroffenen Land bereits entstanden sind, so dass eine Erstattung in Betracht kommt, zumal anerkannt ist, dass die Beklagte die Länder verpflichten kann, Leistungen zu erbringen, um dann die entstandenen Aufwendungen zu erstatten (vgl. BVerfGE 9, 305, 317 f.; Siekmann in Sachs a. a. O., Rn. 16; Masing in Dreier a. a. O.; Maunz/Dürig a. a. O., Rn. 8). Auch das Bundesverwaltungsgericht (NVwZ-RR 2007, 75) spricht von einem Erstattungsanspruch der Länder. Hier sind dem Streithelfer keine Aufwendungen entstanden, da er die Kampfmittelbeseitigung weder selbst durchgeführt noch Zahlungen hierfür geleistet hat.

Aus den eingereichten Verwaltungsvorschriften (VV-AKG) ergibt sich nichts anderes.

e) Selbst wenn man annehmen würde, dass sich aus Art. 120 Abs. 1 S. 1 GG auch Ansprüche des Streithelfers gegen die Be-

klage auf Freistellung von Ansprüchen der Klägerin ergeben könnten, änderte sich nichts, weil Ansprüche der Klägerin gegen ihren Streithelfer, von denen freigestellt werden müsste, nicht existieren.

aa) Die Klägerin hat keinen Anspruch gegen ihren Streithelfer aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB. Zwar kann eine öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag, die zur entsprechenden Anwendung von §§ 677 ff. BGB führt, auch dann vorliegen, wenn ein Privater Aufgaben wahrnimmt, die objektiv zum Pflichtenkreis eines Trägers der öffentlichen Verwaltung gehören (vgl. BGH BGHR 2004, 305, 306). Allerdings liegen die Voraussetzungen nicht vor, wobei an dieser Stelle dahinstehen kann, ob die Kampfmittelberäumung überhaupt ein Geschäft des Streithelfers war.

aaa) Die Geschäftsführung entsprach nicht dem Willen des Streithelfers, § 683 S. 1 BGB. Wie oben ausgeführt, kommt es dabei darauf an, ob der Geschäftsherr will, dass der Geschäftsführer das Geschäft gerade für ihn führt. Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin in der Klageschrift hat die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung, Bereich Altlasten, Referat X OA 2 (Kampfmittelräumdienst) auf die Meldung des Kampfmittelfundes vom 17. Mai 2004 kein Merkblatt über die u.U. kostenfreie Kampfmittelbeseitigung durch den Streithelfer selbst übergeben, sondern drei private Unternehmen mit entsprechender Qualifikation benannt. Daraus ergibt sich konkludent der Wille, dass die Kampfmittelberäumung nicht für den Streithelfer und auf dessen Kosten durchgeführt werden soll.

bbb) Die Geschäftsführung entsprach zudem nicht dem objektiven Interesse des Streithelfers. Auch hierbei kommt es darauf an, ob gerade die Tätigkeit des Geschäftsführers im objektiven Interesse des Geschäftsherrn liegt (vgl. BGH NJW 1978, 1258, 1259). Dies ist nicht der Fall. Der Streithelfer konnte grundsätzlich mit der Möglichkeit rechnen, eigene Aufwendungen von der Beklagten ersetzt zu bekommen. Es war daher objektiv in seinem Interesse, dass er bei der Kampfmittelbeseitigung für ihn (anders als bei einer Kampfmittelbeseitigung auf Veranlassung und für Rechnung eines Dritten, der Klägerin) die maßgeblichen Entscheidungen selbst beeinflussen kann, um sicherzustellen, dass die einschlägigen Verwaltungsvorschriften (VV-AKG) beachtet werden.

ccc) § 679 BGB führt nicht zu einer anderen Bewertung. Die Vorschrift kann nur den Willen, nicht aber das Interesse des Geschäftsherrn ersetzen. Zudem ist nicht ersichtlich, dass anderenfalls eine im öffentlichen Interesse liegende Pflicht des Streithelfers nicht rechtzeitig hätte erfüllt werden können. Eine unmittelbare Gefährdung des Flugverkehrs kann nicht angenommen werden, weil die Klägerin den Flugverkehr weder eingestellt noch eingeschränkt hat. Die unverzügliche Fortführung der Bauarbeiten lag zwar im Interesse der Klägerin, aber nicht im öffentlichen Interesse.

Weiterhin muss das öffentliche Interesse sich ebenfalls darauf beziehen, dass ein Privater anstatt der zuständigen Behörde tätig wird (vgl. BGH NJW 1978, 1258, 1259; BVerwG NJW 1989, 922). Dabei ist zu berücksichtigen, dass es grundsätzlich nicht angeht, dass ein Träger öffentlicher Verwaltung durch private Initiative im Hinblick auf das Ob und Wie einer konkreten Maßnahme vor vollendete Tatsachen gestellt wird, wenn ihm in dieser Hinsicht ein Ermessen eingeräumt ist. Die Prioritäten, die eine Behörde selbst setzen kann, dürfen folglich nicht überspielt werden durch private Initiativen, die den öffentlichen Haushalt hernach durch Aufwendungsersatzansprüche belasten. Zwar kann dennoch Geschäftsführung ohne Auftrag angenommen werden, insbesondere dann, wenn die Behörde nicht handelt. Es ist aber auch das Prinzip zu wahren, dass Instanzenwege eingehalten und Rechtsschutzmöglichkeiten ausgeschöpft werden, um eine zuständige Behörde zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben anzuhalten, bevor ein Privater an ihrer Stelle tätig wird. Im Einzelfall kann es auch zumutbar sein, zunächst um vorläufigen Rechtsschutz nachzusuchen (vgl. BVerwG NJW 1989,

922, 923). Hier hatte die Klägerin ihren Streithelfer nicht einmal ausdrücklich aufgefordert, die Kampfmittel selbst zu beseitigen. Bei einer ablehnenden Antwort wäre es auch zumutbar gewesen, um vorläufigen Rechtsschutz nachzusuchen.

bb) Ein Anspruch der Klägerin gegen den Streithelfer ergibt sich auch nicht aus dem öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch.

aaa) Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch bildet die Parallele zum zivilrechtlichen Bereicherungsanspruch. Leistungen ohne Rechtsgrund und sonstige rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen müssen rückgängig gemacht werden. Auch dort, wo es an einer ausdrücklichen Regelung fehlt, gilt dieser unmittelbar aus dem Postulat wiederherstellender Gerechtigkeit fließende Rechtsgedanke. Hierzu dient der seit langem anerkannte öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch. Er setzt ebenso wie der zivilrechtliche Bereicherungsanspruch voraus, dass entweder „Leistungen ohne Rechtsgrund“ erbracht worden sind oder dass eine „sonstige rechtsgrundlose Vermögensverschiebung“ stattgefunden hat (vgl. BVerwG NJW 2006, 3225, 3226). Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch kann auch in Fällen, in denen die Voraussetzungen einer öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vorliegen, dazu führen, dass der Verwaltungsträger einen Ausgleich in der Höhe seiner tatsächlich ersparten Aufwendungen leisten muss (vgl. BVerwG NJW 1989, 922, 924).

bbb) Der Streithelfer hat sich aber keine eigenen Aufwendungen erspart, da er nicht gehalten war, die Kampfmittel selbst zu beseitigen.

Mangels spezieller Regelungen des Grundgesetzes sind die Länder für den Erlass von Rechtsvorschriften über die Kampfmittelbeseitigung zuständig, Art. 30 GG. In Berlin gibt es keine besonderen Rechtsvorschriften hierzu, so dass Rechtsgrundlage für ein Handeln des Streithelfers nur § 17 Abs. 1 ASOG sein konnte. Danach sind Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht zwingend von den Behörden selbst zu beseitigen. Es stand im Ermessen des Streithelfers (§ 12 ASOG), stattdessen die nach §§ 13, 14 ASOG Verantwortlichen in Anspruch zu nehmen und sie zur Beseitigung der Kampfmittel zu verpflichten.

Allerdings hätte der Streithelfer eine Beseitigungsanordnung nicht gegen die Beklagte in ihrer Eigenschaft als Handlungsverantwortliche richten dürfen, § 13 Abs. 1 ASOG. Zwar ist die Beklagte mit dem Deutschen Reich teildientisch. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 AKG sind jedoch auch materielle Ordnungspflichten des Deutschen Reichs wegen Störungen erloschen, die ausschließlich an das Verhalten des Deutschen Reichs anknüpfen (vgl. BVerwG NVwZ 2006, 354; a.A. Peine DVBl 1990, 733, 737 f.).

Der Streithelfer hätte aber eine Beseitigungsanordnung gegen den jeweiligen Eigentümer als Zustandsverantwortlichen richten dürfen, § 14 Abs. 3 S. 1 ASOG. Dies war bis zum 31. Dezember 2004 die Beklagte. Das Eigentum an den vermieteten Grundstücksflächen ist gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 des Gesetzes über die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (BImAG) zum 1. Januar 2005 kraft Gesetzes auf die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (BImA), eine bundesunmittelbare rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 BImAG), übergegangen, da die Flächen im Eigentum der Beklagten standen und – wie sich schon aus den geschlossenen Verträgen ergibt – zum Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Finanzen gehörten.

Der Eigentümer eines Grundstücks ist für dessen ordnungsgemäßen Zustand verantwortlich. Es kommt nicht darauf an, ob der polizeiwidrige Zustand durch den Eigentümer, einen Dritten oder höhere Gewalt verursacht worden ist. Bei einem mit Kampfmitteln belasteten Grundstück kann – insbesondere dann, wenn die Kampfmittel sich wie hier im Erdboden befinden – nicht zwischen einem „ungefährlichen Grundstück“ einerseits und „gefährlichen Kampfmitteln“ andererseits unterschieden werden. In diesen Fällen befindet sich das Grundstück selbst in einem ordnungswidrigen Zustand, das Grundstück bildet in sei-

ner Gesamtheit eine Gefahr. Auf die Frage, ob der Grundstückseigentümer zugleich Eigentümer der Kampfmittel ist (etwa gemäß §§ 946, 94 Abs. 1 BGB), kommt es nicht an (vgl. BVerwG, Beschluss vom 18. Juni 1998 zu 1 B 178.97, Buchholz 402.41 Allgemeines Polizeirecht Nr. 65; OVG Münster NWVB1 1998, 64 f.; a.A. Thilo DÖV 1997, 725, 727). Der jeweilige Eigentümer konnte zumindest rechtlich auf das Grundstück einwirken.

Der Streithelfer hätte auch grundsätzlich – begrenzt durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, § 11 ASOG – die Klägerin als weitere Zustandsverantwortliche in Anspruch nehmen können, da die Klägerin die tatsächliche Sachgewalt über das Grundstück und damit auch über die im Boden lagernde Munition hatte, § 14 Abs. 1 ASOG (für Kampfmittel im Boden a.A. Götz NVwZ 1998, 679, 688). Voraussetzung hierfür ist die nach der Verkehrsauffassung bestehende tatsächliche Sachherrschaft, auf einen Besitzbegründungswillen kommt es nicht an (vgl. Baller/Eiffler/Tschisch, ASOG, 2004, § 14 Rn. 9; Thilo DÖV 1997, 725, 728; zum vergleichbaren Abfallbesitz s. auch BVerwGE 67, 8, 12). Die Klägerin hatte die tatsächliche Sachherrschaft über das Grundstück, da sie die Möglichkeit hatte, Dritte vom eingezäunten Flughafengelände auszuschließen. Es kann nicht danach differenziert werden, ob die Klägerin auch die tatsächliche Sachherrschaft über die Kampfmittel hatte (s.o.). Zudem müsste auch bei isolierter Betrachtung der Kampfmittel tatsächliche Sachherrschaft der Klägerin angenommen werden, da sie in der Lage war, Dritte von der Einwirkung auf die im Boden befindlichen Kampfmittel auszuschließen, und – wie geschehen – über von ihr beauftragte Fachkräfte auf die Kampfmittel einwirken konnte.

ccc) Im Übrigen hat die Klägerin nicht dargelegt, welche Aufwendungen ihr Streithelfer bei eigener Beseitigung der Kampfmittel konkret gehabt hätte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Streithelfer nach dem eigenen Vortrag der Klägerin selbst einen Kampfmittelräumdienst unterhält, dessen Mitarbeiter er ohnehin bezahlen muss, so dass er nicht darauf angewiesen ist, ein privates Unternehmen hiermit zu beauftragen.

3. Dem Antrag der Klägerin und ihrer Streithelferin, die Verhandlung bis zur Erledigung des Rechtsstreits zwischen ihnen vor dem Verwaltungsgericht Berlin zu VG I A 54.06 auszusetzen, ist nicht stattgegeben worden, weil der Verwaltungsrechtsstreit nicht vorgreiflich ist, § 148 ZPO. Ein Anspruch des Streithelfers gegen die Beklagte aus Art. 120 Abs. 1 S. 1 GG besteht – wie oben ausgeführt – nicht, solange der Streithelfer keine Aufwendungen gehabt hat. Aufwendungen entstehen aber nicht dadurch, dass Zahlungsverpflichtungen gerichtlich festgestellt oder anerkannt werden, sondern erst mit der Zahlung.

Auch unabhängig hiervon sieht der Senat keinen Anlass für eine Aussetzung. Die Aussetzung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Bei der Ermessensausübung ist berücksichtigen, in welchem Umfang das Verfahren hierdurch verzögert wird (vgl. BGH NJW-RR 1992, 1149, 1150; KG KGR 1999, 95, 96; Greger in Zöller, ZPO, 27. Aufl. 2009, § 148 Rn. 7). Hier würde sich der zweitinstanzlich entscheidungsreife Zivilrechtsstreit durch die Aussetzung erheblich verzögern, weil der Verwaltungsrechtsstreit bereits seit mehr als drei Jahren erstinstanzlich anhängig ist und schon ein Abschluss in erster Instanz, geschweige denn die rechtskräftige Erledigung, nicht absehbar ist. Das Verwaltungsgericht hat bereits unter dem 27. Juli 2006 auf den dortigen langen Terminstand hingewiesen. Der Streithelfer hat hier im Schriftsatz vom 20. November 2008 angekündigt, für den Fall der Aussetzung beim Verwaltungsgericht erst die Fortführung des (zwar nicht förmlich ausgesetzten, aber derzeit offensichtlich nicht geförderten) Verfahrens zu beantragen. Angesichts dessen ist eine eigene Entscheidung durch den Senat sachgerecht.

4. [...] Revision ist nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe nicht vorliegen, § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO. Die Sache hat keine grund-

sätzliche Bedeutung. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist auch nicht wegen der Fortbildung des Rechts oder der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.

Die meisten der entscheidungserheblichen Rechtsfragen sind bereits durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bundesgerichtshofs oder Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich geklärt.

Zur Frage, ob eine nach Schluss der mündlichen Verhandlung erklärte Aufrechnung in der Berufungsinstanz zuzulassen ist, liegt eine höchstrichterliche Rechtsprechung zwar noch nicht vor. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs hierzu ist im vorliegenden Fall aber nicht erforderlich, weil hier beide Auffassungen, die in der Literatur und in der veröffentlichten Rechtsprechung vertreten werden, zum selben Ergebnis führen.

Weiterhin ist die Frage, ob sich aus Art. 120 Abs. 1 S. 1 GG auch Freistellungsansprüche eines Landes gegen den Bund ergeben können, noch nicht höchstrichterlich geklärt. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs hierzu ist im vorliegenden Fall aber nicht erforderlich, weil die Klage unabhängig hiervon aus anderen Gründen unbegründet ist.

Die Auslegung und Anwendung der Vorschriften des ASOG ist wegen § 545 Abs. 1 ZPO ohnehin nicht revisibel, da es sich um Landesrecht handelt, welches nur im Bezirk des Kammergerichts gilt.

Mitgeteilt von RiLG Niebisch, Berlin, und von RA Ziemann, Berlin

Hinw. d. Red.: Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen, Az. BGH XII ZR 109/09.

§ 536 BGB

Gewerberaumiete; Kinderarztpraxis; hohe Raumtemperatur im Sommer; Mangel; Mieteinbehaltung im vorhinein in Erwartung zeitanteiliger Mietminderung; AGB Beschränkung der Zurückbehaltung

Wirkt sich in einem Gewerberaummietvertrag ein Mangel nur periodisch erheblich auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache aus, ist der Mietzins auch nur in diesem Zeitraum kraft Gesetzes herabgesetzt.

(BGH, Urteil vom 15. 12. 2010 – XII ZR 132/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von dem Beklagten rückständige Miete.

2 Mit Vertrag vom 6. August 2001 vermieteten die Klägerin und ihr späterer Ehemann an den Beklagten für die Zeit vom 1. Oktober 2001 bis zum 30. September 2011 Räume zum Betrieb einer Kinderarztpraxis. Nach § 6 des Mietvertrages ist „eine Aufrechnung und Zurückbehaltung des Mieters gegenüber Forderungen auf Mietzins und Nebenkosten nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen zulässig.“

3 Der Beklagte kürzte erstmals im September 2008 und danach auch im Oktober und November 2008 die Miete mit der Behauptung, die Räume seien im Sommer wegen zu hoher Temperaturen nur eingeschränkt nutzbar.

4 Mit der Klage verlangt die Klägerin Zahlung der restlichen Miete für die Monate Oktober und November 2008 in Höhe von 695 € an sich und ihren Ehemann. Zur Zahlung der restlichen Septembermiete (170 €) ist der Beklagte bereits in einem gesondert geführten Rechtsstreit verurteilt worden.

5 Das Amtsgericht Lampertheim hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der vom Berufungsgericht [LG Darmstadt] zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

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

7 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt, es könne dahinstehen,

ob die Mieträume aufgrund einer in den Sommermonaten erfolgenden Aufheizung mangelhaft seien. Denn dem Beklagten stehe für die Monate Oktober und November 2008 ein Minderungsanspruch schon deshalb nicht zu, weil der Gebrauch der Mieträume in diesem Zeitraum unstreitig nicht durch Überhitzung beeinträchtigt und eine solche Beeinträchtigung auch nicht zu erwarten gewesen sei. Der unterstellte Mangel einer erheblichen Aufheizung der Mieträume bei hohen Außentemperaturen könne nur in den Sommermonaten, in denen erfahrungsgemäß mit einer Auswirkung des Mangels auf die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache zu rechnen sei, zur Minderung berechtigen. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut des § 536 BGB. Auch sei das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung in dem Zeitraum, in dem der Mangel nur latent vorhanden sei, nicht gestört. Denn die Klägerin müsse die Mietsache so bereitstellen, dass der Beklagte in der Lage sei, sie vertragsgemäß zu gebrauchen. Zum vertragsgemäßen Gebrauch sei der Beklagte während der Jahreszeiten, in denen sich der unterstellte Mangel objektiv nicht auswirke, ohne Einschränkung in der Lage. Deshalb sei bei Mängeln, die nur zu bestimmten Jahreszeiten aufträten, die Miete nur dann gemindert, wenn eine Beeinträchtigung zu erwarten sei.

8 Das Berufungsgericht hat die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, ob ein Mangel der Mietsache, der sich nur periodisch auswirke, zu einer ganzjährigen Minderung führe.

9 II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer rechtlichen Überprüfung stand.

10 Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung der restlichen Miete für die Monate Oktober und November 2008 an sich und ihren Ehemann.

11 1. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass eine Minderung der Miete in den Monaten Oktober und November 2008 schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil die Gebrauchstauglichkeit der Mieträume in diesem Zeitraum unstreitig nicht durch Überhitzung beeinträchtigt war.

12 a) Nach § 536 BGB ist der Mieter bei Vorliegen eines Mangels der Mietsache, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt oder nicht nur unerheblich mindert, von der Entrichtung der Miete befreit bzw. zur Entrichtung einer angemessen herabgesetzten Miete verpflichtet. Die Minderung tritt kraft Gesetzes ein (Senatsurteil vom 27. Februar 1991 - XII ZR 47/90 - NJW-RR 1991, 779, 780 [= WuM 1991, 544] mwN). Sie ist Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips und hat daher die Aufgabe, die Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen sicherzustellen (Senatsurteil BGHZ 176, 191 = NZM 2008, 609 [= GuT 2008, 280] - Rn. 20). Die Hauptleistungspflicht des Vermieters besteht darin, dem Mieter während der gesamten Mietzeit den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache zu ermöglichen (§ 535 Abs. 1 BGB). Als Gegenleistung schuldet der Mieter den vereinbarten Mietzins (§ 535 Abs. 2 BGB). Das Äquivalenzverhältnis der Leistungen ist deshalb gestört, wenn die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch wegen eines Mangels nicht nur unerheblich beeinträchtigt ist. Dabei ist ein Mangel der Mietsache jede nachteilige Abweichung des tatsächlichen Zustands von dem vertraglich vereinbarten Zustand, der ihre Gebrauchstauglichkeit beeinträchtigt (st. Rspr. Senatsurteile vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714, 1715 [= WuM 2000, 593]; vom 4. Mai 2005 - XII ZR 254/01 - NJW 2005, 2152 [= GuT 2005, 163] und vom 21. Juli 2010 - XII ZR 189/08 - NJW 2010, 3152 [= GuT 2010, 346] Rn. 13).

13 Von einer nicht nur unerheblichen Einschränkung des vertragsgemäßen Gebrauchs ist auch dann auszugehen, wenn der Mangel sich auf die Gebrauchstauglichkeit noch nicht unmittelbar auswirkt, aber die konkrete Gefahr besteht, dass er sie jederzeit erheblich beeinträchtigt (vgl. zu öffentlichrechtlichen Gebrauchsbeschränkungen: Senatsurteile vom 24. Oktober 2007 - XII ZR 24/06 - ZMR 2008, 274 [= GuT 2007, 434] und vom 23. September 1992 - XII ZR 44/91 - NJW 1992, 3226 [= WuM 1992, 687]; BGH Urteil vom 23. März 1983 - VIII ZR 336/81 - WPM 1983, 660; OLG Düsseldorf NZM 2003, 556 [= GuT 2002, 74]). Wirkt sich demgegenüber ein Mangel nur periodisch in einem vorhersehbaren Zeitraum erheblich auf die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache aus, ist der Mietzins auch nur in diesem Zeitraum kraft Gesetzes herabgesetzt (Münch-KommBGB/Häublein 5. Aufl. § 536 Rn. 30; Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 536 BGB Rn. 34; OLGR Rostock 2001, 281, 282; LG Berlin ZMR 1992, 302; aA Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 9. Aufl. § 536 BGB Rn. 325). Während der Zeit, in der die Mietsache trotz Vorliegens eines Mangels uneingeschränkt vertragsgemäß nutzbar ist, scheidet eine Herabsetzung der Miete aus.

14 b) Danach liegen die Voraussetzungen für eine Minderung der Miete hier nicht vor.

15 Zwar ist für das Revisionsverfahren davon auszugehen, dass wegen erheblicher Überhitzung der Mieträume im Sommer und einer von der Klägerin geschuldeten Klimatisierung ein Mangel vorlag. Unstreitig hat sich dieser Mangel aber in den Monaten Oktober und November 2008 nicht mehr auf die Gebrauchstauglichkeit ausgewirkt. Vielmehr waren die Mieträume in diesem Zeitraum uneingeschränkt nutzbar. Auch war mit einer Beeinträchtigung durch Überhitzung der Räume in diesem Zeitraum nicht zu rechnen. Es fehlt deshalb an der für die Minderung erforderlichen erheblichen Einschränkung der Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch.

16 c) Der Senat verkennt nicht, dass sich in Fällen der vorliegenden Art eine Minderung für eine erst im laufenden Monat eintretende Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit auch erst im Nachhinein – also nach Ablauf des Mietmonats und damit nach Leistung des voranzuzahlenden (§ 556 b Abs. 1 BGB) Mietzinses – dem Grunde und der Höhe nach feststellen lässt. Behält der Mieter in derartigen Fällen den Mietzins von vornherein in einem Umfang ein, der – insbesondere nach den Erfahrungen aus vorangegangenen Mietzeiträumen – der vorhersehbaren Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit entspricht, schließt ein solcher vorläufiger Einbehalt ein verzugsbegründendes Verschulden des Mieters aus. Er hindert aber den Vermieter nicht daran, den vorläufig einbehaltenen Teil des Mietzinses nachzufordern, wenn die Gebrauchsbeeinträchtigung nicht eintritt und sich eine Minderung deshalb als unbegründet erweist.

17 2. Der Beklagte kann sich gegenüber der Forderung auf Mietzins auch nicht auf das von ihm hilfsweise geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht berufen.

18 Zwar steht dem Mieter die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus § 320 BGB zu, wenn der Vermieter einen Mangel der Mietsache nicht beseitigt. Die Geltendmachung der Einrede gibt dem Mieter die Möglichkeit durch Zurückbehaltung der fälligen Miete Druck auf den Vermieter auszuüben, um ihn zur Beseitigung des Mangels zu veranlassen.

19 Hier haben die Parteien jedoch ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten in § 6 Nr. 1 des Mietvertrages wirksam ausgeschlossen.

20 Bei dem Mietvertrag handelt es sich um einen Formularvertrag und damit um allgemeine Geschäftsbedingungen (§ 305 Abs. 1 BGB). Da der Beklagte als selbstständig tätiger Arzt Unternehmer gemäß § 14 Abs. 1 BGB ist, ist die Wirksamkeit der Klausel gemäß § 310 Abs. 1 BGB am Maßstab des § 307 BGB zu prüfen.

21 Die in § 6 Nr. 1 des Mietvertrages vereinbarte Beschränkung des Zurückbehaltungsrechts dahin, dass es nur wegen un-

Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2008-2009

Preis: 15,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt

Sonderpreise für GuT-Einbanddecken und
Bestelladresse in diesem Heft Seite 490

Lieferung solange vorrätig.

streitiger oder rechtskräftig festgestellter Forderungen geltend gemacht werden darf, verstößt in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, nicht gegen § 307 BGB (Senatsurteil vom 27. Januar 1993 - XII ZR 141/91 - NJW-RR 1993, 519, 520; BGHZ 115, 324, 327 = NJW 1992, 575, 577; OLG Düsseldorf MDR 2005, 1045 [= GuT 2005, 182 KL]; Staudinger/Weitemeyer <Neubearb. 2006> § 556 b BGB Rn. 25; Schmidt-Futterer/Eisenschmid Mietrecht 9. Aufl. § 536 BGB Rn. 387).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 556, 578, 242 BGB
Pacht; Gewerberäume; Geschäftsraummiete;
Abrechnungsfrist von Nebenkosten; Verwirkung**

Zur Abrechnungsfrist von Nebenkosten bei Mietverträgen über Geschäftsräume (im Anschluss an das Senatsurteil vom 27. Januar 2010 – XII ZR 22/07 – NZM 2010, 240 [= GuT 2010, 26]).

(BGH, Versäumnisurteil vom 17. 11. 2010 – XII ZR 124/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Kläger verlangen von dem Beklagten nach Beendigung eines Pachtvertrages über Gewerberäume und eines damit verbundenen Mietvertrages über eine Dienstwohnung vom 23. März 1998 Rückzahlung für die Wohnräume geleisteter Betriebskostenvorauszahlungen in Höhe von 2944,96 € und einer für die Gewerberäume gezahlten Kautions in Höhe von 5215,18 €. Der Beklagte hat mit Gegenforderungen aufgerechnet, u. a. mit einer Forderung auf Zahlung von Nebenkosten für die Gewerberäume für die Zeit von 2005 bis 2007 in Höhe von insgesamt 6245,23 €. Diese Nebenkosten hat der Beklagte erstmals mit der Klageerwiderung vom 7. Juli 2008, die den Klägervertretern am 9. Juli 2008 zugestellt worden ist, abgerechnet.

2 Die Parteien streiten im Revisionsverfahren nur noch über die Begründetheit dieser von dem Beklagten zur Aufrechnung gestellten auf § 3 des Pachtvertrages gestützten Nebenkostenforderungen.

3 Nach § 3 des Pachtvertrages waren die Kläger verpflichtet, die im Einzelnen genannten Nebenkosten an den Beklagten zu bezahlen, sobald er sie in Rechnung stellt oder, soweit der Pächter des im selben Anwesen betriebenen Lokals die Nebenkosten bezahlt hatte, an diesen davon ein Drittel zu bezahlen. Für die Jahre 2002 bis 2004 hat der Beklagte keine Nebenkostenabrechnung für die Gewerberäume erstellt.

4 Das Landgericht Frankfurt am Main hat der Klage in Höhe von 2755,54 € stattgegeben und sie im Übrigen abgewiesen. Die Berufung der Kläger ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main zugelassenen Revision verfolgen die Kläger den abgewiesenen Zahlungsanspruch weiter.

5 **Aus den Gründen:** Da der Beklagte in der mündlichen Verhandlung trotz rechtzeitiger Bekanntgabe des Termins nicht vertreten war, ist über die Revision der Kläger antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden §§ 557, 331 ZPO. Das Urteil beruht jedoch inhaltlich nicht auf einer Säumnisfolge, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81 f.).

6 Die Revision hat keinen Erfolg.

7 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die den Klägern zustehenden Forderungen auf Rückzahlung der geleisteten Kautions und auf Erstattung der für die Wohnung geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen in Höhe von insgesamt 8160,14 € seien in Höhe von 5404,60 € durch die von den Beklagten erklärte Aufrechnung mit Forderungen auf Nachzahlung von Nebenkosten für die Gewerberäume für die Jahre 2005 bis 2007 erloschen. Zwar sei die den Klägern erst mit der Klageerwiderung am 9. Juli 2008 übersandte Abrechnung dieser Kosten teilweise verspätet erfolgt. Denn die als angemessen anzusehende

Abrechnungsfrist betrage ein Jahr ab Ende des Abrechnungszeitraums. Insoweit sei die für die Wohnraummiete geltende Bestimmung des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB, die eine Abrechnungsfrist von einem Jahr bestimme, auf die Gewerberaummiete entsprechend anwendbar.

8 Die teilweise Überschreitung der Abrechnungsfrist um mehr als eineinhalb Jahre habe aber nicht zur Folge, dass der Beklagte seinen Anspruch auf Ausgleich der Abrechnung verloren habe. § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB sei auf die Gewerberaummiete nicht entsprechend anwendbar. Es fehle bereits an dem Erfordernis einer unbeabsichtigten Regelungslücke, da kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich sei, dass der Gesetzgeber die allein für das Wohnraummietrecht konzipierte Regelung des § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB lediglich versehentlich nicht in den Verweisungskanon des § 578 BGB aufgenommen habe.

9 Die geltend gemachten Nebenkosten seien auch nicht verwirkt. Das Zuwarten mit der Abrechnung über einen Zeitraum von mehr als eineinhalb Jahren habe bei den Klägern schon nicht das berechtigte Vertrauen darauf begründen können, der Beklagte werde keine Forderungen auf Zahlung der Nebenkosten mehr erheben. Das gelte auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass er schon seit dem Jahre 2002 keine Nebenkostenabrechnungen mehr erstellt habe. Es sei auch nicht ersichtlich, dass die Kläger im Hinblick auf ein derartiges Vertrauen bestimmte Dispositionen getroffen hätten, die der beanspruchten Nachzahlung entgegenstünden.

10 II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Prüfung stand.

11 Der Beklagte hat gemäß § 581 Abs. 1 Satz 2 BGB i. Vm § 3 des Pachtvertrages vom 23. März 1998 gegen die Kläger einen Anspruch auf Zahlung von Nebenkosten für die Gewerberäume für die Jahre 2005 bis 2007 in der zuerkannten Höhe von 5404,60 €. Die Umlage dieser Nebenkosten ist unstreitig vereinbart worden.

12 1. Entgegen der Ansicht der Revision ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB, der für die Wohnraummiete den Ausschluss von Betriebskostennachforderungen anordnet, die der Vermieter zwölf Monate nach Ablauf des Abrechnungszeitraumes verlangt, auf die Geschäftsraummiete nicht analog anwendbar ist. Dieser in Rechtsprechung und Literatur überwiegend vertretenen Meinung (OLG Düsseldorf ZMR 2008, 206 [= GuT 2007, 301]; Grundeigentum 2006, 847 [= GuT 2006, 132]; KG ZMR 2007, 449; OLG Köln ZMR 2007, 115; LG Nürnberg-Fürth ZMR 2008, 800; Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 556 Rn. 1; Schmidt-Futterer/Langenberg Mietrecht 9. Aufl. § 556 BGB Rn. 6 und 458; Soergel/Heintzmann 13. Aufl. § 556 BGB Rn. 21; Staudinger/Weitemeyer <2006> § 556 BGB Rn. 106; aA MünchKomm/Schmid 5. Aufl. § 556 BGB Rn. 1) hat sich der Senat mit Urteil vom 27. Januar 2010 (XII ZR 22/07 - NZM 2010, 240 [= GuT 2010, 26] Rn. 18 ff.) angeschlossen.

13 Es fehlt bereits an der für eine Analogie erforderlichen planwidrigen Gesetzeslücke. Mit dem am 1. September 2001 in Kraft getretenen Mietrechtsreformgesetz (BGBl. I S. 1149) hat der Gesetzgeber die als Ausschlussfrist gestaltete Abrechnungsfrist für die Betriebskosten von zwölf Monaten nach dem Ende des Abrechnungszeitraums in § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB auch für frei finanzierten Wohnraum übernommen (BT-Drucks. 14/4553 S. 51). In § 578 BGB, der gemäß § 581 Abs. 2 BGB auf Pachtverträge anwendbar ist und der konkret aufzählt, welche von den für die Wohnraummiete geltenden Vorschriften auf die Mietverhältnisse über Räume, die keine Wohnräume sind, entsprechend anwendbar sind, wird § 556 BGB nicht genannt. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber es versehentlich unterlassen hat, in § 578 BGB auf § 556 BGB zu verweisen, bestehen nicht. Insbesondere kann nicht daraus, dass die Gesetzesmaterialien keine Begründung dafür enthalten, warum der Gesetzgeber von einem Verweis auf § 556 BGB abgesehen hat, auf eine planwidrige Gesetzeslücke geschlossen werden. Denn der Gesetzgeber hat durch die gezielte Auswahl der auf die Ge-

schäftsraummiete anwendbaren Vorschriften in § 578 BGB deutlich zum Ausdruck gebracht, dass § 556 BGB für die Geschäftsraummiete nicht gelten soll. Über diesen gesetzgeberischen Willen kann nicht im Wege der Analogie hinweggegangen werden.

14 2. Entgegen der Ansicht der Revision ist der geltend gemachte Anspruch auf Zahlung der Nebenkosten auch nicht verwirkt.

15 Der Rechtsgedanke der Verwirkung, der auch im Miet- und Pachtrecht gilt, ist ein Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung aufgrund widersprüchlichen Verhaltens. Danach ist ein Recht verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft geltend machen werde. Die Annahme einer Verwirkung setzt somit neben dem Zeitablauf das Vorliegen besonderer ein solches Vertrauen des Verpflichteten begründender Umstände voraus (Senatsurteil vom 27. Januar 2010 - XII ZR 22/07 - NZM 2010, 240 [= GuT 2010, 26] Rn. 32 mwN). Ob eine Verwirkung vorliegt, richtet sich letztlich nach den vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden Umständen des Einzelfalles.

16 a) Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass für die Bestimmung des Zeitmoments auf den Zeitpunkt der Fälligkeit der Abrechnungen für die jeweilige Abrechnungsperiode abzustellen ist. Denn nur wenn zwischen dem Zeitpunkt, zu dem der Beklagte die Abrechnung hätte vornehmen müssen und dem Zugang der Abrechnung bei den Klägern ein längerer Zeitraum liegt, kann das Zeitmoment erfüllt sein.

17 Die Parteien haben weder eine Abrechnungsperiode noch eine Abrechnungsfrist vertraglich vereinbart. Ausgehend von den üblichen Abrechnungsperioden konnte der Beklagte die Nebenkosten jährlich oder kalenderjährlich abrechnen. Über die in dem jeweiligen Abrechnungszeitraum angefallenen Nebenkosten musste er sodann innerhalb angemessener Frist abrechnen.

18 Eine Frist, innerhalb derer die Abrechnung der Nebenkosten erteilt werden muss, ist für die Geschäftsraummiete nicht gesetzlich geregelt. Lediglich für die Wohnraummiete bestimmt der durch das Mietrechtsreformgesetz (BGBl. I S. 1149) eingefügte § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB, dass der Vermieter dem Mieter die Abrechnung spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach dem Ende des Abrechnungszeitraums mitzuteilen hat.

19 Der Senat hat sich der in Rechtsprechung und Literatur schon in der Vergangenheit überwiegend vertretenen Ansicht, dass auch für die Geschäftsraummiete eine solche Frist angemessen ist, angeschlossen (Senatsurteil vom 27. Januar 2010 - XII ZR 22/07 - NZM 2010, 240 [= GuT 2010, 26] Rn. 36 ff.).

20 Danach war die Abrechnung der im Jahr 2007 angefallenen Nebenkosten zum Zeitpunkt des Zugangs der Abrechnung am 9. Juli 2008 noch nicht fällig. Deshalb fehlt es insoweit schon an dem für die Verwirkung erforderlichen Zeitablauf.

21 Die den Klägern ebenfalls am 9. Juli 2008 zugegangenen Nebenkostenabrechnungen für die Jahre 2005 und 2006 sind demgegenüber für das Jahr 2005 mehr als eineinhalb Jahre und für das Jahr 2006 mehr als ein halbes Jahr nach Ablauf der Abrechnungsfrist erfolgt. Es kann dahingestellt bleiben, ob durch diese Fristüberschreitung das Zeitmoment erfüllt ist. Es fehlt jedenfalls an Umständen, die geeignet sind, ein Vertrauen der Kläger darauf zu begründen, der Beklagte werde diese Kosten nicht mehr abrechnen. Hierfür reicht der bloße Zeitablauf nicht aus. Denn allein daraus, dass der Beklagte eineinhalb Jahre bzw. ein halbes Jahr lang Nebenkosten für die Abrechnungsperioden 2005 bzw. 2006 nicht abgerechnet hatte, konnten die Kläger nicht schließen, der Beklagte wolle auf die Geltendmachung dieser ihm vertraglich zustehenden Nebenkosten verzichten. Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände, aus denen sich ein solcher Wille des Beklagten ergibt, konnten die Kläger nicht auf einen Verzicht des Beklagten auf diese Forderungen vertrauen. Ein solcher Wille des Beklagten kann nicht daraus hergeleitet

werden, dass er in den Jahren 2002 bis 2004 keine Nebenkosten abgerechnet hat. Daraus konnten die Kläger nicht schließen, der Beklagte wolle auch in Zukunft die jährlich neu entstehenden Nebenkostenforderungen nicht verlangen. Im Hinblick darauf, dass die Kläger keine Vorauszahlungen auf die Nebenkosten für die Gewerberäume zahlten und die Nebenkosten darüber hinaus zumindest teilweise vom Verbrauch der Kläger abhingen, lag es vielmehr nahe, davon auszugehen, dass der Beklagte versehentlich oder aus Nachlässigkeit die Abrechnungen unterlassen hat.

22 Insgesamt sind keine Umstände ersichtlich, aus denen sich ergibt, dass der Beklagte auf sein vertraglich begründetes Recht, Nebenkosten zu verlangen, verzichtet hat.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 535, 581, 765 BGB; §§ 114, 522 ZPO
Gewerberaummiete; Gaststättenpacht;
Sittenwidrigkeit der Angehörigenbürgschaft**

Die für Kreditverträge entwickelten Grundsätze zur Sittenwidrigkeit der Angehörigenbürgschaft können nicht ohne weiteres auf Gewerberaummietverträge übertragen werden.

(LG Itzehoe, Urteil vom 19. 11. 2009 – 10 O 105/09)

(OLG Schleswig, Hinweisbeschluss vom 21. 10. 2010 – 4 U 173/09)

(OLG Schleswig, Beschluss vom 6. 12. 2010 – 4 U 173/09)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin begehrt von der Beklagten zu 2. die Zahlung von Pachtbeträgen aufgrund einer Bürgschaftsverpflichtung.

Die Klägerin ist Verpächterin eines Restaurants in dem Objekt auf der Grundlage des Pachtvertrags vom 4. 2. 2001; der Beklagte zu 1. ist Pächter. Das Pachtverhältnis begann im März 2001 und soll gem. § 4 des Pachtvertrags (PV) am 31. 3. 2011 enden. Die monatliche Pacht ist gem. § 5 PV als Staffelpacht vereinbart, beginnend mit einer monatlichen Pacht von 3000,00 DM, endend im letzten Pachthalbjahr mit einem Betrag von 4700,00 Euro, jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer.

In § 9 PV ist eine Pachtsicherheit in Höhe von 50.000,00 DM vereinbart. In einem handschriftlichen Zusatz heißt es: „Wenn Frau B. (Beklagte zu 2.) als Bürgin ohne Einrede der Vorausklage beitrifft, reduziert sich die Mietsicherheit auf die Hälfte“.

Durch Vertrag mit der Klägerin vom 23. 2. 2001 übernahm die Beklagte zu 2. im Hinblick auf den Pachtvertrag ihres Ehemannes folgende Bürgschaftsverpflichtung:

„Ich bürgе hiermit als Bürgin ohne Einrede der Vorausklage für die Verpflichtungen meines Mannes gegenüber Frau R. (Klägerin). Nach § 9 des Pachtvertrages ist als Folge der Bürgschaft nur noch eine Kautіon in Höhe von 25.000,00 Euro zu stellen“.

Die Vertragsverhandlungen, die zum Abschluss des Pachtvertrags sowie des Bürgschaftsvertrages führten, wurden von dem Bruder der Beklagten zu 2., der als Steuer- und Unternehmensberater tätig ist, begleitet. Die Beklagte zu 2. ist gelernte Friseurmeisterin. Bei Abschluss des Pachtvertrags und des Bürgschaftsvertrags war sie zusammen mit dem Beklagten zu 1. Miteigentümerin eines mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks in K., dessen Wert heute auf ungefähr 160.000,00 Euro geschätzt wird. Ausweislich des Grundbuchauszugs vom 7. 9. 2007 ist das Grundstück heute mit sechs Grundpfandrechten belastet. Am 31. 12. 2008 valutierten die gesicherten Forderungen in Höhe von 129.296,09 Euro. Das Grundpfandrecht zur laufenden Nr. 6 zu einem Nennwert von 15.000,00 Euro hat bei Abschluss des Pacht- und Bürgschaftsvertrags noch nicht bestanden. Darüber hinaus befinden sich die Beklagten mit einem Kontokorrentkredit in Höhe von ca. 17.000,00 Euro im Minus.

Die Beklagten überführten das Grundstück in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts; im Dezember 2005 übertrug der Beklagte zu 1. seinen Gesellschaftsanteil schenkungsweise seiner Tochter.

Nach Aufnahme des Restaurantbetriebs arbeitete die Beklagte zu 2. darin sporadisch mit. Daneben arbeitet sie sporadisch als Friseurin, wobei sie den Kunden Hausbesuche abstattet. In den ersten drei Jahren erwirtschaftete der Beklagte zu 1. in dem Gastronomiebetrieb gute Gewinne. Im Jahre 2004 erfolgte ein wirtschaftlicher Einbruch. Seit Mai 2004 zahlte der Beklagte zu 1. die Pacht nicht mehr pünktlich und nicht mehr vollständig. Zum Jahresende 2004 belief sich der Rückstand auf 5031,25 Euro. Zum Ablauf des Jahres 2008 war der Pachtrückstand (unter Berücksichtigung von gegengerechneten Handwerksleistungen des Beklagten zu 1.) auf 81.697,22 Euro angewachsen. Am 3. 4. 2009 betrug der Rückstand 109.519,63 Euro. Das derzeitige Einkommen des Beklagten zu 1. beläuft sich auf etwa 1500,00 Euro brutto.

Die Klägerin behauptet, die Beklagte zu 2. sei als Handwerksmeisterin nicht „geschäftlich unerfahren“. Dies ergebe sich auch daraus, dass sie jahrelang zusammen mit dem Beklagten zu 1. in der Gastronomie gearbeitet habe. Die handschriftliche Bürgschaftsregelung in § 9 Abs. 1 PV sei erst auf Wunsch der Beklagten aufgenommen worden. Der Grund sei die Reduzierung des Kapitaleinsatzes für die Pachtkaution gewesen.

Die Klägerin macht gegenüber den Beklagten aus den Pachtrückständen lediglich einen Betrag in Höhe von 60.000,00 Euro nebst Zinsen geltend. Der Beklagte zu 1. hat die Hauptforderung und die überwiegende Zinsforderung anerkannt. Gegen ihn ist unter dem 20. 8. 2009 ein Teilerkenntnisurteil ergangen.

Die Klägerin beantragt, die Beklagten (unter Berücksichtigung des Anerkenntnisses) als Gesamtschuldner zu verurteilen, 60.000,00 Euro nebst 6,62% Zinsen seit dem 18. 3. 2009 (Zeitpunkt der Zustellung des Mahnbescheides) zu zahlen. Die Beklagten beantragen, die Klage (über anerkannte Beträge hinaus) abzuweisen.

Die Beklagten machen geltend, dass die Bürgschaftsvereinbarung mit der Beklagten zu 2. sittenwidrig sei. Der Umfang der Bürgschaftsverpflichtung stehe in einem krassen Missverhältnis zu ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit. Sie erwirtschaftete ein Einkommen, welches unterhalb der Pfändungsfreigrenze liege. Damit könne sie nicht einmal die Zinsen der Hauptforderung bedienen. Zudem sei sie bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags davon ausgegangen, dass sie lediglich für die Differenz zwischen 50.000,00 DM und 25.000,00 DM hafte.

Aus den Gründen:

Landgericht Itzehoe: Die Klage ist zulässig (1.) und auch gegenüber der Beklagten zu 2. ganz überwiegend begründet (2.).

1. Der Klageantrag ist dahin auszulegen, dass die Beklagten wie Gesamtschuldner zur Begleichung der Klagforderung verpflichtet sind. Handelt es sich um eine selbstschuldnerische Bürgschaft, so darf die Klägerin – ohne vorherige Klage gegen den Beklagten zu 1. als Hauptschuldner – die Beklagte zu 2. als Bürgin voll in Anspruch nehmen (vgl. § 773 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Sie darf aber auch wahlweise gegen den Hauptschuldner vorgehen oder beide bis zur Höhe der gesicherten Forderung in Anspruch nehmen. Gleichwohl besteht zwischen Bürgschaft und Hauptforderung keine Gesamtschuld, weil es an der Gleichstufigkeit der Schuldverhältnisse mangelt (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl., § 765 Rn 1). Das gilt auch für die selbstschuldnerische Bürgschaft (Palandt/Sprau, § 773 Rn 2).

2. Die Klägerin kann auch die Beklagte zu 2. auf Zahlung der Klagforderung in Höhe von 60.000,00 Euro in Anspruch nehmen. Der Anspruch ergibt sich aus einer Bürgschaftsvereinbarung gem. § 765 Abs. 1 BGB. Nach dieser Bestimmung ist der Bürge verpflichtet, gegenüber dem Gläubiger einer an-

deren Person für die Erfüllung einer Verbindlichkeit durch diese einzustehen. Unstreitig besteht eine Verbindlichkeit des Beklagten zu 1. gegenüber der Klägerin in Höhe von 60.000,00 Euro aus dem Pachtvertrag.

Nach Auffassung des Gerichts ist die Bürgschaftsvereinbarung der Klägerin mit der Beklagten zu 2. wirksam. Die gesetzliche Schriftform (§§ 766, 125 BGB) ist gewahrt; die Bürgschaftsverpflichtung ist auch nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam. Nach der Rechtsprechung des BGH ist die Bürgschaft durch einen nahen Angehörigen sittenwidrig, wenn sie diesen finanziell krass überfordert und die Bürgschaft sich auch aus der Sicht eines vernünftig denkenden Gläubigers als wirtschaftlich sinnlos erweist (BGH NJW 2000, 1182, 1183). In solchen Fällen besteht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass der Gläubiger die emotionale Beziehung zwischen Bürgen und Schuldner in sittenwidriger Weise ausgenutzt hat (vgl. BGH NJW 2001, 815; 1998, 597; ferner BGH NJW 1997, 3372; MüKo/Habersack, 5. Aufl., § 765 Rdnr. 23 ff.). Eine krasse Überforderung des Bürgen wird indessen vermutet, wenn die Verbindlichkeit, für die er einstehen soll, so hoch ist, dass bei Vertragsabschluss nicht zu erwarten ist, dass er im Falle einer Verwirklichung des Risikos die Forderung des Gläubigers zu wesentlichen Teilen tilgen kann. Davon ist bei einer nicht ganz geringfügigen Hauptschuld jedenfalls dann auszugehen, wenn der Bürge nicht einmal die laufenden Zinsen der Hauptschuld aufzubringen vermag (vgl. BGH NJW 2000, 1182).

Diese für Kreditverträge entwickelten Grundsätze können jedoch nicht ohne weiteres auf Gewerberaummiet- und Pachtverträge übertragen werden (vgl. LG Hamburg ZMR 2003, 841; LG Dortmund <22 O 146/05> NJOZ 2007, 681). Dies gilt insbesondere dann, wenn es an einer strukturellen Überlegenheit des Gläubigers fehlt, wie diese im Verhältnis des Kreditinstituts zum Kreditnehmer typischerweise besteht (vgl. auch OLG Nürnberg <2 U 3706/04> BeckRS 2005, 04193, welches von einer „wirtschaftlichen Machtposition“ des vermietenden Versicherungsunternehmens ausging). Kreditinstitute kalkulieren regelmäßig ein gewisses Maß an Forderungsausfällen mit ein. Demgegenüber erfährt der private Vermieter/Verpächter durch mehrmonatige Entgeltausfälle ganz empfindliche Nachteile. In aller Regel hat er eigene Verbindlichkeiten zu begleichen, zu deren Deckung er die Miet- bzw. Pachteinahmen mit einkalkuliert hat. Im Übrigen vertraut der Verpächter dem Pächter durch die Überlassung des Pachtgegenstandes einen erheblichen Sachwert an. Kommt es neben Pachtausfällen während zu Beschädigungen des Pachtobjekts, so reicht die vom Pächter gestellte Kautions in aller Regel nicht zur Begleichung aus. Von daher hat der Verpächter im Hinblick auf die finanziellen Risiken (insbesondere auch aus einem langfristigen Pachtverhältnis resultierenden Risiken) ein ganz erhebliches Sicherungsinteresse (vgl. BGH NJW 2003, 2899, 2900 [=WuM 2003, 495] für die Wohnraummiete).

Nach Auffassung des Gerichts hat die Bürgschaft – bezogen auf den Zeitpunkt ihrer Vereinbarung im Februar 2001 – auch nicht zu einer krassen finanziellen Forderung der Beklagten geführt, so dass sie sich als wirtschaftlich sinnlos erweist. Zunächst einmal ist die Bürgschaftsübernahme aus damaliger Sicht weder für die Klägerin noch für die Beklagten wirtschaftlich sinnlos gewesen. Der Restaurantbetrieb diente den Beklagten als Existenzgrundlage; der Familienunterhalt sollte im Wesentlichen daraus bestritten werden. Schon deshalb hatte die Beklagte zu 2. ein unmittelbares Interesse an dem Zustandekommen des Pachtvertrags und an dem Erfolg des Restaurants. Dies hat sich auch darin gezeigt, dass die Beklagte zu 2. jedenfalls sporadisch in dem Betrieb mitgearbeitet hat.

Im Übrigen ist die Beklagte zu 2. im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme voll erwerbsfähig gewesen. Sie ist an einer Erwerbstätigkeit weder durch Kindererziehung noch durch sonstige Umstände gehindert gewesen. Der Beklagten zu 2. wäre es einerseits möglich gewesen, in dem Restaurant mitzuarbeiten und – zumal als Ehepartnerin des Inhabers – auf die Ge-

staltung des Betriebs und den Geschäftserfolg Einfluss zu nehmen. Alternativ dazu wäre die Beklagte zu 2. aber auch in der Lage gewesen, einer anderweitigen Erwerbstätigkeit nachzugehen.

Darüber hinaus ist die Beklagte zu 2. bei Übernahme der Bürgschaft zusammen mit dem Beklagten zu 1. zur Hälfte Mit-eigentümerin eines Hausgrundstücks gewesen, dessen geschätzter Wert derzeit 160.000,00 Euro beträgt. Wertmindernd zu berücksichtigen sind zwar die auf dem Grundvermögen ruhenden dinglichen Belastungen. Nach dem Vorbringen der Beklagten beläuft sich die Belastung zum 31.12.2008 auf 129.296,09 Euro. Insofern besteht selbst heute unbelastetes Grundvermögen in Höhe von 30.000,00 Euro. Bei Abschluss der Bürgschaftsvereinbarung hat die Grundschuld mit der laufenden Nr. 6 der Abt. III zu einem Nennwert von 15.000,00 Euro noch nicht einmal bestanden, so dass das lastenfreie Grundvermögen seinerzeit noch höher gewesen ist.

Das Gericht verkennt nicht, dass die Pachtparteien im vorliegenden Fall eine außerordentliche lange Laufzeit, nämlich 10 Jahre, vereinbart haben und – im Falle des geschäftlichen Misserfolgs – ganz erhebliche Pachtverbindlichkeiten auflaufen können, was letztlich auch geschehen ist. Gleichwohl dienen lange Laufzeiten bei Pachtverträgen nicht allein dem wirtschaftlichen Interesse des Verpächters, sondern auch dem Interesse des Pächters an der Standortsicherung seines Betriebes.

Anders als bei einem Kreditgeschäft laufen bei einem Pachtverhältnis im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Pächters vielfach schon deswegen keine so hohe Verbindlichkeiten auf, weil der Verpächter die nächste Gelegenheit zur außerordentlichen fristlosen Kündigung (§ 581 Abs. 2, 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB) nutzt und ihm eine Anschlussverpachtung gelingt. Das gilt auch bei Pachtverträgen mit langen Laufzeiten. Offensichtlich hat die Klägerin hier von einer fristlosen Kündigung vor allem deswegen abgesehen, weil angesichts der gegenwärtigen Misere im Gastronomiebereich eine Anschlussverpachtung nicht ohne Weiteres möglich ist. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass die Klägerin eine solche Entwicklung bereits bei Annahme der Bürgschaft vorausgesehen hat und somit davon ausgegangen ist, die Beklagte zu 2. werde bei Zahlungsunfähigkeit des Beklagten zu 1. für Pachtausfälle über mehrere Jahre einzustehen haben.

Die Beklagte zu 2. kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, sie habe die Reichweite der Bürgschaftsverpflichtung verkannt, weil sie davon ausgegangen sei, dass diese lediglich den restlichen Kautionsbetrag in Höhe von 25.000,00 DM habe abdecken sollen. Vertragliche Vereinbarungen sind nach dem Horizont eines objektiven und verständigen Vertragspartners ausulegen (vgl. §§ 133, 157, 242 BGB). Danach ist die Formulierung eindeutig; die von der Beklagten zu 2. übernommene Bürgschaft bezieht sich auf sämtliche Verpflichtungen des Beklagten zu 1. aus dem Pachtverhältnis. Es ist nach dem Vorbringen der Beklagten auch nicht ersichtlich, dass die Beklagten zu 2. bei Übernahme der Bürgschaft Verständnisprobleme gehabt hat. Zudem hat nach dem unbestritten gebliebenen Vorbringen der Klägerin der Bruder der Beklagten zu 2., der als Steuer- und Unternehmensberater tätig ist, die Verhandlungen um den Pachtvertrag und die Bürgschaftsvereinbarung begleitet. Es gibt nach alledem keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin die Beklagte zu 2. übervorteilt hätte.

Der Beklagtenseite ist zwar zu konzедieren, dass die Bürgschaftsverpflichtung angesichts der langen Laufzeit des Pachtverhältnisses sehr einschneidend ist. Eine krasse Überforderung der Beklagten zu 2., die für die Klägerin bereits bei Abschluss der Bürgschaftsvereinbarung erkennbar gewesen ist, liegt jedoch nach Auffassung des Gerichts jedoch nicht vor.

OLG Schleswig, Hinweisbeschluss vom 21. 10. 2010:

I. Die Beklagte zu 2) wird gemäß § 522 Abs. 2 ZPO darauf hingewiesen, dass die Berufung keine Aussicht auf Erfolg bietet, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die

Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts durch Urteil nicht erfordert und deshalb beabsichtigt ist, sie aus den nachfolgenden Gründen ohne mündliche Verhandlung durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen.

II. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen, sofern die Berufung nicht aus Kostengründen innerhalb der genannten Frist zurückgenommen werden sollte.

III. Der Beklagten zu 2) wird Prozesskostenhilfe für ihren Antrag aus der Berufungsschrift vom 9. 12. 2009 versagt.

Aus den Gründen: 1. Der Vortrag der Beklagten zu 2) in der Berufungsbegründung ist nicht geeignet, von der überzeugenden Begründung, mit der das Landgericht den Bürgschaftsvertrag vom 23. 2. 2001 als nicht sittenwidrig angesehen hat, abzuweichen.

Zwar verweist die Beklagte zu 2) zutreffend darauf, dass es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages ankommt. Von diesem Zeitpunkt ist das Landgericht bei seiner Beurteilung auch ausgegangen.

a. Die Beklagte zu 2) mag zu diesem Zeitpunkt zwar als Friseurmeisterin nur geringfügig beschäftigt gewesen sein, jedoch ist ihr Verweis auf die noch minderjährigen Kinder und deshalb ihre eingeschränkte Möglichkeit zur Berufstätigkeit nicht nachvollziehbar. Die Tochter T. ist laut notarieller Urkunde vom 23. 12. 2005 am 20. 5. 1981 geboren und war mithin zum damaligen Zeitpunkt bereits volljährig, die Tochter K. ist nach Angaben der Klägerin nur unwesentlich jünger. Damit wäre es der Beklagten zu 2) aber ohne weiteres möglich gewesen wäre, auch vollschichtig zu arbeiten, ggf. auch im Gaststättenbetrieb des Beklagten zu 1). Ihr wäre so auch die Möglichkeit gegeben gewesen, auf den Geschäftsbetrieb Einfluss zu nehmen und diesem ggf. zu mehr Erfolg zu verhelfen, worauf das Landgericht zutreffend verwiesen hat, zumal sie auch über entsprechende Berufserfahrung verfügte.

b. Soweit die Beklagte zu 2) behauptet, dass bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages im Jahre 2001 die Belastung des gemeinsamen Grundvermögens noch höher gewesen sei, ist jedoch ebenfalls zu berücksichtigen, worauf die Klägerin zutreffend verweist, dass auch der Wert des Hauses – bei seinerzeit noch nicht angespannter Marktlage – im Verhältnis dazu höher anzusetzen ist.

c. Ihr weiterer Einwand, dass die derzeit offene Pachtforderung nicht nur die geltend gemachten 60.000 €, sondern weit mehr umfasse und dieser Gesamtbetrag sie zum damaligen Zeitpunkt krass überfordern hätte, steht nicht im Einklang damit, worauf die Beklagte zu 2) immer wieder verweist, dass auf die Umstände 2001 abzustellen ist. Denn seinerzeit standen lediglich die laufenden monatlichen Pachtzinsen im Raum, für die die Beklagte zu 2) bürgte und die mit 3000 DM netto (1533,88 €) eher gemäßigt erscheinen. Zudem wäre es ihr aus den o. a. Gründen möglich gewesen, vollschichtig zu arbeiten.

d. Auch der erneut wiederholte Vortrag der Beklagten zu 2), es habe sehr wohl eine strukturelle Überlegenheit auf Seiten der Klägerin gegeben, da deren Ehemann die Verhandlungen geführt habe, verhilft der Berufung nicht zum Erfolg. Dem steht der von der Klägerin eingereichte Schriftverkehr entgegen, der auf Seiten der Beklagten zu 2) die umfangreiche Einbeziehung ihres Bruders, Steuer- und Unternehmensberater, auch bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages belegt (s. Schreiben vom 7. 2. 2001).

e. Bezüglich des wiederholten Hinweises der Beklagten zu 2), sie sei bei der Unterschriftsleistung des Bürgschaftsvertrages lediglich von einer Bürgschaft in Höhe der ersparten Mietsicherheit von 25.000 DM ausgegangen, ist den überzeugenden Ausführungen des Landgerichts nichts hinzuzufügen.

f. Im Übrigen liegen keinerlei Anhaltspunkte für die weiter für eine Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB erforderliche ver-

werfliche Gesinnung der Klägerin bei Abschluss des Vertrages vor (vgl. BGH GuT 2005, 6 ff.). Eine finanzielle Überforderung war für die Klägerin nicht erkennbar, konnte sie doch davon ausgehen, dass die Beklagte zu 2) entweder als Friseurmeisterin oder in der Gaststätte voll arbeiten konnte. Auch verzichtete die Klägerin auf Grund der Bürgschaft der Beklagten zu 2) auf die Stellung einer Kaution in Höhe von weiteren 25.000 DM.

2. Auf Grund der vorstehenden Ausführungen war der Beklagten zu 2) auch Prozesskostenhilfe für ihre Berufung zu versagen.

Dieser Beschluss ist einstimmig ergangen.

OLG Schleswig, Beschluss vom 6.12.2010:

In dem Rechtsstreit [...] hat der 4. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts [...] am 6. Dezember 2010 einstimmig beschlossen:

Die Berufung der Beklagten zu 2) vom 9. Dezember 2009 gegen das am 19. November 2009 verkündete Urteil des Einzelrichters der 10. Zivilkammer des Landgerichts Itzehoe wird aus den Gründen des Senatsbeschlusses vom 21. Oktober 2010 zurückgewiesen (§ 522 Abs. 2 ZPO). Die Berufungsklägerin trägt die Kosten der Berufung (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Der Berufungsstreitwert wird auf 60.000 € festgesetzt.

Mitgeteilt von VRiLG Dr. Hinz, Itzehoe

§§ 756, 535, 812 BGB; § 114 ZPO
Mietkautionsbürgschaft;
Rückabwicklung bei Nichtbestehen der Hauptschuld

Leistet die Bank aus der Mietkautionsbürgschaft an den Vermieter, findet eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung dieser Leistung bei Nichtbestehen der Hauptschuld zwischen Bürge und Vermieter statt. Der Mieter kann nur aus abgetretenem Anspruch des Bürgen den Zahlungsanspruch geltend machen.

(AG Bergisch Gladbach, Beschluss vom 18.10.2010 – 62 C 359/10)

(LG Köln, Beschluss vom 15.12.2010 – 9 T 144/10)

Aus den Gründen:

Amtsgericht Bergisch Gladbach: Prozesskostenhilfe konnte nicht bewilligt werden, da die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet.

Die Antragstellerin hat gegen den Antragsgegner keinen Anspruch auf Zahlung des in Anspruch genommenen Kautionsbetrags aus der Bürgschaft der S.-Bank. In Betracht kommt als Anspruchsgrundlage nur das Bereicherungsrecht.

Mit der Zahlung an den Gläubiger der Hauptschuld verfolgt der Bürge den Zweck, eine ihm gegenüber dem Gläubiger der Hauptschuld obliegende Bürgenschuld zu tilgen. Unabhängig von einer Unwirksamkeit der Bürgenschuld wegen Nichtbestehens der Hauptschuld liegt eine Leistungsbeziehung nur zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger vor (Palandt-Sprau, 69. Aufl., § 812 Rn. 83). Eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung kommt nur in dieser zugrundeliegenden Leistungsbeziehung in Betracht.

Landgericht Köln: Das Amtsgericht hat den Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe zu Recht abgelehnt, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung keine Aussicht auf Erfolg bietet, § 114 ZPO.

Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf die zutreffenden Ausführungen in der angegriffenen Entscheidung verwiesen werden. Das Amtsgericht ist zur Recht davon ausgegangen, dass der Antragstellerin kein Anspruch auf Auszahlung des Bürgschaftsbetrages gegen die Antragsgegner aus § 812 BGB zusteht. Leistet ein Mieter die Kaution vereinbarungsgemäß durch Hingabe einer Bankbürgschaftsurkunde und

nimmt der Vermieter die Bürgschaft in Anspruch, so kann dem Mieter allenfalls ein Anspruch auf Rückgabe der Bürgschaftsurkunde, nicht aber ein Anspruch auf Zahlung eines Geldbetrags zustehen (Landgericht Frankfurt a.M., Urteil vom 28.5.1999, NJW-RR 2001, 224 m. w. N.). Eine Rückabwicklung außerhalb der bestehenden Leistungsbeziehungen kommt hier nicht in Betracht. Einen Zahlungsanspruch kann der Mieter gegen den Vermieter nur geltend machen, wenn er sich diesen von der bürgenden Bank abtreten lässt (Landgericht Frankfurt a.M., Urteil vom 28.5.1999, NJW-RR 2001, 224 m. w. N.). Dies ist im vorliegenden Fall aber nicht erfolgt.

Mitgeteilt von RA M. Schrewentiggas, Bergisch Gladbach

§ 603 BGB
Gebrauchsüberlassung aus Gefälligkeit;
Haftung des Begünstigten für Schäden
durch Dritte am Gegenstand

Im Rahmen einer Gebrauchsüberlassung aus Gefälligkeit kann eine verschuldensunabhängige Haftung des Begünstigten für die Beschädigung des überlassenen Gegenstandes durch einen Dritten, an den der Gegenstand vom Begünstigten ohne Wissen des Gefälligen weitergegeben worden ist, nicht durch eine entsprechende Anwendung des § 603 Satz 2 BGB begründet werden.

(BGH, Urteil vom 4.8.2010 – XII ZR 118/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger verlangt von dem Beklagten Schadensersatz für seinen bei einem Unfall beschädigten Motorroller.

2 Der Kläger überließ dem Beklagten den in seinem Eigentum stehenden Motorroller für eine Probefahrt. Auf dieser Fahrt, bei der der Beklagte von dem Zeugen H. auf einem Leichtkraftrad begleitet wurde, kam es zu einem Unfall, bei dem das Fahrzeug des Klägers erheblich beschädigt wurde.

3 Der Unfallhergang ist zwischen den Parteien streitig, insbesondere ob der Motorroller des Klägers vom Zeitpunkt des Unfalls von dem Beklagten oder dem Zeugen H. gefahren worden ist.

4 Das Amtsgericht Lüneburg hat nach Durchführung einer Beweisaufnahme den Beklagten als Lenker des Motorrollers des Klägers angesehen und ihn gemäß § 823 BGB zum Schadensersatz verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten blieb erfolglos.

5 Mit der vom Landgericht Lüneburg zugelassenen Revision möchte der Beklagte die Aufhebung des Berufungsurteils und die vollständige Klageabweisung erreichen.

6 **Aus den Gründen:** Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

7 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, dass es dahingestellt bleiben könne, ob der Beklagte oder der Zeuge H. im Unfallzeitpunkt den Motorroller gesteuert habe. Sollte der Beklagte den Motorroller unerlaubt dem Zeugen H. überlassen haben, hafte er entweder aus §§ 603 Satz 2, 280 Abs. 1 BGB oder aus einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschriften, weil der Beklagte den Motorroller dem Zeugen ohne Erlaubnis des Klägers überlassen habe. Zwischen den Parteien sei nämlich entweder ein Leihvertrag geschlossen worden oder es liege ein Gefälligkeitsverhältnis vor, in dessen Rahmen der Beklagte jedoch keine weitergehenden Befugnisse haben könne, als der Entleiher. Deshalb sei bei der Annahme eines Gefälligkeitsverhältnisses eine analoge Anwendung der §§ 603 Satz 2, 280 Abs. 1 BGB geboten.

8 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

9 1. Zwar ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

der Entleiher eines Fahrzeugs aus positiver Vertragsverletzung für alle Schäden haftet, die adäquat-kausal durch die unerlaubte Überlassung des Fahrzeugs an einen Dritten entstanden sind (BGHZ 37, 306, 309 f.). Denn das Verschulden des Entleihers muss sich bei der Verletzung der Pflicht aus § 603 Satz 2 BGB nur auf das eigene vertragswidrige Verhalten und nicht auf den dadurch verursachten Schaden beziehen (MünchKomm-BGB/Häublein 5. Aufl. § 603 Rdn. 4 m.w.N.).

10 2. Dieser zur vertraglichen Haftung bei der Leihe entwickelte Rechtssatz kann jedoch nicht im Wege einer analogen Anwendung des § 603 Satz 2 BGB auf die Haftung bei einer Gebrauchsüberlassung aus Gefälligkeit übertragen werden.

11 a) Voraussetzung für eine Analogie ist, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von denselben Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (Senatsurteil vom 27. Januar 2010 - XII ZR 22/07 - NJW 2010, 1065 [= GuT 2010, 26] Rdn. 21 m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

12 b) Zwar mag bei einer Gebrauchsüberlassung aus Gefälligkeit, wie vom Berufungsgericht angenommen, die Interessenlage der Beteiligten mit der bei einer Leihe vergleichbar sein, weil der Gefällige ebenso wie der Verleiher ein Interesse daran hat, dass der Begünstigte mit der Sache sorgfältig umgeht und sie ohne entsprechende Erlaubnis nicht an Dritte weitergibt. Dies allein rechtfertigt jedoch eine analoge Anwendung des § 603 Satz 2 BGB nicht. Es fehlt an einer planwidrigen Regelungslücke.

13 c) Von der Rechtsprechung (BGHZ 21, 102, 106 f.; BGH Urteil vom 9. Juni 1992 - VI ZR 49/91 - NJW 1992, 2474, 2475; OLG Stuttgart NJW 1971, 660, 661; OLG Koblenz MDR 1999, 1509 und NJW-RR 2002, 595; OLG Karlsruhe Urteil vom 26. Februar 2003 - 17 U 121/02 - veröffentlicht bei juris Rdn. 15; OLG Frankfurt VersR 2006, 918 f.) und Teilen des Schrifttums (Palandt/Grüneberg BGB 69. Aufl. Einl. vor § 241 Rdn. 8; Erman/Graf von Westphalen BGB 12. Aufl. vor § 598 Rdn. 2; Jauernig/Stadler BGB 13. Aufl. § 311 Rdn. 45; Jauernig/Mansel aaO § 598 Rdn. 5) wird eine vertragsähnlich ausgestaltete Haftung innerhalb eines Gefälligkeitsverhältnisses grundsätzlich abgelehnt und der Geschädigte mit seinen Ansprüchen allein auf das Deliktsrecht (§§ 823 ff. BGB) verwiesen, weil ein ohne Rechtsbindungswillen der Beteiligten eingegangenes Gefälligkeitsverhältnis eine an das Vertragsrecht angelehnte Haftung nicht begründen könne.

14 Bei den Regelungen über die vertragliche Leihe handelt es sich um ein vom Gesetzgeber besonders ausgestaltetes Vertragsverhältnis, das einen beiderseitigen Verpflichtungswillen der Beteiligten voraussetzt und für jeden Vertragsschließenden Rechte und Pflichten begründet und ausformt (BGH Urteil vom 9. Juni 1992 - VI ZR 49/91 - NJW 1992, 2474, 2475 f.). Insbesondere enthalten die Vorschriften über die Leihe umfassende Regelungen bezüglich der Haftung von Verleiher und Entleiher, die ausgewogen die Besonderheiten der unentgeltlichen Leihe berücksichtigen (vgl. §§ 599, 600, 602, 603, 606 BGB). Bei der Überlassung eines Gegenstandes im Rahmen eines bloßen Gefälligkeitsverhältnisses fehlt den Beteiligten jedoch gerade der Wille, sich rechtlich zu binden (BGH Urteil vom 9. Juni 1992

- VI ZR 49/91 - NJW 1992, 2474, 2475). Die Beteiligten entscheiden sich in diesem Fall dafür, die Gebrauchsüberlassung nicht den gesetzlichen Bestimmungen über die Leihe zu unterstellen. Folglich können einzelne Bestimmungen, die zur Gestaltstellung dieses besonderen Vertragsverhältnisses beitragen, nicht auf ein dem Deliktsrecht unterfallendes Gefälligkeitsverhältnis übertragen werden (BGH Urteil vom 9. Juni 1992 - VI ZR 49/91 - NJW 1992, 2474, 2475 f.; OLG Frankfurt VersR 2006, 918 f.; OLG Karlsruhe Urteil vom 26. Februar 2003 - 17 U 121/02 - veröffentlicht bei juris Rdn. 17, jeweils zur Frage der Übertragung der kurzen Verjährungsfrist des § 606 BGB auf ein Gefälligkeitsverhältnis; anders OLG Koblenz VRS 100, 85, 86 f. unter der Annahme eines „leiheähnlichen Gefälligkeitsverhältnisses“).

15 d) Eine planwidrige Regelungslücke als Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 603 Satz 2 BGB besteht auch dann nicht, wenn man mit Teilen des Schrifttums (vgl. Canaris JZ 2001, 499, 502; Staudinger/Reuter (2005) Vorbem. zu §§ 598 ff. Rdn. 11 f.; MünchKomm-BGB/Kramer 5. Aufl. Einl. Rdn. 42; AnwK-BGB/Krebs § 311 Rdn. 92; Grüneberg/Sutschat in Bamberger/Roth BGB § 311 Rdn. 50; Soergel/Kummer BGB (1997) vor § 598 Rdn. 5; Erman/Kindl BGB 12. Aufl. § 311 Rdn. 22; Hoppenz in Prütting/Wegen/Weinreich BGB 4. Aufl. § 598 Rdn. 8; Gehrlein VersR 2000, 415 ff.) annimmt, dass jedenfalls bei Gefälligkeitsverhältnissen mit rechtsgeschäftsähnlichem Charakter (vgl. zu diesem Begriff Canaris JZ 2001, 499, 502), gegenseitige Schutz- und Treuepflichten bestehen, deren Verletzung zu einer Haftung nach vertraglichen Grundsätzen (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB) führen kann (MünchKomm-BGB/Kramer 5. Aufl. Einl. Rdn. 42 und ausführlich dazu Krebber VersR 2004, 150 ff.). Denn nach dieser Ansicht haften sowohl der Gefällige als auch der Begünstigte für das Verschulden Dritter gemäß § 278 BGB (MünchKomm-BGB/Kramer 5. Aufl. Einl. Rdn. 42; Soergel/Kummer BGB (1997) vor § 598 Rdn. 5).

16 3. Für die Haftung des Begünstigten wegen der Beschädigung eines im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses überlassenen und von diesem an einen Dritten weitergegebenen Gegenstandes besteht daher keine planwidrige Regelungslücke des Gesetzes, die durch die analoge Anwendung einzelner Vorschriften aus dem Recht der Leihe geschlossen werden kann.

17 Demgemäß hätte das Berufungsgericht zunächst feststellen müssen, ob zwischen den Parteien ein Leihvertrag oder ein bloßes Gefälligkeitsverhältnis zustande gekommen ist (vgl. zur Abgrenzung BGHZ 21, 102, 107). Nur wenn diese Prüfung ergeben hätte, dass zwischen den Parteien ein Leihvertrag abgeschlossen worden ist, hätte das Berufungsgericht seine Entscheidung auf § 603 Satz 2 BGB stützen können und auf weitere Feststellungen zum konkreten Unfallhergang, insbesondere zu der Frage, von wem der Roller im Unfallzeitpunkt gefahren wurde, verzichten dürfen.

18 III. Demgemäß ist die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst nicht abschließend entscheiden, weil noch erforderliche Feststellungen fehlen und das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - sich nicht mit dem Berufungsantritt des Beklagten befasst hat, der vorgetragen hat, dass die erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen rechtsfehlerhaft getroffen worden seien, weil das Amtsgericht den Beklagten nicht persönlich angehört habe (vgl. BGH Urteil vom 30. Oktober 2007 - X ZR 101/06 - NJW 2008, 576 Rdn. 26 f.). Zudem wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob eine vertragliche Haftung des Beklagten nicht möglicherweise daran scheitert, dass die Parteien zum Zeitpunkt der Überlassung des Motorrollers noch minderjährig gewesen sein könnten.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. zur Abgrenzung Leihe – Gefälligkeitsverhältnis LG Hamburg WuM 1994, 545 (Aufnahme eines Kindes in die elterliche Wohnung).

www.gut-netzwerk.de

§§ 138, 2346 BGB
Pflichtteilsverzicht des behinderten
Sozialleistungsbeziehers

Der Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers ist grundsätzlich nicht sittenwidrig.

(BGH, Urteil vom 19. 1. 2011 – IV ZR 7/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Der klagende Sozialhilfeträger verlangt aus übergeleitetem Pflichtteilsanspruch im Wege der Stufenklage vom Beklagten als Alleinerben seiner Ehefrau die Ermittlung des Werts eines zum Nachlass gehörenden Hausanwesens und Zahlung eines entsprechenden Betrags.

2 Am 6. November 2006 errichteten der Beklagte und seine Ehefrau ein notarielles gemeinschaftliches Testament. Darin setzten sich die Ehegatten gegenseitig als Alleinerben ein. Schlusserben sollten die drei gemeinsamen Kinder sein, von denen eine Tochter unter einer Lernbehinderung leidet, jedoch nicht unter gerichtlicher Betreuung steht und auch nicht in der Geschäftsfähigkeit eingeschränkt ist. Diese Tochter erhält seit dem Jahr 1992 vom Kläger Eingliederungshilfe (jetzt §§ 53 ff. SGB XII), die seit Mai 2007 als erweiterte Hilfe gemäß § 19 Abs. 5 SGB XII gezahlt wird. Die Leistungsbezieherin wurde für den Schlusserbfall zu 34/200 als nicht befreite Vorerbin eingesetzt; ihre Geschwister wurden zu je 83/200 zu Voll-Miterben bestimmt. Über den Vorerbteil wurde Dauertestamentsvollstreckung angeordnet. Testamentsvollstrecker sollte der Bruder der Leistungsbezieherin, Nacherben sollten die beiden Geschwister sein. Der Testamentsvollstrecker wurde angewiesen, der Leistungsbezieherin zur Verbesserung ihrer Lebensqualität aus den ihr gebührenden Reinerträgen des Nachlasses nach billigem Ermessen solche Geld- oder Sachleistungen zukommen zu lassen, auf die der Sozialhilfeträger nicht zugreifen kann und die auch nicht auf die gewährten Sozialleistungen anrechenbar sind.

3 Im Anschluss an die Beurkundung des Testaments verzichteten die drei Kinder in notarieller Form auf ihren jeweiligen Pflichtteil nach dem Erstversterbenden. Noch im Laufe des Abends des 6. November 2006 verstarb die Ehefrau des Beklagten.

4 Mit Bescheid vom 30. April 2008 leitete der Kläger gemäß § 93 SGB XII den Pflichtteilsanspruch der Leistungsbezieherin nach der Mutter sowie „das nach § 2314 BGB bestehende Auskunftsrecht“ auf sich über.

5 Der Beklagte behauptet, die Motivation für den Pflichtteilsverzicht habe darin bestanden, ihn nach dem Tode seiner Ehefrau finanziell abzusichern und insbesondere eine Verwertung des Hausgrundstücks, neben dem keine wesentlichen Vermögenswerte vorhanden seien, zu vermeiden. Die Eheleute und ihre Kinder seien sich einig gewesen, dass die Kinder den elterlichen Nachlass erst nach dem Letztversterbenden erhalten sollten, weshalb nicht nur die Leistungsempfängerin, sondern alle drei Kinder auf ihren jeweiligen Pflichtteil verzichtet hätten.

6 Der Kläger hält jedenfalls den Pflichtteilsverzicht der Leistungsbezieherin wegen Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB für unwirksam, da dieser ausschließlich dazu diene, unter Verstoß gegen das sozialrechtliche Nachranggebot den Zugriff des Sozialversicherungsträgers wenigstens auf den Pflichtteilsanspruch der Leistungsempfängerin zu verhindern, und sich somit als Vertrag zu Lasten Dritter darstelle.

7 Das Landgericht Köln hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht Köln die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

8 **Aus den Gründen:** Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

9 I. Das Berufungsgericht hält den Pflichtteilsverzicht der Leistungsempfängerin für wirksam, weshalb dem Kläger kein Pflichtteilsanspruch - und damit auch kein Wertermittlungsan-

spruch - zustehe. Zwar wäre der Kläger ohne den Pflichtteilsverzicht Inhaber des Pflichtteilsanspruchs geworden. Jedoch verstoße weder das gemeinsame Testament, das auch die Erblasserin wirksam errichtet habe, noch der Pflichtteilsverzicht gegen die guten Sitten. Insbesondere sei die Rechtsprechung des XII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzichtsverträgen zwischen Ehegatten nicht übertragbar. Der Unterschied bestehe schon darin, dass bei einem Unterhaltsverzicht dem Verzichtenden bereits ein subjektives Recht zustehe und er daher eine bestehende Erwerbsquelle und Unterhaltungsmöglichkeit aufgeben, während sich der Pflichtteilsberechtigte vor dem Erbfall nur einer Erwerbsschance begeben. Daran ändere auch der im Streitfall bestehende enge zeitliche Zusammenhang zwischen Verzicht und Erbfall nichts, da die Frage der Sittenwidrigkeit aus Gründen der Rechtssicherheit einheitlich zu beantworten sei. Da der Verzicht noch vor dem Erbfall erfolgt sei, könne offen bleiben, ob der Erlass eines bereits entstandenen Pflichtteilsanspruchs nach dem Erbfall sittenwidrig gewesen wäre.

10 II. Dies hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

11 Zu Recht hat das Oberlandesgericht weder hinsichtlich des gemeinschaftlichen Testaments noch hinsichtlich des Pflichtteilsverzichts einen Sittenverstoß angenommen. Die Überleitung nach § 93 SGB XII ging daher ins Leere, weshalb der Kläger nicht Inhaber der geltend gemachten Wertermittlungs- und Pflichtteilsansprüche geworden ist.

12 1. Nach der gefestigten Senatsrechtsprechung zum so genannten Behindertentestament sind Verfügungen von Todes wegen, in denen Eltern eines behinderten Kindes die Nachlassverteilung durch eine kombinierte Anordnung von Vor- und Nacherbschaft sowie einer - mit konkreten Verwaltungsanweisungen versehenen - Dauertestamentsvollstreckung so gestalten, dass das Kind zwar Vorteile aus dem Nachlassvermögen erhält, der Sozialhilfeträger auf dieses jedoch nicht zugreifen kann, grundsätzlich nicht sittenwidrig, sondern vielmehr Ausdruck der sittlich anzuerkennenden Sorge für das Wohl des Kindes über den Tod der Eltern hinaus (BGHZ 123, 368; 111, 36; Senatsurteile vom 8. Dezember 2004 - IV ZR 223/03, NJW-RR 2005, 369; vom 19. Oktober 2005 - IV ZR 235/03, NJW-RR 2006, 223). Um ein solches Testament handelt es sich auch im Streitfall. Da die lernbehinderte Tochter des Beklagten Eingliederungshilfe nach den §§ 53 ff. SGB XII bezieht, die das Vorliegen einer Behinderung voraussetzen, ist es unerheblich, dass sie gleichwohl geschäftsfähig war und nicht unter gerichtlicher Betreuung stand.

13 2. Auch der von der Leistungsbezieherin erklärte Pflichtteilsverzicht verstößt weder für sich genommen noch in einer Gesamtschau mit dem elterlichen Testament gegen die guten Sitten und ist daher wirksam.

14 a) Die Sittenwidrigkeit von Pflichtteilsverzicht, die von Sozialleistungsbezieher erklärt werden, wird in Rechtsprechung und Literatur kontrovers beurteilt.

15 Ein Teil der Rechtsprechung und - überwiegend älteren - Literatur hielt insbesondere ohne Gegenleistung erklärte Verzichte für sittenwidrig und nichtig (VGH Mannheim NJW 1993, 2953, 2954 f.; OLG Stuttgart NJW 2001, 3484 <unter II 2 c aa>; Juchem, Vermögensübertragung zugunsten behinderter Menschen durch vorweggenommene Erbfolge und Verfügungen von Todes wegen <2001>, S. 132, 171; Lambrecht, Der Zugriff des Sozialhilfeträgers auf den erbrechtlichen Erwerb <2001>, S. 172; Schumacher, Rechtsgeschäfte zu Lasten der Sozialhilfe im Familien- und Erbrecht <2000>, S. 142 ff.; Settergren, Das „Behindertentestament“ im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und sozialhilferechtlichem Nachrangprinzip <1999>, S. 28 ff.; Köbl, ZfSH/SGB 1990, 449, 459 <unter II 3 c>; wohl auch van de Loo, MittRhNotK 1989, 233, 250; neuerdings: Dutta, FamRZ 2010, 841 <unter 4> und AcP 209 (2009) 760 <unter IV 1>; wohl auch Kleinsang, RNotZ 2007, 22, 23; aufgrund der besonderen Umstände des Streitfalles Armbrüster, ZEV 2010, 88 <unter 3>). Diese Ansicht stützt sich hauptsächlich auf eine Über-

tragbarkeit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Sittenwidrigkeit von Unterhaltsverzicht in Eheverträgen oder Scheidungsfolgevereinbarungen, die dazu führen, dass ein Ehegatte sozialhilfebedürftig wird (BGHZ 178, 322 Rn. 36; BGHZ 158, 81, 87; BGHZ 86, 82, 88; BGH, Urteile vom 25. Oktober 2006 - XII ZR 144/04, NJW 2007, 904 Rn. 19; vom 24. April 1985 - IVb ZR 22/84, FamRZ 1985, 788, 790).

16 Dagegen verneint die weit überwiegende Auffassung insbesondere im jüngeren Schrifttum die Sittenwidrigkeit des Verzichts (Schotten in Staudinger, BGB <2010> § 2346 Rn. 70b; von Proff, ZERB 2010, 206 <unter III 2>; Vaupel, RNotZ 2010, 141 ff. und RNotZ 2009, 497 <unter B I 2 c bb>; Jörg Mayer, ZEV 2007, 556, 559 <unter 2. 8>; Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis <2006>, Rn. 82; Littig/Jörg Mayer, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten <1999>, Rn. 177; Sturm, Pflichtteil und Unterhalt <1993>, S. 177 ff., 186; wohl auch Engelmann, Letztwillige Verfügungen zugunsten Verschuldeter oder Sozialhilfebedürftiger 2. Aufl. <2001>, S. 25 ff.; im Streitfall: Bengel/Spall, ZEV 2010, 195 <unter 1> und Litzenburger, FD-ErbR 2010, 297734 <unter Praxishinweis Nr. 2>).

17 b) Die letztgenannte Auffassung trifft zu; die Verneinung der Sittenwidrigkeit von Pflichtteilsverzicht behinderter Sozialleistungsbeziehern ist bereits in der Senatsrechtsprechung zum „Behindertentestament“ angelegt.

18 Mit diesem Verzicht macht die Leistungsbezieherin von ihrem Recht aus § 2346 Abs. 2 BGB Gebrauch - durch Rechtsgeschäft mit der Erblasserin - die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs auszuschließen (vgl. BGHZ 37, 319, 325; Münch-Komm-BGB/Wegerhoff, 5. Aufl. § 2346 Rn. 3 ff. m.N.). Nach dem Grundsatz der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) sind Rechtsgeschäfte, die das bürgerliche Recht vorsieht, wirksam, solange sie nicht gegen entgegenstehende Gesetze verstoßen (§ 134 BGB). Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen kann ihnen gleichwohl die Wirksamkeit versagt werden, wenn dies aufgrund übergeordneter Wertungen, etwa infolge objektiver Wertentscheidungen der Grundrechte, die über Generalklauseln wie § 138 Abs. 1 BGB in das Zivilrecht hineinwirken, erforderlich ist. In solchen Fällen muss jedoch stets die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, nicht etwa dessen Rechtfertigung konkret begründet werden. Grundsätzlich können demzufolge alle im Erbrecht vom Gesetz bereitgestellten Gestaltungsinstrumente einschließlich ihrer Kombinationsmöglichkeiten zunächst ausgeschöpft werden.

19 Daher ist auch in Fällen etwaiger nachteiliger Wirkungen zu Lasten der Allgemeinheit nicht die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts durch besondere Gründe im Einzelfall zu rechtfertigen, sondern positiv festzustellen und zu begründen, gegen welche übergeordneten Wertungen das Rechtsgeschäft verstößt und weshalb seine Wirksamkeit nicht hingenommen werden kann. Dem entspricht beim „Behindertentestament“, dass nicht etwa die Testierfreiheit einen sonst gegebenen Sittenverstoß ausschließt, sondern der von der Testierfreiheit getragene letztwilligen Verfügung wegen der von den Eltern über ihren Tod hinaus getroffenen Fürsorge für das behinderte Kind die sittliche Anerkennung gebührt (vgl. BGHZ 111, 36, 42).

20 Die gegen die Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts angeführten Gründe vermögen dessen Sittenwidrigkeit nicht zu rechtfertigen.

21 aa) Beim Pflichtteilsverzicht eines Leistungsbeziehers handelt es sich schon deswegen nicht um einen unzulässigen „Vertrag zu Lasten Dritter“ - wie der Kläger meint -, weil dem Sozialversicherungsträger durch den Verzicht keinerlei vertragliche Pflichten auferlegt werden. Der Nachteil der öffentlichen Hand entsteht vielmehr nur als Reflex durch Aufrechterhaltung der Bedürftigkeit. Für Dritte lediglich mittelbar durch das Rechtsgeschäft verursachte nachteilige Wirkungen sind von diesen jedoch grundsätzlich hinzunehmen und berühren die Wirksamkeit des Geschäfts im Regelfall nicht. Es bedarf - hier nicht vorliegender - gesetzlicher Regelungen, wenn Nachteile Dritter im konkreten Fall beseitigt oder ausgeglichen werden

sollen (z. B. durch Schadensersatz-, Bereicherungs- oder Wertausgleichsansprüche; Möglichkeiten einer Anfechtung; Wegfall oder Beschränkung von Ansprüchen gegen den Dritten, etc.).

22 bb) Das Sozialhilferecht ist zwar von dem Grundsatz durchzogen, dass jeder nur insoweit staatliche Hilfe beanspruchen kann, als er die betreffenden Aufwendungen (insbesondere den Lebensunterhalt) nicht durch den Einsatz eigener Einkünfte und eigenen Vermögens bestreiten kann, er somit bedürftig ist (Nachranggrundsatz, Subsidiaritätsprinzip). Zivilrechtliche Gestaltungen können mit diesem Grundsatz in Konflikt geraten, wenn sie darauf gerichtet sind, die Bedürftigkeit einer Person gezielt herbeizuführen.

23 (1) Der Nachranggrundsatz ist indessen schon im Sozialhilferecht selbst in erheblichem Maße durchbrochen (BGHZ 111, 36, 42), vom Gesetzgeber für die unterschiedlichen Leistungsarten differenziert ausgestaltet und nicht überall beibehalten worden, weshalb dem Subsidiaritätsprinzip als Grundsatz die Präekraft weitgehend genommen worden ist (BGHZ 123, 368, 376). Der Gesetzgeber respektiert bei allen Leistungsarten Schonvermögen des Leistungsempfängers, seines Ehegatten und seiner Eltern. Bei Leistungen für behinderte Menschen ist der Einsatz eigenen Vermögens zudem auf das Zumutbare begrenzt und vor allem die Überleitung von Unterhaltsansprüchen - insbesondere gegenüber den Eltern des Behinderten - nur in sehr beschränktem Umfang möglich (§§ 19 Abs. 3, 92, 94 Abs. 2 SGB XII). Gerade darin zeigt sich das gegenläufige Prinzip des Familienlastenausgleichs, nach welchem die mit der Versorgung, Erziehung und Betreuung von Kindern verbundenen wirtschaftlichen Lasten, die im Falle behinderter Kinder besonders groß ausfallen, zu einem gewissen Teil endgültig von der Allgemeinheit getragen werden sollen, da nur Kinder die weitere Existenz der Gesellschaft sichern (BGHZ 123, 368, 376). Insbesondere bei Hilfebeziehern mit Behinderungen lässt sich somit keine hinreichend konsequente Durchführung des Nachrangs der öffentlichen Hilfe entnehmen, die - bezogen auf die Errichtung eines Behindertentestaments wie auch für den hier in Rede stehenden Pflichtteilsverzicht - die Einschränkung der Privatautonomie über § 138 Abs. 1 BGB rechtfertigen würde.

24 (2) In diesem Sinn hat der Bundesgerichtshof ferner entschieden (Urteil vom 6. Februar 2009 - V ZR 130/08, NJW 2009, 1346 [= WuM 2009, 241]), dass es nicht ohne weiteres gegen die guten Sitten verstößt, ein Hausgrundstück, das im Wesentlichen das gesamte Vermögen darstellt, gegen das Versprechen von Versorgungsleistungen zu übertragen, die nur so lange geschuldet sein sollen, wie sie von dem Verpflichteten auf dem übernommenen Anwesen selbst erbracht werden können und bei einer späteren Heimunterbringung ersatzlos wegfallen sollen. Dies gilt selbst dann, wenn für die Heimunterbringung die Sozialhilfe aufkommen muss und deren Träger - wegen der lebzeitigen Übertragung - nicht im Regresswege auf das Hausgrundstück zugreifen kann. Den Übergebenden trifft keine Pflicht, über die Leistungen an die gesetzliche Rentenversicherung hinaus für sein Alter vorzusorgen (BGH aaO Rn. 15). Anders als in den Fällen von Unterhaltsverzicht in Scheidungsfolgevereinbarungen werden keine gesetzlichen Ansprüche abgedungen und es wird auch nicht in ein gesetzliches Konzept zum Nachteil des Sozialversicherungsträgers eingegriffen, weshalb der Nachranggrundsatz der öffentlichen Hilfe nicht berührt ist (BGH aaO Rn. 18).

25 (3) Die Maßgeblichkeit dieser Wertungen auch im Streitfall wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass beim Pflichtteilsverzicht der Leistungsbezieher selbst handelt, während er bei der Errichtung eines Behindertentestaments nur von der Regelung des Nachlasses betroffen, nicht aber selbst als Handelnder daran beteiligt ist. Allerdings trifft es zu, dass sich der Verzichtende nicht wie der Erblasser auf die Testierfreiheit im eigentlichen Sinn berufen kann. Insofern ist der Pflichtteilsverzicht eher mit dem Fall der Ausschlagung einer bereits angefallenen Erbschaft vergleichbar.

²⁶ Zwar hat das Oberlandesgericht Stuttgart (NJW 2001, 3484 <unter II 2 c>) in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit hierzu entschieden, dass eine (vom Betreuer erklärte) Ausschlagung der Erbschaft eines behinderten Kindes nicht vom Vormundschaftsgericht genehmigt werden könne, insbesondere auch deswegen, weil eine solche Ausschlagung nicht mit dem sozialhilferechtlichen Nachrangprinzip zu vereinbaren sei. Der Behinderte entziehe durch die Ausschlagung bereits angefallenes Vermögen dem Zugriff des Sozialhilfeträgers und treffe daher eine sittenwidrige (§ 138 Abs. 1 BGB) Disposition zu Lasten der Hilfe leistenden Allgemeinheit. Diesem Ergebnis stehe die Senatsrechtsprechung zum Behindertentestament deswegen nicht entgegen, weil die Entscheidung über die Ausschlagung nicht Ausfluss der Testierfreiheit sei. Dem hat sich das Oberlandesgericht Hamm (ZEV 2009, 471 <unter II> mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung von Leipold) - ebenfalls in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit - insoweit angeschlossen, als der Ausschlagende eigennützig und nicht wie der Erblasser eines Behindertentestaments altruistische Ziele verfolge.

²⁷ Dies überzeugt indes nicht (so zutreffend bereits LG Aachen FamRZ 2005, 1506, 1507). Die Wertungen der Senatsrechtsprechung zum Behindertentestament müssen auch bei erbrechtlich relevantem Handeln Behinderter selbst zum Tragen kommen. Die Entscheidung darüber, ob sie die Erbschaft bzw. den Pflichtteil erhalten wollen, wird zunächst durch die Privatautonomie gedeckt. Grundsätzlich ist jeder frei in seiner Entscheidung, ob er Erbe eines anderen werden oder auf andere Art etwas aus dessen Nachlass bekommen will. Vor diesem Hintergrund ist der Erbrechtsgarantie in Art. 14 Abs. 1 GG auch ein Gegenstück im Sinne einer „negativen Erbfreiheit“ zu entnehmen. Wenn einerseits Erblasser frei darin sind, andere zu ihren Erben einzusetzen, ist dies andererseits nur insofern zu billigen, als die Betroffenen damit einverstanden sind. Es gibt keine Pflicht zu erben oder sonst etwas aus einem Nachlass anzunehmen. Wenigstens muss den Betroffenen das Recht zur Ausschlagung zustehen, um sich gegen den vom Gesetz vorgesehenen Vonselbst-Erwerb (§§ 1922, 1942 BGB) wehren zu können. Die grundsätzliche Ablehnungsmöglichkeit gegenüber Zuwendungen ist notwendiger Widerpart, der einen unmittelbar wirksamen Vermögensübergang ohne eigenes Zutun erst rechtfertigt. Insoweit kann für einen erbrechtlichen Erwerb von Vermächtnis- oder Pflichtteilsansprüchen im Grundsatz nichts anderes gelten als für die Erbenstellung selbst. In diesem Sinn steht Pflichtteilsberechtigten für einen Verzicht nicht nur die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie, sondern auch der Grundgedanke der Erbfreiheit zur Seite.

²⁸ Dies gilt unabhängig davon, dass Gläubiger von einem erbrechtlichen Erwerb des Betroffenen profitieren würden (vgl. zum Insolvenzrecht § 83 Abs. 1 Satz 1 InsO; ferner BGH, Urteil vom 25. Juni 2009 - IX ZB 196/08, FamRZ 2009, 1486 [= WuM 2009, 535] Rn. 13 ff.). Auch gegenüber der Freiheit potentieller Erben und Pflichtteilsberechtigter gilt daher die Feststellung des Senats, dass der im Sozialhilferecht nur höchst unvollkommen ausgestaltete Nachranggrundsatz keine hinreichende Prägekraft aufweist, um eine Einschränkung der Privatautonomie bzw. der negativen Erbfreiheit im dargelegten Sinn über § 138 Abs. 1 BGB rechtfertigen zu können.

²⁹ (4) Weiter ist anzuerkennen, dass Behinderte mit dem Pflichtteilsverzicht typischerweise einer Erwartungshaltung der Eltern nachkommen, die sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt haben und sicherstellen wollen, dass die Nachkommen nicht bereits beim Tode des Erstversterbenden Nachlasswerte für sich beanspruchen. Dieses Ergebnis kann nicht in gleicher Weise etwa durch eine Pflichtteilssanktionsklausel erreicht werden, da diese die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen letztlich nicht unterbinden kann (vgl. dazu die Senatsurteile vom 8. Dezember 2004 aaO und vom 19. Oktober 2005 aaO). Verzichtet ein nicht behinderter Abkömmling ohne Sozialleistungsbezug in dieser Situation auf seinen Pflichtteil, ist dies sittlich anzuerkennen. Widersetzt er sich - trotz Berücksichti-

gung im Schlusserbfall - einem solchen Wunsch der Eltern, sieht er sich dem Vorwurf des Undanks und der Illoyalität gegenüber der Familie ausgesetzt. Verzichtet ein Behinderter mit Rücksicht auf die gegenläufigen Interessen des Sozialhilfeträgers nicht auf den Pflichtteilsanspruch, setzt er sich zugleich in einen Gegensatz zu den Wünschen und Vorstellungen seiner Familie, die über Art. 6 Abs. 1 GG (Recht zur freien Gestaltung der Gemeinschaft in ehelicher und familiärer Verantwortlichkeit und Rücksicht, vgl. BVerfGE 103, 89, 101) ihrerseits verfassungsrechtlichen Schutz genießen. Dasselbe Verhalten, das bei einem nicht behinderten Nachkommen als sittlich billigenwert gälte, stellte sich mithin bei einem behinderten Kind als sittenwidrig dar.

³⁰ Zudem führt das Handeln des behinderten Pflichtteilsberechtigten nur eine Situation herbei, die in vergleichbarer Weise durch eine testamentarische Gestaltung der Eltern hätte erreicht werden können. Hätten diese sich nicht gegenseitig als Alleinerben eingesetzt, sondern - einer oft gegebenen Empfehlung folgend (etwa Everts, ZErB 2005, 353, 358) - dem behinderten Nachkommen bereits beim ersten Erbfall eine Miterbenstellung eingeräumt, hätte der Sozialhilfeträger nur bei einer Ausschlagung auf den Pflichtteilsanspruch zugreifen können. Nach heute einhelliger und überzeugender Auffassung kann der Sozialhilfeträger indes nicht das Ausschlagungsrecht auf sich überleiten und ausüben, um den Pflichtteilsanspruch nach § 2306 Abs. 1 BGB geltend zu machen (OLG Frankfurt, ZEV 2004, 24 <unter 3 c>; von Proff, ZErB 2010, 206 <unter II 4>; Vaupel, RNotZ 2009, 497 <unter V 1 c ee> m.w.N.; Litzemberger, ZEV 2009, 278 <unter 3. 1> und RNotZ 2005, 162 <unter II 1> m.w.N.; Mensch, BWNotZ 2009, 162 <unter II 3. 1>; Ruby, ZEV 2006, 66; Grziwotz, NotBZ 2006, 149, 151 f.; Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis <2006>, Rn. 86; Muscheler, ZEV 2005, 119 <unter I>; Ivo, FamRZ 2003, 6 <unter II 2 c>; Kuchinke, FamRZ 1992, 362 <unter III>; Bengel, ZEV 1994, 29, 30 <unter 2. 3 (3)>; Köbl, ZfSH/SGB 1990, 449, 464 <unter IV 3>; Haas in Staudinger, BGB <2006> § 2317 Rn. 48b m.w.N.; wohl auch OLG Stuttgart, NJW 2001, 3484 <unter II 2 c cc>; Kleinsang, RNotZ 2007, 22, 24 f.; Nazari Golpayegani/Boger, ZEV 2005, 377 <unter 3. 2>; Jörg Mayer, MittBayNot 2005, 286, 289; Nieder, NJW 1994, 1265 <unter V 1>; a.A. früher nur van de Loo, NJW 1990, 2852, 2856; MittRhNotK 1989, 233, 249 und MittRhNotK 1989, 225, 226 <unter 4>, der seine entgegenstehende Auffassung in ZEV 2006, 473, 477 ausdrücklich aufgegeben hat). Andernfalls erhielte der Sozialhilfeträger die Möglichkeit, auf die Erbfolge Einfluss zu nehmen, was generell nicht dem Erblasserwillen entspricht (BGH, Urteil vom 19. Oktober 2005 aaO = juris Rn. 22) und nach dem Gesetz den Bedachten selbst vorbehalten ist. Der Zugriff auf den Pflichtteil des Behinderten wäre danach dem Sozialhilfeträger bei einer entsprechenden testamentarischen Gestaltung in vergleichbarer Weise verwehrt gewesen wie bei Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts. Deshalb kann weder das Vorgehen des Behinderten als solches sittlich missbilligt werden noch hat dieses ein missbilligenwertes Ergebnis zur Folge.

³¹ (5) Ebenso wenig überzeugt es schließlich, die Sittenwidrigkeit zivilrechtlicher Rechtsgeschäfte mit dem - wie bereits ausgeführt - nur schwach ausgestalteten sozialrechtlichen Nachranggrundsatz zu begründen. Der Verzicht auf eine Erwerbsquelle ändert nichts an der Verpflichtung, vorhandenes Vermögen und vorhandene Einkünfte einzusetzen. Die pflichtwidrige Herbeiführung der eigenen Bedürftigkeit kann innerhalb des sozialrechtlichen Regelungssystems mit Leistungskürzungen sanktioniert werden (vgl. § 26 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB XII). Für das Hineinwirken eines solchen öffentlich-rechtlichen Regelungsprinzips in die Zivilrechtsordnung über § 138 Abs. 1 BGB, um Behinderten die erbrechtlichen Instrumente zu beschneiden, fehlt dagegen eine tragfähige Grundlage.

³² cc) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unwirksamkeit von Unterhaltsverzicht in Eheverträgen und

Scheidungsfolgenvereinbarungen, die den Sozialhilfeträger benachteiligen, ist auf Pflichtteilsverzichtsverträge nicht übertragbar.

33 Dabei braucht der umstrittenen Frage, ob und in welchem Umfang der Pflichtteil (noch) eine Unterhaltungsfunktion hat, er etwa ein funktionelles Korrelat zur Unterhaltungspflicht des Erblassers darstellt, nicht weiter nachgegangen zu werden (vgl. dazu ausführlich Sturm aaO S. 115 ff.). Das Bundesverfassungsgericht hat bei seiner Entscheidung zur Bestandsgarantie des Pflichtteilsrechts darauf jedenfalls nicht abgestellt (NJW 2005, 1561, 1563 f.; vgl. auch Keim, ZEV 2010, 56 <unter 3> m.w.N.).

34 Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Gesetzgeber in § 2346 BGB eine dem Unterhaltsverzichtsverbot des § 1614 Abs. 1 BGB vorgehende spezialgesetzliche Wertung getroffen hat (vgl. Sturm aaO S. 177 ff.) und ob der Pflichtteilsberechtigte im konkreten Fall seine Stellung als Unterhaltsgläubiger durch den Verzicht verschlechtern würde (vgl. Dutta FamRZ 2010, 841 <unter 5>).

35 Dahinstehen kann schließlich, ob die Begründung des Berufungsgerichts letztlich trägt, das Pflichtteilsrecht stelle im Gegensatz zum Unterhaltsanspruch noch keine sichere - bereits bestehende - Erwerbsquelle dar.

36 Entscheidend ist insoweit, dass das Pflichtteilsrecht der Leistungsbezieherin allenfalls ein Korrelat zu ihren Unterhaltsansprüchen gegenüber ihren Eltern sein und der Sozialhilfeträger gerade diese Unterhaltsansprüche wegen des hier eingreifenden Grundsatzes des Familienlastenausgleichs nur in sehr eingeschränktem Maße auf sich überleiten kann (§§ 19 Abs. 3, 92, 94 Abs. 2 SGB XII). Dabei besteht kein Anhalt dafür, dass der Grundsatz des Familienlastenausgleichs das „Familienvermögen“ der Eltern nur zu deren Lebzeiten schützen sollte. Eine solche Begrenzung ergibt sich weder aus dem Erb- noch aus dem Sozialrecht. So besteht die Beschränkung des Anspruchübergangs nach § 92 Abs. 2 SGB XII unabhängig davon, ob die Eltern durch eine höhere Inanspruchnahme unbillig in ihrer Lebensführung beeinträchtigt werden. Letzteres begründet bei Vorliegen einer „unbilligen Härte“ vielmehr eine eigenständige Beschränkung (§ 92 Abs. 3 SGB XII). Auch wird die Hilfe, die über die Grenzen des § 92 Abs. 2 SGB XII hinausgeht, nicht etwa nur als Darlehen gewährt, obwohl das SGB XII diese Form der Hilfeleistung durchaus kennt (vgl. § 91 SGB XII). Das alles spricht entscheidend dafür, dass den Familien behinderter Leistungsbezieher das über die Grenzen des § 92 Abs. 2 SGB XII hinausgehende Einkommen und Vermögen auf Dauer und nicht nur zu Lebzeiten der Eltern belassen werden soll.

37 Wäre der Pflichtteilsverzicht unwirksam, könnte der Sozialhilfeträger nach dem Erbfall dagegen über den Pflichtteil - als Korrelat des Unterhaltsanspruchs begriffen - in weiterem Umfang gegen den Unterhaltsschuldner vorgehen als zuvor. Dies ist in sich widersprüchlich und mit dem Grundsatz des Familienlastenausgleichs nicht zu vereinbaren.

38 In diesem Zusammenhang zeigt sich auch der Unterschied zum Familienrecht. Während Unterhaltsverzicht in Eheverträgen ehebedingte Nachteile, für deren Verteilung ein gesetzliches System besteht, unter dessen Umgehung auf die Allgemeinheit verteilen sollen, gibt es für die Tragung der besonderen Lasten, die mit der Erziehung und Betreuung behinderter Kinder verbunden sind, ein gesetzliches System im Sozialrecht, das den Zugriff auf die Eltern als Unterhaltsschuldner weitgehend ausschließt und diese Lasten der Allgemeinheit aufbürdet.

39 dd) Gegen die Annahme sittenwidriger Anwendung erbrechtlicher Gestaltungsinstrumente spricht letztlich das „bededete“ Schweigen des Gesetzgebers. Das Regelungssystem im Sozialrecht, das die gegenläufigen Grundsätze der Subsidiarität und des Familienlastenausgleichs gegeneinander abgrenzen muss, enthält keine Vorschrift, die es dem Sozialhilfeträger ermöglicht, in jedem Fall mindestens auf den Pflichtteil des Leistungsbeziehers zugreifen zu können.

40 Obwohl die Diskussion über Behindertentestamente seit langem geführt wird und seit dem ersten Senatsurteil zum Behindertentestament (BGHZ 111, 36) zwei Jahrzehnte vergangen sind, hat der Gesetzgeber - trotz entsprechender Vorschläge (vgl. nur Kübler, Das sogenannte Behindertentestament unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des Betreuers <1998>, S. 142 f.) - die betreffenden Vorschriften des Sozialrechts nicht geändert. Der Sozialhilfeträger wird im Verhältnis zu anderen Gläubigern lediglich durch die Regelung in § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII gegenüber § 852 Abs. 1 ZPO privilegiert (vgl. dazu Senatsurteil vom 8. Dezember 2004 - IV ZR 223/03, NJW-RR 2005, 369 unter II 2 d).

41 Daher besteht kein Anlass oder Grund, die bislang unterbliebene Erweiterung von Zugriffsmöglichkeiten gegenüber Eltern und Familien behinderter Kinder im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB richterrechtlich nachzuholen. Dies ist dem Gesetzgeber vorbehalten (vgl. Armbrüster, ZEV 2010, 555, 556; Klingelhöffer, ZEV 2010, 385, 387).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 21, 146, 148, 152 ZVG; §§ 1123, 1124 BGB
Gewerberaumiete; Mietaufhebungsvertrag;
vertraglich vereinbarter Mietausfallanspruch
in der Zwangsverwaltung;
Vorausverfügung über eine Mietforderung;
Nutzungen des Grundstücks**

1. Verpflichtet sich der Mieter in einem Mietaufhebungsvertrag zu Ausgleichszahlungen, falls der Vermieter bei einer Weitervermietung des Mietobjekts nur eine geringere als die vom Mieter geschuldete Miete erzielen kann, wird dieser Anspruch bei einer späteren Zwangsverwaltung des Grundstücks nicht von der Beschlagnahme erfasst.

2. Tritt der Vermieter diese Forderung vor der Anordnung der Zwangsverwaltung über das Mietgrundstück an einen anderen ab, stellt dies keine Vorausverfügung über eine Mietforderung i. S. von § 1124 Abs. 2 BGB dar.

(BGH, Urteil vom 8. 12. 2010 – XII ZR 86/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Freigabe eines beim Amtsgericht hinterlegten Geldbetrages.

2 Die Schwiegermutter der Klägerin (nachfolgend: Vollstreckungsschuldnerin) vermietete im Januar 2003 mit einem bis zum 31. März 2013 befristeten Mietvertrag in einer in ihrem Eigentum stehenden Immobilie Gewerberäume zum Betrieb eines Restaurants. Nachdem der Mieter bereits im Sommer 2004 den Betrieb des Restaurants eingestellt hatte, schlossen die Mietvertragsparteien eine Vereinbarung, in der sich der Mieter verpflichtete, die Differenz zwischen der vertraglich vereinbarten Nettomiete und der erzielten bzw. künftig zu erzielenden und gezahlten Nettomiete des neuen Mieters bzw. späterer neuer Mieter an die Vollstreckungsschuldnerin zu zahlen. Diese vermietete ab 1. August 2004 das Restaurant zu einem niedrigeren Mietzins weiter.

3 Mit schriftlicher Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 verkaufte die Vollstreckungsschuldnerin neben weiteren Forderungen ihre Ansprüche aus dieser Vereinbarung mit dem ehemaligen Mieter an die Klägerin. Gleichzeitig erklärte sie die Abtretung der Forderungen.

4 Mit Beschluss vom 20. Juni 2006 ordnete das Amtsgericht die Zwangsverwaltung für das Grundstück an und bestellte die Beklagte zur Zwangsverwalterin. Die Zwangsverwaltung wurde mit Wirkung zum 11. März 2008 aufgehoben, nachdem das Grundstück zwangsversteigert worden war. In dem Aufhebungsbeschluss wurde der Beklagten aufgegeben, ihre Tätigkeit fortzusetzen und noch die Nutzungen aus der Zeit vor der Wirksamkeit des Zuschlagsbeschlusses einzuziehen.

5 Da der ehemalige Mieter des Restaurants ab September 2006 keine Zahlungen mehr leistete, erhob die Klägerin gegen

ihn Klage auf Zahlung der rückständigen Ausgleichszahlungen. Nachdem der Mieter in diesem Verfahren einen die Klagesumme übersteigenden Geldbetrag hinterlegt hatte, erklärten die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt.

6 Im vorliegenden Verfahren begehrt die Klägerin von der Beklagten die Freigabe des hinterlegten Betrages. Das Amtsgericht Celle hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb ohne Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht [LG Lüneburg] zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Frei-gabeverlangen weiter.

7 **Aus den Gründen:** Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abänderung des Urteils des Amtsgerichts dahingehend, dass der Klage stattgegeben wird.

8 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, dass die Klägerin zwar Inhaberin der streitgegenständlichen Forderungen geworden sei. Zum Einzug dieser Forderungen sei jedoch allein die Beklagte in ihrer Funktion als Zwangsverwalterin berechtigt. Die Abtretung der streitgegenständlichen Forderungen an die Klägerin sei gemäß §§ 1123, 1124 Abs. 2 BGB, §§ 23 Abs. 1 Satz 1, 146 ZVG gegenüber der Beklagten unwirksam, weil diese Forderungen von der Beschlagnahme des Grundstücks erfasst worden seien. Zwar seien Forderungen auf Ersatz eines Mietausfallschadens nicht in den §§ 1123, 1124 BGB, in denen die vom hypothekarischen Haftungsverband erfassten Forderungen aufgezählt sind, genannt. Es sei jedoch eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften im vorliegenden Fall geboten. Der vertraglich vereinbarte Mietausfallanspruch trete in Form eines Schadensersatzanspruches an die Stelle des Teils der Mieteinkünfte, um den die nunmehr erzielbare Miete im Verhältnis zur bisherigen Miete geringer ist. Es sei sachgerecht, den Mietausfallanspruch einer Mietzinsforderung gleichzustellen. Der Vermieter wolle mit einer solchen Vereinbarung einem Mietausfall entgegenwirken. Die Differenzzahlung diene der Erhaltung der ursprünglichen Ertragslage und stelle aus diesem Grund einen Mietersatz dar, der der Miete gleichzustellen sei. Für die entsprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 1123 ff. BGB spreche auch, dass das Gesetz mit der Beschlagnahme der Mietforderung dem Zwangsverwalter die voraussichtlich aus dem bestehenden Mietvertrag zu erwartenden Einnahmen zur Verwertung zuweisen wolle. Würden die als Mietersatz gedachten Leistungen des ehemaligen Mieters nunmehr weiterhin allein der Vermieterin und Vollstreckungsschuldnerin zukommen, würde dies dem Zweck der Zwangsverwaltung, den Gläubigern Befriedigung aus den Nutzungen des Grundstücks zu verschaffen, widersprechen. Eine nicht beabsichtigte Gläubigerbenachteiligung könne nur vermieden werden, wenn die Mietausfalleistungen vollstreckungsrechtlich den Mietforderungen gleichgestellt würden.

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

10 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB auf Einwilligung in die Auszahlung des hinterlegten Betrages.

11 1. Im Streit zweier Forderungsprätendenten über die Auszahlung hinterlegten Geldes steht dem wirklichen Rechtsinhaber gegen den anderen Prätendenten ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Einwilligung in die Auszahlung zu, da dieser auf Kosten des wahren Gläubigers rechtsgrundlos die Stellung eines Hinterlegungsbeitragten erlangt hat (BGH Urteile

vom 15. Oktober 1999 - V ZR 141/98 - NJW 2000, 291, 294 und vom 21. Mai 2008 - IV ZR 238/06 - NJW 2008, 2702 Rn. 17). Wer der tatsächliche Rechtsinhaber ist, entscheidet sich ausschließlich nach dem maßgeblichen materiellen Recht (BGH Urteil vom 15. Oktober 1999 - V ZR 141/98 - NJW 2000, 291, 294; MünchKommBGB/Wenzel 5. Aufl. § 372 Rn. 29).

12 2. Im hier zu entscheidenden Fall hat die Klägerin die Mietausfallforderungen von der Vollstreckungsschuldnerin wirksam durch Abtretung erworben. Sie ist gegenüber der Beklagten auch zur Geltendmachung dieser Ansprüche berechtigt.

13 a) Soweit das Berufungsgericht im Gegensatz zu der erstinstanzlichen Entscheidung annimmt, dass der Klägerin durch die Vereinbarung vom 15. Dezember 2005 die Mietdifferenzforderungen der ehemaligen Grundstückseigentümerin gegen den früheren Mieter für den Zeitraum von September 2006 bis April 2007 wirksam abgetreten wurden, ist revisionsrechtlich hiergegen nichts zu erinnern.

14 b) Mit Erfolg wendet sich die Revision aber gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die vorgenannte Abtretung sei eine Vorausverfügung über eine Mietforderung und daher gegenüber der Beklagten gemäß §§ 146 Abs. 1, 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG i.V.m. §§ 1123 Abs. 1, 1124 Abs. 2 BGB unwirksam.

15 aa) Nach §§ 146, 20 Abs. 2 ZVG bestimmt sich der Umfang der Beschlagnahme im Rahmen einer Zwangsverwaltung nach den Vorschriften des materiellen Rechts über den Haftungsumfang bei Grundpfandrechten (§§ 1120 ff. BGB). Da die Zwangsverwaltung nach § 148 Abs. 1 ZVG auch Miet- und Pachtforderungen i. S. von § 1123 BGB erfasst, richtet sich die Wirksamkeit von Vorausverfügungen des Vollstreckungsschuldners im Rahmen einer Zwangsverwaltung nach den Vorschriften der §§ 1124, 1125 BGB, wenn - wie hier - ein Grundpfandgläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt. Eine Vorausverfügung setzt daher die Existenz einer Miet- bzw. Pachtzinsforderung gegen den Schuldner voraus, auf die durch ein Rechtsgeschäft eingewirkt wird (vgl. Senatsurteil vom 23. Juli 2003 - XII ZR 16/00 - NZM 2003, 871, 872 [= WuM 2003, 510 = GuT 2003, 192 KL]).

16 bb) Diese Voraussetzung ist bei dem an die Klägerin abgetretenen Anspruch auf Ersatz der Mietdifferenz indes nicht erfüllt. Denn dieser Anspruch stellt weder eine Mietforderung i. S. von § 1123 Abs. 1 BGB dar noch können die Vorschriften über die Beschlagnahme auf diesen Anspruch entsprechend angewendet werden.

17 (1) Als Mietforderung i. S. von § 1123 Abs. 1 BGB wäre der Zahlungsanspruch der Vollstreckungsschuldnerin nur dann zu qualifizieren, wenn die Mietvertragsparteien bei Abschluss der Vereinbarung die Absicht gehabt hätten, unter Fortbestand des ursprünglichen Mietvertrages lediglich die Mietzahlungen neu zu regeln. Die Parteien haben jedoch, wovon offensichtlich auch das Berufungsgericht ausgegangen ist, mit der Vereinbarung den ursprünglichen Mietvertrag einverständlich aufgehoben. Zwar wird in der Vereinbarung nicht ausdrücklich von einer Aufhebung oder Beendigung des Mietvertrages gesprochen. An mehreren Stellen des Vertragstextes ist jedoch erkennbar, dass die Parteien das Mietverhältnis insgesamt abwickeln wollten. Aus der Präambel des Vertragstextes ergibt sich, dass zwischen den Parteien zu diesem Zeitpunkt neben dem Mietausfallschaden noch weitere Ersatzansprüche der Vollstreckungsschuldnerin gegenüber dem Mieter hinsichtlich Schönheitsreparaturen und zweier Wasserschäden im Streit standen, die durch die Zahlungsverpflichtung des Mieters ebenfalls ausgeglichen werden sollten. In Ziffer 3 der Vereinbarung wurde von den Parteien eine Regelung zur abschließenden Abrechnung der Betriebskosten und der Kautions getroffen. Zudem wurde am Ende des Vertragstextes festgehalten, dass im Übrigen zwischen den Parteien aus dem Mietverhältnis keine weiteren gegenseitigen Forderungen mehr bestehen. Insbesondere aus der Abrede über die Abrechnung der Betriebskosten und der Kautions sowie der vereinbarten Abgeltungsklausel wird erkennbar, dass die Parteien einen Mietaufhebungsvertrag schließen wollten.

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.

18 (2) Da die Vertragsparteien den Mietvertrag einverständlich aufgehoben haben, stellt der Anspruch der Vollstreckungsschuldnerin gegen ihren ehemaligen Mieter keine Mietforderung i. S. von § 1123 Abs. 1 BGB dar (vgl. Staudinger/Wolfsteiner <2009> § 1123 BGB Rn. 3, 6 ff.). Die Zahlungsverpflichtung des Mieters beruht vielmehr auf einer eigenständigen vertraglichen Grundlage, die vergleichbar einer Schadensersatzforderung insbesondere den Mietausfallschaden der Vollstreckungsschuldnerin aufgrund der vorzeitigen Beendigung des Mietvertrages ausgleichen sollte. Eine solche Forderung wird von der Beschlagnahme nach §§ 148 Abs. 1 Satz 1, 20 Abs. 2, 21 Abs. 2 ZVG, § 1123 BGB nicht erfasst.

19 (3) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann die Beschlagnahme auch nicht durch eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften auf die Mietausgleichsforderung ausgeweitet werden.

20 Die Zwangsverwaltung verfolgt den Zweck, die Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers aus den Nutzungen des Grundstücks zu erreichen (Stöber ZVG 19. Aufl. § 146 Rn. 2. 2; Böttcher ZVG 5. Aufl. § 146 Rn. 3). Deshalb erweitert § 148 ZVG den Umfang der Beschlagnahme gegenüber dem Zwangsversteigerungsverfahren neben Versicherungsforderungen und sonstigen subjektiv-dinglichen Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen i. S. von § 1126 BGB insbesondere auf die Erzeugnisse des Grundstücks und die Erträge, die durch eine Vermietung oder Verpachtung des Grundstücks erzielt werden (Stöber aaO § 148 Rn. 1. 2). Durch die gesetzliche Regelung wird deutlich, dass im Zwangsverwaltungsverfahren zur Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers nur die durch die Nutzung des Grundstücks zu erzielenden Erträge zur Verfügung stehen sollen. Auf andere Forderungen des Vollstreckungsschuldners, selbst wenn sie im Zusammenhang mit dem Grundstück stehen, kann der Vollstreckungsgläubiger dagegen nicht zugreifen (vgl. BGH Urteil vom 29. Juni 2006 - IX ZR 119/04 - NJW-RR 2007, 265 ff. zu §§ 987 Abs. 2, 990 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine Erweiterung der Beschlagnahme über den gesetzlichen Umfang hinaus kommt daher nur für Forderungen in Betracht, die an Stelle einer Miet- oder Pachtforderung einen Ausgleich für die Nutzung des Grundstücks durch Dritte darstellen (vgl. Senatsurteil vom 23. Juli 2003 - XII ZR 16/00 - NZM 2003, 871 f. [= WuM 2003, 510] zu §§ 557 Abs. 1, 581 Abs. 2 BGB aF; BGH Urteil vom 29. Juni 2006 - IX ZR 119/04 - NJW-RR 2007, 265 [= GuT 2006, 260] Rn. 11 zu § 584 b BGB). Die Einbeziehung dieser Forderungen in den Haftungsverband rechtfertigt sich dadurch, dass es sich um Ersatzansprüche handelt, die an die Stelle des Anspruchs auf Mietzahlung treten, weil ein Dritter in einem Zeitraum nach der Beschlagnahme rechtsgrundlos das Grundstück nutzt. Die nach § 152 Abs. 1 ZVG bestehende Aufgabe des Zwangsverwalters, für eine ordnungsgemäße Nutzung und Verwaltung des Grundstücks zu sorgen, schließt die Befugnis ein, auch solche Ansprüche zu verfolgen (vgl. Senatsurteil vom 23. Juli 2003 - XII ZR 16/00 - NZM 2003, 871, 872 [= WuM aaO]).

21 Die von der Vollstreckungsschuldnerin an die Klägerin abgetretene Mietausfallforderung ist mit den genannten Nutzungsersatzansprüchen nicht vergleichbar. Denn die von dem ehemaligen Mieter geschuldeten Zahlungen sind kein Äquivalent für eine Nutzung des Grundstücks im Zeitraum nach der Beschlagnahme. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hatte der Mieter spätestens im August 2004 die Gewerberäume geräumt und an die Vollstreckungsschuldnerin herausgegeben. Das ursprüngliche Mietverhältnis war somit fast zwei Jahre vor der Anordnung der Zwangsverwaltung vollständig beendet. Die von dem Mieter geschuldete Ausgleichszahlung ist daher kein Ertrag, der durch die Nutzung des Grundstücks erwirtschaftet wird, sondern ein Anspruch der Vollstreckungsschuldnerin, mit dem der Schaden ausgeglichen werden soll, der ihr durch die vorzeitige Beendigung des auf zehn Jahre befristeten früheren Mietvertrages entsteht. Der Umstand allein, dass dieser Anspruch im Zusammenhang mit einer - zudem vor der Beschlagnahme beendeten - Vermietung des Grund-

stücks steht, genügt nicht, um die Mietausfallforderung allein dem Zugriff des Gläubigers vorzubehalten, der die Zwangsverwaltung betreibt.

22 3. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil keine weiteren Feststellungen erforderlich sind und die Sache damit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Da sich die auf Einwilligung in die Auszahlung des hinterlegten Betrages gerichtete Klage als begründet erweist, ist auf die Berufung der Klägerin das Urteil des Amtsgerichts, das die Klage abgewiesen hat, entsprechend abzuändern.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 19 InsO a. F.; § 64 GmbHG a. F.
Insolvenz; Überschuldungsbilanz; Aktivierung des
Anspruchs auf Rückzahlung der Mietkaution;
Passivierung zukünftig fällig werdender
Mietzinsforderungen**

a) Macht der Insolvenzverwalter gegen den Geschäftsführer einer GmbH einen Ersatzanspruch nach § 64 Abs. 2 GmbHG aF (= § 64 Satz 1 GmbHG nF) geltend und beruft er sich dabei auf eine Überschuldung der Gesellschaft i.S. des § 19 InsO in der bis zum 17. Oktober 2008 geltenden Fassung, hat er lediglich die rechnerische Überschuldung anhand von Liquidationswerten darzulegen. Die Darlegungs- und Beweislast für eine positive Fortführungsprognose – mit der Folge einer Bewertung des Vermögens zu Fortführungswerten – obliegt dem Geschäftsführer (Bestätigung von BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2006 – II ZR 303/05, ZIP 2006, 2171 Rn. 3; BGH, Urteil vom 27. April 2009 – II ZR 253/07, ZIP 2009, 1220 Rn. 11).

b) Die Aktivierung eines Anspruchs auf Rückzahlung einer Mietkaution in der Überschuldungsbilanz setzt voraus, dass der Anspruch einen realisierbaren Vermögenswert darstellt.

(BGH, Urteil vom 18. 10. 2010 – II ZR 151/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der D. Fleischgroßhandel GmbH (nachfolgend: Schuldnerin). Der Beklagte ist Alleingesellschafter und Alleingeschäftsführer der Schuldnerin. Das Insolvenzverfahren wurde am 24. Oktober 2007 auf Eigenantrag vom 28. September 2007 eröffnet.

2 Der Kläger begehrt von dem Beklagten gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG aF Ersatz für Zahlungen in einer Gesamthöhe von 118.280,01 € zzgl. Zinsen, die der Beklagte im Zeitraum vom 1. Juli 2007 bis zum 13. September 2007 vom Geschäftskonto (29.258,72 €) und aus Kassenbeständen (89.021,29 €) der Schuldnerin geleistet hat.

3 Die Parteien streiten um die Frage, ob die Schuldnerin ab dem 1. Juli 2007 überschuldet war. Während Einigkeit darüber besteht, dass die Verbindlichkeiten der Schuldnerin per 1. Juli 2007 jedenfalls 60.967,13 € betragen, ist umstritten, ob Verbindlichkeiten aus einem langfristigen Mietvertrag der Schuldnerin ebenfalls - zumindest teilweise - zu passivieren sind. Kein Einvernehmen herrscht weiter über die Aktiva der Schuldnerin zum Stichtag 1. Juli 2007, und zwar zum einen über den Umfang der Forderungen aus Lieferung/Leistung sowie zum anderen darüber, ob ein Betriebskostenguthaben in Höhe von 2436 € sowie eine Mietkaution in Höhe von 9400 € im Überschuldungsstatus zu aktivieren sind.

4 Das Landgericht Hamburg hat den Beklagten unter Vorbehalt seiner Rechte im Insolvenzverfahren antragsgemäß verurteilt. Das Berufungsgericht [OLG Hamburg] hat die Klage abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

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

6 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Der insoweit darlegungspflichtige Kläger habe eine Überschuldung zum 1. Juli 2007 nicht dargetan. Auszugehen sei von einem Forderungsbestand der Schuldnerin per 1. Juli 2007 von 39.361,15 € der sich einer vom Kläger nicht hinreichend substantiiert bestrittenen Aufstellung des Beklagten entnehmen lasse. Zu aktivieren sei zudem ein Betriebskostenguthaben i.H.v. 2436 €, so dass unter Berücksichtigung der weiteren Aktiva wie Bar- und Guthabensvermögen sowie des Wertes der Betriebs- und Geschäftsausstattung eine rechnerische Unterdeckung von nur noch 1169,98 € gegeben sei. Ob diese verbleibende Deckungslücke objektiv durch die Aktivierung des Mietkautionsguthabens i.H.v. 9400 € zu schließen sei, könne dahinstehen. Jedenfalls könne dem Beklagten subjektiv nicht vorgeworfen werden, wenn er dieses Kautionsguthaben zumindest zu einem Teil als Vermögen der Schuldnerin angesetzt habe. Eine Passivierung von zukünftigen Mietforderungen komme nicht in Betracht, da der Kläger nicht dargelegt habe, dass zum 1. Juli 2007 keine günstige Fortführungsprognose mehr bestanden habe und deshalb eine Erwirtschaftung der jeweils fälligen Miete aus den Erträgen der Gesellschaft nicht in Betracht gekommen sei.

8 II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

9 Das Berufungsgericht ist sowohl bei der Verneinung einer Überschuldung i.S. des § 19 InsO in der bis zum 17. Oktober 2008 geltenden Fassung (nachfolgend: InsO aF; zur Anwendbarkeit auf Altfälle vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2009 - II ZR 280/07, ZIP 2009, 860 Rn. 10) als auch bei den Feststellungen zum Verschulden des Beklagten von einer unzutreffenden Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ausgegangen.

10 1. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Kläger habe die Überschuldung zum 1. Juli 2007 nicht dargetan.

11 a) Gemäß § 19 Abs. 2 InsO aF liegt eine Überschuldung vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Aus dem Aufbau des § 19 Abs. 2 InsO aF folgt ohne weiteres, dass die Überschuldungsprüfung nach Liquidationswerten in Satz 1 den Regelfall und die nach Fortführungswerten in Satz 2, der eine positive Fortführungsprognose voraussetzt, den Ausnahmefall darstellt. Im Haftungsprozess wegen verbotener Zahlungen nach § 64 Abs. 2 GmbHG aF hat die Geschäftsleitung daher die Umstände darzulegen und notfalls zu beweisen, aus denen sich eine günstige Prognose für den fraglichen Zeitraum ergibt (BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2006 - II ZR 303/05, ZIP 2006, 2171 Rn. 3; zur Insolvenzverschleppungshaftung nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 64 Abs. 1 GmbHG aF vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2009 - II ZR 253/07, ZIP 2009, 1220 Rn. 11).

12 b) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft die Darlegungs- und Beweislast insoweit dem Kläger auferlegt. Zwar ist es im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass es von der Fortführungsprognose abhängen kann, ob Verbindlichkeiten aus schwebenden - d.h. zum Stichtag der Überschuldungsbilanz noch von keiner Vertragspartei vollständig erfüllten - Verträgen, zu denen insbesondere auch Mietverträge gehören können (Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 19 Rn. 98; K. Schmidt/Bitter in Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., Vor § 64 Rn. 43), im Überschuldungsstatus zu passivieren sind (vgl. K. Schmidt/Bitter in Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., Vor § 64 Rn. 43; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 19 Rn. 125, Temme, Die Eröffnungsgründe der Insolvenzordnung, 1997, S. 173 f. mwN; Hachenburg/Ulmer,

GmbHG, 8. Aufl., § 63 Rn. 45). Das Berufungsgericht ist jedoch der Frage, ob die noch nicht fälligen Verbindlichkeiten aus dem laufenden Mietvertrag der Schuldnerin in einer Höhe von insgesamt 196.800 € zumindest teilweise zu passivieren seien, mit der unzutreffenden Begründung nicht weiter nachgegangen, der Kläger habe nicht dargelegt, dass zum 1. Juli 2007 keine günstige Fortführungsprognose mehr bestanden habe.

13 c) Der darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hat bislang nicht hinreichend substantiiert vorgetragen, dass per 1. Juli 2007 eine positive Fortführungsprognose bestand, so dass die Entscheidung des Berufungsgerichts sich insoweit auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO). Dem Vorbringen des Beklagten ist nicht zu entnehmen, dass er subjektiv den Willen zur Fortführung des Unternehmens der Schuldnerin hatte und objektiv einen Ertrags- und Finanzplan mit einem schlüssigen und realisierbaren Unternehmenskonzept für einen angemessenen Prognosezeitraum aufgestellt hatte (BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2006 - II ZR 303/05, ZIP 2006, 2171 Rn. 3; Haas in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 64 Rn. 44 ff. mwN). Es sind auch im Übrigen keine Umstände vorgetragen oder sonst ersichtlich, die in Bezug auf den Stichtag eine positive Fortführungsprognose rechtfertigen könnten. Vielmehr hat der Kläger vorgetragen, dass die Schuldnerin im gesamten Zeitraum seit jedenfalls dem 1. Juli 2007 „von der Hand in den Mund“ gelebt, d.h. die nur geringen Umsatzerlöse sofort dazu verwendet habe, neue Waren zu kaufen und einen Teil ihrer drängendsten Verbindlichkeiten zu bezahlen. Es habe weder einen Liquiditätsplan noch eine Gewinn- und Verlustrechnung noch ein Sanierungskonzept gegeben, auch keine Sanierungsbemühungen oder Sanierungsaussichten. Dem ist der Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten. Er hat vielmehr konkludent zugestanden, keinen Sanierungsplan gehabt zu haben, indem er geltend gemacht hat, solche Pläne würden von Wirtschaftsprüfern oder Wirtschaftsberatern erstellt, kosteten mindestens zwischen zehn- und zwanzigtausend Euro und seien nicht auf Knopfdruck innerhalb von drei Wochen zu haben gewesen. Der Beklagte hat im Übrigen ohne Angabe von Einzelheiten nur pauschal behauptet, ab Mitte August, als ihm die Erkenntnis gekommen sei, „dass es nicht mehr weitergehe“, Verhandlungen mit Gläubigern geführt zu haben, um eine Zahlungsvereinbarung zustande zu bringen. Außerdem habe er eine Darlehenszusage aus dem Kreise der Familie über 30.000 € unter der Voraussetzung erhalten, dass auch die Gläubiger in einen teilweisen Forderungsverzicht einwilligen würden. In der Berufungsverhandlung hat er dagegen geltend gemacht, es sei bereits im Mai oder Juni klar gewesen, dass es nicht zu einem Vergleich mit einem Großgläubiger kommen würde. Aus dem Schreiben der G. GmbH & Co. KG ergibt sich lediglich, dass dieser Gläubiger (erst) am 1. Oktober 2007 einem Vergleichsvorschlag zugestimmt hat. Im Übrigen hat der Beklagte lediglich „bestritten“, dass „keine Sanierungsbemühungen stattgefunden hätten“.

14 2. Das Berufungsgericht hat weiter zu Unrecht offengelassen, ob die nach seinen Feststellungen per 1. Juli 2007 bestehende rechnerische Unterdeckung in Höhe von 1169,98 € bei zutreffender Bewertung des Mietkautionsguthabens beseitigt wird. Die Begründung, es könne dem Beklagten jedenfalls nicht vorgeworfen werden, wenn er die von ihm geleistete Miet-sicherheit in Höhe von 9400 € jedenfalls mit einem geringen Teil als Vermögen der Schuldnerin angesetzt habe, weil er am 1. Juli 2007 nicht damit habe rechnen müssen, dass „die Insolvenz in Zukunft wegen einer unbefriedigenden Geschäftslage unabänderlich eintreten und das Kautionsguthaben dann durch Verrechnung mit offenen Mieten vollständig aufgezehrt werden würde“, verkennt wiederum die Darlegungs- und Beweislast. So genügt für den subjektiven Tatbestand des § 64 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG aF die Erkennbarkeit der Insolvenzreife für den Geschäftsführer, wobei ein Verschulden vermutet wird (BGH, Urteil vom 20. November 1999 - II ZR 273/98, BGHZ 143, 184, 185 mwN; BGH, Urteil vom 14. Mai 2007 - II ZR 48/06, ZIP 2007, 1265 Rn. 15 [= GuT 2007, 256 KL]). Entsprechende Fest-

stellungen, die eine Widerlegung der Verschuldensvermutung rechtfertigen könnten, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es hat vielmehr seiner Entscheidung den unzutreffenden Rechtssatz zugrunde gelegt, der klagende Insolvenzverwalter müsse darlegen und beweisen, dass der Beklagte mit dem unabänderlichen Eintritt der Insolvenz wegen einer unbefriedigenden Geschäftslage, mithin mit einer negativen Fortführungsprognose habe rechnen müssen.

15 III. Aufgrund der aufgezeigten Rechtsfehler ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 562 Abs. 1, 563 Abs. 1 ZPO).

16 In dem neu eröffneten Berufungsverfahren werden - nach ergänzendem Vortrag der Parteien - die noch fehlenden Feststellungen zur Fortführungsprognose und den dementsprechend im Überschuldungsstatus zu aktivierenden und zu passivierenden Positionen, zum Verschulden des Beklagten sowie - soweit erheblich - zur noch zwischen den Parteien als Zahlung umstrittenen Position in Höhe von 694,45 € zu treffen sein.

17 Für das weitere Berufungsverfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

18 1. Im Hinblick auf das Mietkautionsguthaben ist zu beachten, dass die Aktivierung einer Forderung in der Überschuldungsbilanz voraussetzt, dass diese durchsetzbar ist, sie muss einen realisierbaren Vermögenswert darstellen (Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 19 Rn. 77, 80). Daran fehlt es jedenfalls - wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt richtig erkannt hat -, wenn eine positive Fortführungsprognose nicht besteht. Das hat der Beklagte, wie oben ausgeführt, nicht dargelegt.

19 2. Wenn im weiteren Berufungsverfahren von einer negativen Fortführungsprognose auszugehen ist, stellt sich die Frage, in welcher Höhe die zukünftig fällig werdenden Mietforderungen zu passivieren sind. In diesem Zusammenhang wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die bis zum Ende der festen Laufzeit des Mietvertrages (30. Juni 2011) anfallende Miete anzusetzen ist oder aber - wie es der Kläger selbst vertritt - nur eine Rückstellung mit einem Teilwert angemessen ist. Für die Erforderlichkeit eines Abschlags könnte sprechen, dass wegen einer ggf. fehlenden Fortführungsmöglichkeit letztlich nur eine Kündigung durch den Insolvenzverwalter gemäß § 109 Abs. 1 Satz 1 InsO realistisch war, mithin Rückstellungen für einen Schadensersatzanspruch des Vermieters zu bilden waren. Insoweit wäre zu prüfen, ob damit gerechnet werden konnte, dass der Vermieter einen Nachmieter gefunden hätte (vgl. auch Uhlenbruck/Wegener, InsO, 13. Aufl., § 109 Rn. 11).

20 3. Soweit die Revision als Verstoß gegen § 138 Abs. 1 ZPO rügt, dass das Berufungsgericht die vom Beklagten handschriftlich erstellte Forderungsaufstellung als genügende Darlegung des Forderungsbestandes der Schuldnerin angesehen hat, sind Rechtsfehler des Berufungsgerichts nicht ersichtlich. Es hat zutreffend ausgeführt, dass die Aufstellung jedenfalls hinreichend substantiiert ist, um den grundsätzlich für den Nachweis einer Überschuldung darlegungs- und beweisbelasteten Kläger in die Lage zu versetzen, seinerseits die bei ihm befindlichen Geschäftsunterlagen durchzusehen und zu den Angaben des Beklagten im Einzelnen Stellung zu nehmen. Der Beklagte hat unwidersprochen vorgetragen, dass die Aufstellung nach einer Einsichtnahme in die beim Kläger befindlichen Bank- und Kassenunterlagen gefertigt wurde. Dies hat auch das Berufungsgericht festgestellt. Es obliegt deshalb dem Kläger, diese Geschäftsunterlagen zu sichten und substantiiert vorzutragen, welche von dem Beklagten aufgelisteten Forderungen keine Grundlage in den Geschäftsunterlagen haben.

21 4. Zu Recht hat das Berufungsgericht erkannt, dass eine teleologische Korrektur des Zahlungsbegriffs des § 64 Abs. 2 GmbHG aF dahingehend, dass es auf einen Vergleich des Vermögens der Schuldnerin bei Eintritt der Insolvenzverschleppung und deren Ende ankommt, nicht der Rechtsprechung des Senats entspricht. Allenfalls dann, wenn mit den vom Geschäftsführer bewirkten Zahlungen ein Gegenwert in das Gesell-

schaftsvermögen gelangt und dort verblieben ist, kann erwo-gen werden, eine Massekürzung und damit einen Erstattungsanspruch gegen das Organmitglied zu verneinen, weil dann der Sache nach lediglich ein Aktivtausch vorliegt (BGH, Urteil vom 31. März 2003 - II ZR 150/02, ZIP 2003, 1005, 1006 mwN). Dass diese Voraussetzungen, insbesondere der Verbleib eines Gegenwerts im Vermögen der Schuldnerin hier gegeben sind, ist nicht festgestellt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 56, 286 ZPO

Pacht; Schwimmbadanlage mit Gebäude; Verkauf eines Miteigentumsanteils am Grundstück an einen Dritten fragwürdiger Identität oder Existenz; Pachtzinsforderung; Scheinkläger; Geldwäsche

Zur Klärung der Frage, ob eine Prozesspartei existiert.

(BGH, Urteil vom 29. 9. 2010 – XII ZR 41/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger nimmt den Beklagten auf Zahlung von Pachtzinsen in Anspruch. Die Parteien streiten allerdings vorrangig darüber, ob der Kläger überhaupt existiert.

2 Durch Pachtvertrag vom 1. Februar 1997 verpachteten die damaligen Miteigentümer R. K. und E. P. die auf dem Grundstück K. Straße 24–32 in N. befindliche Schwimmbadanlage nebst Betriebswohnung und angrenzendem Dreifamilienhaus an den Beklagten. Der vereinbarte Pachtzins von 324.000 DM (165.658,56 €) jährlich sollte jeweils hälftig an die Miteigentümer gezahlt werden. Ausweislich eines vor dem Notar B. in T. geschlossenen Kaufvertrags vom 27. Dezember 1996 veräußerte R. K. seinen ideellen Miteigentumsanteil an einen H. S., wohnhaft D. R. L. , S., California, USA. Beide Personen wurden in dem notariellen Vertrag als „von Person bekannt“ bezeichnet. Seit dem 25. November 1998 ist ein „H. S.“ als Miteigentümer des Grundstücks im Grundbuch eingetragen.

3 Bereits unter dem 1. Februar 1994 hatte Notar B. einen Kaufvertrag über ein in Hamburg gelegenes Grundstück beurkundet, bei dem ein H. S. als Käufer aufgetreten war. In der betreffenden Urkunde heißt es unter anderem, dass ein H. J. S. „ausgewiesen durch niederländischen Reisepass“ erschienen sei.

4 Mit der Klage hat der Kläger Zahlung rückständiger Pachtzinsen in Höhe von 76.376,72 € nebst Zinsen verlangt. Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er hat sich in erster Linie darauf berufen, dass der Kläger, der nie persönlich in Erscheinung getreten und auch sonst nicht zu ermitteln sei, nicht existiere. Darüber hinaus hat er geltend gemacht, zwischen ihm und den Verpächtern sei eine Vereinbarung zustande gekommen, nach der nur noch die Pachtzinshälfte der E. P. zu zahlen sei, während mit der anderen Hälfte zunächst die fällige Grundsteuer sowie weitere Verbindlichkeiten der Verpächter bei der Stadt N., den Stadtwerken und dem Finanzamt zu tilgen gewesen seien. Insoweit sei seitens der Verpächter ein Verzicht erklärt worden, bis die genannten Verbindlichkeiten restlos getilgt seien. Auf diese Weise habe er insgesamt 205.383,27 € gezahlt.

5 Das Landgericht Kiel hat die Klage als unbegründet abgewiesen. Die Berufung des Klägers wurde mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage unzulässig ist. Mit der - vom Oberlandesgericht Schleswig zugelassenen - Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

6 **Aus den Gründen:** A. Die Revision ist zulässig.

7 I. Das Berufungsgericht hat die Klage als unzulässig abgewiesen, weil auf der Grundlage der Beweisaufnahme des Landgerichts und der Beweisanträge des Klägers zu seiner Existenz nicht festgestellt werden könne, dass dieser existiere. Unbeschadet der insofern dargelegten Zweifel an der Existenz des Klägers begegnet die Zulässigkeit der Revision keinen Bedenken. Denn das Rechtsmittel einer Partei, die sich dagegen wen-

det, von der Vorinstanz zu Unrecht als nicht existent behandelt worden zu sein, ist ohne Rücksicht darauf zulässig, ob die Annahme gerechtfertigt ist. Auch wenn Zweifel an der Existenz einer Partei bestehen, ist sie zur Erledigung des Streits hierüber als existent zu behandeln (Senatsbeschluss vom 12. Mai 2004 - XII ZR 226/03 - NJW-RR 2004, 1505, 1506; BGHZ 24, 91, 94; zur Prozessfähigkeit: BGHZ 143, 122, 123 und Urteil vom 9. Januar 1996 - VI ZR 94/95 - NJW 1996, 1059).

8 II. Der von dem Beklagten gerügte Mangel der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung des Klägervertreters liegt nicht vor. Durch Vorlage der Originalvollmacht vom 27. Dezember 2005 mit Beglaubigungsvermerk des Notars B. vom 27. Dezember 2006 (richtig wohl: 2005) ist nachgewiesen, dass der Kläger seinen erstinstanzlichen Anwälten für den vorliegenden Rechtsstreit Prozessvollmacht erteilt hat; diese umfasst auch die Befugnis, Rechtsmittel einzulegen. Darüber hinaus ist durch Vorlage des Schreibens der vorinstanzlich tätigen Rechtsanwälte vom 27. Februar 2009 im Original belegt, dass diese den jetzigen Klägervertreter mit der Durchführung des Revisionsverfahrens beauftragt haben. Damit ist der Vollmachtsnachweis in der Weise geführt, dass die Vertretungsmacht des Klägervertreters bis auf die Partei zurückgeführt werden kann (vgl. BGH Beschluss vom 27. März 2002 - III ZB 43/00 - NJW-RR 2002, 933).

9 B. Die Revision ist aber unbegründet.

10 I. Das Berufungsgericht hat zu der Abweisung der Klage als unzulässig ausgeführt:

11 Die Existenz und damit die Parteifähigkeit der an einem Rechtsstreit beteiligten Parteien gehöre zu den Prozessvoraussetzungen, deren Mangel in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigen sei. Aufgrund des notariellen Kaufvertrags vom 1. Februar 1994 und des notariellen Unterschriftsbeglaubigungsvermerks bezüglich der Prozessvollmacht vom 27. Dezember 2005 sei aber nicht nach § 415 Abs. 1 ZPO bewiesen, dass der Kläger damals existiert habe. Die Beweiskraft der Urkunden beziehe sich nicht auf die Identität einer Vertragspartei, sondern lediglich darauf, dass jemand sich am 1. Februar 1994 bei dem Notar unter Vorlage eines niederländischen Reisepasses als H. S. ausgewiesen habe. Dieser Reisepass könne - was nach dem Beklagtenvorbringen nicht fernliegend sei - gefälscht gewesen sein. Zwar erstrecke die wohl überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur die Beweiskraft notarieller Urkunden nach § 415 Abs. 1 ZPO unter Hinweis auf § 10 Abs. 1 BeurkG auch auf die Identität der Erklärenden, soweit nicht der Notar einen Vermerk gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 BeurkG aufgenommen habe. Dieser Auffassung sei jedoch nicht zu folgen. Der Notar nehme mit den Feststellungen zur Identität der Beteiligten ebenso wie bei der von ihm nach den §§ 11, 28 BeurkG vorzunehmenden Prüfung der Geschäftsfähigkeit das Ergebnis eigener Wahrnehmungen in die Urkunde auf; diese nähmen nicht am öffentlichen Glauben der Urkunde teil. Die Identitätsfeststellung falle selbst dann nicht in den Anwendungsbereich des § 415 Abs. 1 ZPO, wenn sie zum vorgeschriebenen Urkundeninhalt gehöre. Denn ebenso wie durch die Feststellung der Geschäftsfähigkeit sollten durch die Identitätsfeststellung lediglich Zweifel an der Wirksamkeit der beurkundeten Erklärung ausgeräumt werden, materiell-rechtliche Aspekte seien aber nicht Gegenstand der formellen Beweiskraft des § 415 Abs. 1 ZPO. Den Feststellungen des Notars zur Identität der Urkundsbeteiligten könne nur Beweiswirkung über den Vorgang zukommen, dass ein Urkundsbeteiligter dem Notar ein seine Identität ausweisendes Dokument vorgelegt habe, nicht aber für dessen materielle Richtigkeit. Die Notare seien ohne sachverständige Hilfe zu Feststellungen zur Echtheit von Ausweispapieren - insbesondere solchen ausländischer Herkunft - nicht in der Lage.

12 Deshalb sei nach dem Inhalt der in Ablichtung vorgelegten Urkunden lediglich davon auszugehen, dass sich am 1. Februar 1994 bei dem Notar ein Grundstückskäufer mit einem niederländischen Ausweis als H. S. ausgewiesen, der hierdurch dem

Notar von Person bekannte Beteiligte am 27. Dezember 1996 vor dem Notar den hälftigen Miteigentumsanteil des Pachtgegenstandes erworben und am 27. Dezember 2006 (richtig wohl: 2005) vor dem Notar eine Unterschrift unter der Prozessvollmacht anerkannt habe. Weitergehenden Beweiswert habe auch die schriftliche Zeugenaussage des Notars nicht. Die Existenz des Klägers sei ebenso wenig durch die Aussagen der vom Landgericht vernommenen Zeugen M. und K. bewiesen. Der Zeuge M. habe bekundet, den Kläger persönlich aus Amerika zu kennen; der Zeuge K. habe mitgeteilt, den Kläger seit gut zehn Jahren zu kennen. Diese Bekundungen führten nicht weiter als die notariellen Urkunden und die schriftliche Zeugenaussage des Notars und belegten - unterstellte man sie als zutreffend - lediglich, dass sich den Zeugen jemand als H. S. vorgestellt habe. Nachdem der Kläger die Auflage zur Beibringung von beglaubigten Ablichtungen von Reisepass und Geburtsurkunde aus nicht plausiblen Gründen nicht befolgt und auch der Anordnung zum persönlichen Erscheinen im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht Folge geleistet habe, sei es nicht möglich, der streitigen Frage seiner Existenz weiter nachzugehen. Sollte eine dritte Person unter der vorgetäuschten Identität des H. S. aufgrund des bei dem Notar B. am 27. Dezember 1996 geschlossenen Kaufvertrages über den Pachtgegenstand Miteigentum erworben haben, Forderungsinhaber geworden und diesen Rechtsstreit veranlasst haben, käme eine Verurteilung des Beklagten zur Zahlung nur an diesen Dritten, nicht aber an - einen nicht existenten - H. S. in Betracht.

13 II. Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

14 1. Das Berufungsgericht hat sich zu Recht zu einer Prüfung der Existenz des Klägers veranlasst gesehen. § 56 Abs. 1 ZPO verpflichtet die Gerichte zwar nicht, in jedem Rechtsstreit von Amts wegen eine umfassende Prüfung aller in der Vorschrift genannten Prozessvoraussetzungen vorzunehmen. Sie haben in dieser Hinsicht lediglich einen Mangel von Amts wegen zu berücksichtigen. Eine Prüfung ist aber dann angezeigt, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass Prozessunfähigkeit vorliegen oder eine Partei ihre Rechts- und Parteifähigkeit verloren haben könnte (BGHZ 86, 184, 188 f.; 159, 94, 99 f. und 176, 74, 78). Entsprechendes gilt für die Frage, ob eine Partei überhaupt existiert (vgl. BGHZ 24, 91, 94; Senatsbeschluss vom 12. Mai 2004 - XII ZB 226/03 - NJW-RR 2004, 1505, 1506).

15 Der Beklagte hat hinreichende Zweifel daran vorgetragen, dass der Kläger existiert. Er hat darauf hingewiesen, dass sich durch die Ermittlungen der Feuerkasse in einem vor dem Landgericht Hamburg geführten Rechtsstreit herausgestellt habe, dass es den Kläger nicht gebe. Zu demselben Ergebnis seien die Staatsanwaltschaft Kiel in einem Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Geldwäsche und das Landeskriminalamt Hamburg im Zusammenhang mit Ermittlungen wegen eines Brandschadens an dem dem Hamburger Rotlichtmilieu zuzuordnenden Objekt „F.“ gelangt. Der in der notariellen Urkunde vom 1. Februar 1994 des Notars B. erwähnte niederländische Reisepass sei zu keinem Zeitpunkt von einer niederländischen Behörde für den Kläger ausgestellt worden. Entgegen den Angaben des Klägers habe dieser sich auch nie im Klinikum N. aufgehalten; dort sei ein Patient mit den Personalien des Klägers nicht bekannt.

16 2. Aufgrund dieses Vorbringens war das Berufungsgericht verpflichtet, die Frage der Existenz des Klägers einer Überprüfung zu unterziehen. Die Existenz und damit die Parteifähigkeit jeder an einem Rechtsstreit beteiligten Partei gehört zu den Prozessvoraussetzungen, deren Mangel das Gericht, auch in der Revisionsinstanz, von Amts wegen zu berücksichtigen hat und ohne die ein Sachurteil nicht ergehen darf (BGHZ 86, 184, 188 f.; 134, 116, 118). Das Gericht ist deshalb gehalten, alle in Frage kommenden Beweise zu erheben, wobei es nicht an die förmlichen Beweismittel des Zivilprozesses gebunden ist, weil - auch im Revisionsverfahren - der Grundsatz des Freibeweises gilt, so dass der Beweis mit allen möglichen Mitteln erhoben

werden kann (BGH Urteil vom 9. Januar 1996 - VI ZR 34/95 - NJW 1996, 1059, 1060 und Beschluss vom 16. Mai 1991 - IX ZB 81/90 - NJW 1992, 627, 628).

17 3. Das Berufungsgericht hat den Beweis der Existenz des Klägers nicht durch die notariellen Kaufvertragsurkunden vom 1. Februar 1994 und vom 27. Dezember 1996 sowie den Unterschriftsbeglaubigungsvermerk bezüglich der Prozessvollmacht vom 27. Dezember 2006 (richtig wohl: 2005) als geführt angesehen. Die Beweiskraft der Urkunden beziehe sich nicht auf die Identität einer Person.

18 Diese Beurteilung steht mit der in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung nicht in Einklang. Danach gehört vielmehr bei notariellen Urkunden die Feststellung der Identität der erklärenden Person zu dem an der Beweiskraft teilnehmenden Inhalt der Urkunde, soweit in ihr nicht gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 BeurkG vermerkt ist, dass sich der Notar keine Gewissheit über die Person verschaffen konnte (OLG Celle NJW-RR 2006, 448, 449 f.; OLG Hamm VersR 2000, 1219; vgl. auch BGH Beschluss vom 17. Dezember 1962 - NotZ 8/62 - NJW 1963, 1010, 1012; Winkler BeurkG 16. Aufl. § 1 Rn. 13 und § 10 Rn. 46; Renner in Armbrüster/Preuß/Renner Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare 5. Aufl. § 10 BeurkG Rn. 10 f.; Weingärtner/Ehrlich Dienstordnung für Notarinnen und Notare 10. Aufl. § 26 Rn. 79; Stein/Jonas/Leipold ZPO 22. Aufl. § 415 Rn. 24; Musielak ZPO 7. Aufl. § 415 Rn. 10; Zöller/Geimer ZPO 28. Aufl. § 415 Rn. 5).

19 Die Gegenmeinung, nach der die Identitätsfeststellung selbst dann nicht in den Anwendungsbereich des § 415 ZPO fällt, wenn sie - wie etwa nach § 10 BeurkG - zum vorgeschriebenen Urkundeninhalt gehört, stellt demgegenüber darauf ab, dass hierdurch Zweifel an der Wirksamkeit der beurkundeten Erklärung ausgeräumt werden sollten; materiell-rechtliche Aspekte seien aber nicht Gegenstand der formellen Beweiskraft (MünchKomm-ZPO/Schreiber 3. Aufl. § 415 Rn. 27; im Ergebnis ebenso: Thomas/Putzo/Reichold ZPO 31. Aufl. § 415 Rn. 5).

20 4. Ob dem Berufungsgericht hinsichtlich der Beurteilung der Beweiskraft einer notariellen Urkunde und der hierfür unter anderem gegebenen Begründung zu folgen ist, der in dem Kaufvertrag vom 1. Februar 1994 genannte Reisepass könne gefälscht gewesen sein, ein Notar sei ohne sachverständige Hilfe aber nicht in der Lage, die Echtheit von Ausweispapieren, insbesondere von ausländischen Ausweisen, festzustellen, kann dahinstehen. Auch wenn sich die Beweiskraft der notariellen Urkunden auf die Identität des Klägers erstrecken sollte, hält der Senat, der ebenso wie das Berufungsgericht die Existenz des Klägers von Amts wegen zu prüfen hat, jedenfalls den nach § 415 Abs. 2 ZPO zulässigen Gegenbeweis für erbracht.

21 5. Der im Wege des Freibeweises zu führende Gegenbeweis erfordert die volle Überzeugung des Gerichts; dabei dürfen allerdings die Anforderungen wegen der Beweisnot des Beklagten hinsichtlich der Person des Klägers nicht überspannt werden (vgl. BGH Beschlüsse vom 3. Juli 2008 - VIII ZB 169/07 - NJW 2008, 3501 Rn. 11 und vom 27. November 2002 - VIII ZB 45/02 Rn. 5 - veröffentlicht bei juris).

22 Der Senat stützt seine Auffassung auf folgende Umstände:

23 a) Nach der von der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Lübeck im Wege der Rechtshilfe eingeholten Auskunft des Internationalal Rechtshulp Centrum Amsterdam vom 17. Februar 2009, die sich in Kopie in den vom Senat beigezogenen Akten 332 O 172/05 des Landgerichts Hamburg befindet, ist der gesuchte H. J. S. in den dortigen Systemen nicht bekannt.

24 b) In dem Strafverfahren gegen R. K. und H. S. (Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Kiel, 590 Js 51127/06) ist durch Vermittlung des BKA - Deutsches Verbindungsbüro bei Europol - die folgende Auskunft der National Police Agency - Europol Dutch Desk - vom 17. April 2007 eingeholt worden:

„The mentioned person is unknown to our criminal files and to our National Population Registry.“

25 Soweit der Kläger eingewandt hat, es sei unklar, ob es sich bei der „oben genannten Person“ um ihn handele, darüber hinaus beziehe sich das Wort „National“ offensichtlich auf die in den Niederlanden wohnende Bevölkerung und nicht auf nicht dort ansässige „Auslandsholländer“, zu denen er gehöre, hält der Senat dies nicht für stichhaltig. Die Auskunft vom 17. April 2007 ist unter dem 18. Mai 2007 von Interpol Den Haag nochmals erteilt worden; dort ist im Betreff H. J. S., geboren am 15. Oktober 1949, genannt. Dass ein Niederländer, dem ein niederländischer Reisepass ausgestellt worden ist, in den nationalen Registern nicht geführt würde, unterliegt nach Auffassung des Senats erheblichen Zweifeln.

26 c) In dem bei der Staatsanwaltschaft Hamburg geführten Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt wegen schwerer Brandstiftung liegt die Auskunft von Interpol Washington vom 25. November 2003 vor, nach der die California State Police keine Informationen zu einer Person H. S., geboren am 15. Oktober 1949, besitzt; es gebe keine Belege dafür, dass es sich um eine real existente Person handele.

27 d) Mit Telefax-Schreiben vom 7. Juli 2006 an T. Ko. - übermittelt am 15. Mai 2007 - teilte der Kläger mit, Notar B. könne bestätigen, dass er unter dessen Augen viele Schriftstücke signiert habe, das letzte auf seinem Weg in das Klinikum N. In diesem Klinikum ist ein Patient unter dem Namen des Klägers unstreitig jedoch nicht bekannt. Das Vorbringen des Klägers, er habe die Voruntersuchungen für eine geplante Hüftoperation nicht im Klinikum N., sondern in H. durchführen lassen, ist angesichts der Formulierung „auf meinem Weg in das Klinikum N.“ nicht plausibel.

28 e) Der Kläger ist weder der Auflage, eine von der niederländischen Botschaft beglaubigte Ablichtung seines Reisepasses sowie seiner Geburtsurkunde vorzulegen nachgekommen noch hat er der Anordnung, zu der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht vom 21. Januar 2009 persönlich zu erscheinen, Folge geleistet, ohne Letzteres zu entschuldigen. Die Nichtvorlage der Ablichtungen hat er damit begründet, dass es sich um höchstpersönliche Dokumente handele und er die berechtigte Befürchtung habe, der Beklagte versuche, ihn bei öffentlichen Stellen zu diffamieren, was seinen in den USA angestrebten Status gefährden könne; sämtliche, seine Zurückhaltung motivierenden Hintergründe wolle er nicht offenbaren.

29 f) In einem Rechtsstreit vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers erster und zweiter Instanz, der ihn auch in jenem Verfahren vertreten hat, erklärt, er habe den Kläger nie gesehen oder mit ihm telefoniert; es gebe ausschließlich schriftlichen Kontakt, die Kontaktperson dürfe er jedoch nicht benennen.

30 6. a) Bei isolierter Betrachtung könnten einzelne dieser Feststellungen vielleicht noch zu erklären sein. Werden die vorgenannten Umstände aber in ihrer Gesamtheit gewürdigt, muss davon ausgegangen werden, dass es den Kläger nicht gibt. Der Senat hält es für höchst unwahrscheinlich, dass sich über eine existierende Person, für die von einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ein Reisepass ausgestellt worden ist, keine Erkenntnisse in einem öffentlichen Register finden lassen. Wenn solche Erkenntnisse - wie hier - gleichwohl nicht vorliegen, drängt sich bereits die Schlussfolgerung auf, dass es sich bei dem Reisepass um eine Fälschung handelt.

31 b) Davon ist mit Rücksicht auf die Weigerung des Klägers, eine beglaubigte Ablichtung seines Reisepasses vorzulegen, auch aus prozessualen Gründen auszugehen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt in Anwendung des Rechtsgedankens aus den §§ 427, 441 Abs. 3 Satz 3, 444, 446, 453 Abs. 3, 454 Abs. 1 ZPO und § 242 BGB eine Beweisvereitelung vor, wenn eine Partei ihrem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhaft erschwert oder unmöglich macht. Dies kann während des Rechtsstreits durch gezielte oder fahrlässige Handlungen geschehen, durch die vorhan-

dene Beweismittel vorenthalten werden. Das Verschulden muss sich darauf beziehen, die Beweislage des Gegners nachteilig zu beeinflussen. Als Folge der Beweisvereitelung kommen Beweiserleichterungen in Betracht, die unter Umständen bis zur Umkehr der Beweislast gehen können (so etwa BGH Urteil vom 23. November 2006 - VIII ZR 43/05 - NJW 2006, 434, 436 mwN).

32 c) Im vorliegenden Fall erfüllt das Verhalten des Klägers zumindest die Voraussetzungen einer fahrlässigen Beweisvereitelung. Infolgedessen ist dem Beklagten jedenfalls eine Beweiserleichterung in der Form zu gewähren, dass hinsichtlich der Existenz des Klägers von den wahrscheinlichsten Umständen auszugehen ist. Das ist aber das Vorhandensein eines gefälschten, auf den Namen des Klägers lautenden Reisepasses. Darauf, dass das einfache Bestreiten einer Fälschung seitens des Klägers nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur sekundären Darlegungslast bei dem Nachweis einer negativen Tatsache (vgl. etwa BGH Urteil vom 11. Oktober 2008 - IX ZR 105/06 - FamRZ 2008, 144 Rn. 12 mwN) unzureichend war mit der Folge, dass die Behauptung des Beklagten gemäß § 138 Abs. 3 ZPO auch als zugestanden gilt, kommt es deshalb schon nicht mehr an.

33 d) Würde der Kläger aber existieren, bedürfte es nicht der Verwendung eines gefälschten Reisepasses. Die Richtigkeit der Annahme seiner Nichtexistenz wird im Übrigen dadurch bestätigt, dass er auch in Kalifornien nicht ausgemacht werden konnte, im Klinikum N. unstrittig nicht bekannt ist und zu seinem Prozessbevollmächtigten erster und zweiter Instanz weder persönlich noch telefonisch in Verbindung gestanden, sondern diesen ausschließlich schriftlich bzw. über einen Mittelsmann informiert hat, der allerdings nicht benannt werden darf. Da sich der Kläger darüber hinaus geweigert hat, der Anordnung seines persönlichen Erscheinens vor dem Berufungsgericht Folge zu leisten, kann insgesamt kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass es eine Person namens H. J. S., geboren am 15. Oktober 1949, tatsächlich nicht gibt.

34 7. Dieser Beurteilung steht das Ergebnis der von dem Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme nicht entgegen, wie das Berufungsgericht zu Recht und mit zutreffender Begründung angenommen hat. Die Einwendungen, die die Revision hiergegen erhebt, sind nicht gerechtfertigt.

35 a) Das Landgericht hat es zwar als erwiesen angesehen, dass der Kläger existiert. Das Berufungsgericht brauchte die Beweisaufnahme trotz seiner gegenteiligen Annahme indessen nicht zu wiederholen. Denn es hat die Aussagen der Zeugen M. und K. als wahr unterstellt, ohne sich hierdurch an den getroffenen Feststellungen gehindert zu sehen. Der Senat teilt die Einschätzung, dass sich den Bekundungen der Zeugen, sie hätten den Kläger gekannt, nur entnehmen lässt, dass sich ihnen jemand als H. S. vorgestellt hat. Dass mit dem Kennenlernen des Klägers - abweichend vom Normalfall - Erkenntnisse über dessen wahre Identität verbunden waren, hat der Kläger nicht vorgetragen, obwohl hierzu im Hinblick auf die prozessleitenden Verfügungen des Berufungsgerichts Anlass bestanden hätte. Denn danach müssen dem Kläger die Zweifel des Berufungsgerichts an seiner Existenz bekannt gewesen sein. Aber selbst wenn eine gerichtliche Hinweispflicht unterstellt würde, wäre deren Verletzung nicht ordnungsgemäß gerügt. Die Revision führt nicht aus, in welcher Weise der Kläger seine Ausführungen im Falle eines gerichtlichen Hinweises ergänzt hätte.

36 b) Auch die Würdigung der schriftlichen Zeugenaussage des Notars B. begegnet keinen Bedenken. Er hat zwar, wie die Revision zutreffend bemerkt, angegeben, bei dem am 27. Dezember 1996 beurkundeten Kaufvertrag sei ihm der Kläger zwischenzeitlich von Person bekannt gewesen. Soweit die Revision meint, dieses Kennen könne eine andere Ursache haben als die im Jahre 1994 erfolgte Beurkundung, verkennt sie allerdings, dass der Kläger Letzteres selbst nicht geltend gemacht hat. Er hat vielmehr vorgetragen, Notar B. kenne ihn seit dem Jahr 1994 persönlich; das rühre aus den beurkundeten Kaufverträgen vom

damaligen Datum her. Aus dem Umstand, dass der Notar bei der Beglaubigung der Prozessvollmacht am 27. Dezember 2006 (richtig wohl: 2005) wiederum aufgenommen hat, H. S. sei ihm „persönlich bekannt“, lässt sich entgegen der Annahme der Revision nicht schließen, dass die Bekanntschaft einen anderen Hintergrund als den notarieller Beurkundungen hatte. Denn vorausgegangen war seinerzeit die Beurkundung einer Generalvollmacht des Klägers für die Notariatsangestellte B. Z. In der betreffenden Urkunde vom 2. November 2005 heißt es aber wiederum „ausgewiesen durch niederländischen Reisepass“, was bei einer persönlichen Bekanntschaft außerhalb des Notariats nicht nachvollziehbar ist.

37 c) Das Berufungsgericht brauchte auch die Zeugen C., Prof. Dr. Be. und K.-Be. nicht zu vernehmen, die den Kläger seinem Vorbringen zufolge ebenfalls kennen. Bei dem Zeugen C. soll es sich um den damaligen Hauptmieter der Anwesen D. R. L. in S. und S. P. in M. handeln. Er könne bestätigen, dass der Kläger bei dem Zeugen gewohnt habe. Er könne weiter bestätigen, den Reisepass des Klägers eingesehen zu haben, wenn er gelegentlich für diesen Einschreiben der Post in Empfang genommen habe. Die Zeugen Prof. Dr. Be. und K.-Be. seien langjährige Alleinmieter der Villa in H., R. - 116, die seit 14 Jahren im Eigentum des Klägers stehe. Beide könnten bestätigen, den mit ihnen befreundeten Kläger persönlich zu kennen.

38 Die in das Wissen der Zeugen gestellten Umstände können als wahr unterstellt werden, ohne dass hierdurch Erkenntnisse bezüglich der Existenz eines H. S. zu gewinnen wären. Es könnte allenfalls als bewiesen angesehen werden, dass jemand den Zeugen gegenüber als H. S. aufgetreten ist und einen auf diesen Namen lautenden Reisepass besessen hat.

39 8. Entgegen der Auffassung der Revision standen und stehen auch keine weiteren Möglichkeiten zur Verfügung, die Identität des Klägers festzustellen.

40 a) Das Attest vom 22. August 2006 belegt nicht die Existenz des Klägers, sondern allenfalls, dass sich jemand unter dem Namen H. S. einem Arzt, der das Attest ausstellte, vorgestellt hatte. Etwas anderes ist auch dem Sachvortrag des Klägers nicht zu entnehmen, obwohl angesichts der prozessleitenden Verfügungen des Berufungsgerichts Anlass zu einer Ergänzung des Sachvortrags bestanden hätte, wenn eine solche möglich gewesen wäre. Die Revision führt insoweit jedenfalls nichts Maßgebliches aus.

41 b) Das Berufungsgericht durfte ohne Rücksicht auf das vorgenannte Attest mehr als zwei Jahre nach dessen Ausstellung das persönliche Erscheinen des Klägers anordnen. Dieser hatte zwar vorgetragen, die erforderliche Herzoperation sei noch nicht erfolgt. Ungeachtet dessen hat er sich aber nicht gehindert gesehen, zur ärztlichen Untersuchung von M./V. nach Kalifornien zu reisen und danach offensichtlich nach V. zurückzukehren. Denn die Anschrift des Klägers ist noch im Jahr 2008 mit M./V. mitgeteilt worden. Warum er dann nicht zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht erscheinen konnte, erhellt jedenfalls ohne weiteren Sachvortrag nicht.

42 c) Die Voraussetzungen, unter denen der Kläger im Wege der Rechtshilfe hätte angehört werden können, lagen nicht vor. Denn es war nicht von vornherein anzunehmen, dass das Prozessgericht das Beweisergebnis auch ohne unmittelbaren Eindruck von der angehörten Person sachgemäß hätte würdigen können (§§ 451, 375 Abs. 1 Halbsatz 1 ZPO).

43 Aber selbst wenn dies anders beurteilt würde, brauchte das Berufungsgericht den Kläger nicht im Wege der Rechtshilfe anhören zu lassen. Hierdurch hätte die maßgebliche Frage der Identität des Klägers nur festgestellt werden können, wenn er bereit gewesen wäre, seinen Reisepass vorzulegen und beglaubigte Kopien hiervon zu den Akten zu reichen, damit sich das Berufungsgericht - erforderlichenfalls nach Einholung sachverständiger Hilfe - einen Eindruck von der Echtheit des Dokuments hätte verschaffen können. Angesichts der Haltung des

Klägers, derart persönliche Daten nicht preisgeben zu wollen, war damit jedoch - jedenfalls ohne entsprechendes ausdrückliches Angebot - nicht zu rechnen.

44 d) Die von der Revision schließlich angeführte steuerliche Veranlagung des Klägers in Deutschland ist zumindest auch Folge des Umstandes, dass hier unter seinem Namen Einkünfte erzielt werden. Ein Beleg für die Existenz des Klägers ist daraus nicht zu gewinnen.

45 9. Nach alledem geht auch der Senat davon aus, dass der Kläger nicht existiert, sondern ein Dritter unter dem Namen H. S. im Rechtsverkehr auftritt und prozessiert. Eine Berichtigung des Rubrums auf den richtigen Kläger scheidet aus, da weder aus dem Inhalt der Klageschrift noch aus Anlagen unzweifelhaft deutlich wird, wer dieser Dritte ist, d.h. welche Partei tatsächlich gemeint ist (vgl. BGH Urteil vom 27. November 2007 - X ZR 144/06 - NJW-RR 2008, 582 Rn. 7). Das Berufungsgericht hat die Klage deshalb letztlich zu Recht als unzulässig abgewiesen, weil unter den gegebenen Umständen ein Sachurteil nicht ergehen darf.

§ 233 ZPO

Berufung; Hinweis des angerufenen Gerichts an den Rechtsmittelführer auf Bedenken gegen die funktionelle Zuständigkeit; Grundsatz des fairen Verfahrens

Erkennt das zunächst angerufene Berufungsgericht frühzeitig, dass Bedenken gegen seine funktionelle Zuständigkeit bestehen und teilt es diese – aktenkundig gemachten – Bedenken dem Rechtsmittelführer aufgrund geschäftsinnterner Erwägungen nicht mit, kann der Anspruch des Rechtsmittelführers auf ein faires Verfahren verletzt sein. Ein Verschulden der Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten (§ 85 Abs. 2 ZPO) an der Fristversäumung wirkt sich dann nicht mehr aus, so dass der Partei Wiedereinsetzung zu gewähren ist (im Anschluss an BGH, Beschlüsse vom 5. Oktober 2005 – VIII ZB 125/04, NJW 2005, 3776, und vom 24. Juni 2010 – V ZB 170/09, WuM 2010, 592).

(BGH, Beschluss vom 14. 12. 2010 – VIII ZB 20/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die in Frankreich ansässige Klägerin hat die Beklagten auf Auskehrung von Mieten in Anspruch genommen, die ein Untermieter der Klägerin im Zeitraum von September 2000 bis einschließlich Mai 2003 an die Beklagte zu 1 als Hauptvermieterin gezahlt hatte. Die Beklagten zu 2 und 3 sind persönlich haftende Gesellschafter der Beklagten zu 1. Das Amtsgericht Berlin-Schöneberg hat die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 86.007,41 € nebst Zinsen verurteilt. Das Urteil des Amtsgerichts ist den Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 9. September 2008 zugestellt worden. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten ist am 16. September 2008 beim Landgericht Berlin eingegangen. Die Berufungsschrift enthält den Hinweis, dass die Zustellung des erstinstanzlichen Urteils am 9. September 2008 bewirkt worden ist. Ihr lag als Anlage eine Ausfertigung der angefochtenen Entscheidung bei.

2 Die Sache ist zunächst der Zivilkammer 63 des Landgerichts zugewiesen worden. Die Vorsitzende dieser Kammer hat unter dem 19. September 2008 eine Verfügung vorbereitet, nach der den Prozessbevollmächtigten der Beklagten unter Angabe des Aktenzeichens der Eingang der Berufung bestätigt und diesen mitgeteilt werden sollte, dass „... vorsorglich auf § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG hingewiesen (wird)“. Diese - von der Vorsitzenden nicht unterzeichnete - Verfügung wurde nicht ausgefertigt. Kurze Zeit später hat die Vorsitzende der Zivilkammer 63 ihren handschriftlichen Hinweis gestrichen und am 23. September 2008 die Vorlage der Akten an den Vorsitzenden der nach ihrer Ansicht zuständigen Zivilkammer 53 des Landgerichts mit der Bitte um Übernahme des Verfahrens verfügt. Der Vorsitzende dieser Kammer hat sich zu diesem Zeitpunkt nach dem glaubhaft gemachten Vorbringen der Beklagten noch bis 12. Ok-

tober 2009 in Urlaub befunden und ist während seiner Urlaubsabwesenheit von der Vorsitzenden der Zivilkammer 63 vertreten worden. Am 30. September 2008 hat die Vorsitzende der Zivilkammer 63 nach erneuter Vorlage der Berufungsschrift verfügt: „WV Hr. Vors. nach Rückkehr“. Die am 18. September 2008 angeforderten erstinstanzlichen Akten sind am 6. Oktober 2008 vom Amtsgericht versandt worden und gingen am 8. Oktober 2008 bei der „gemeinsamen Briefannahme Justizbehörden Mitte“ ein.

3 Unmittelbar nach seiner Rückkehr aus dem Urlaub hat der Vorsitzende der Zivilkammer 53 mit Verfügung vom 13. Oktober 2008 angeordnet, den Prozessbevollmächtigten der Beklagten unter Bekanntgabe des neu vergebenen Aktenzeichens den Eingang der Berufung mit dem Zusatz zu bestätigen „Auf § 119 Abs. 1 Nr. 1 b GVG wird hingewiesen. Wird die unzulässige Berufung zurückgenommen?“ Diese Verfügung ist am 14. Oktober 2008 ausgefertigt worden. Mit einem am 17. Oktober 2008 beim Landgericht eingereichten Schriftsatz haben die Beklagten die Berufung zurückgenommen.

4 Im Hinblick auf den erteilten gerichtlichen Hinweis haben die Prozessbevollmächtigten der Beklagten mit am selben Tag beim Kammergericht eingegangenem Schriftsatz gegen das Urteil des Amtsgerichts erneut Berufung eingelegt und beantragt, den Beklagten wegen Versäumung der mit Ablauf des 9. Oktober 2008 verstrichenen Berufungsfrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Nach antragsgemäß bewilligter Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist haben die Beklagten ihre Berufung mit Schriftsatz vom 9. Dezember 2008 begründet.

5 Das Kammergericht hat den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung der Beklagten als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat es - soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Interesse - ausgeführt, die Beklagten seien nicht ohne ihr Verschulden gehindert gewesen, die Berufung fristgerecht beim Kammergericht einzulegen. Die Beachtung der bei der Berufungseinlegung zu wahrenen Förmlichkeiten sei ausschließlich Sache der Prozessbevollmächtigten der Beklagten. Deren Verschulden sei den Beklagten zuzurechnen (§ 85 Abs. 2 ZPO). Nach dem Vortrag der Beklagten habe ihre Prozessbevollmächtigte übersehen, dass die Berufungsschrift an das unzuständige Landgericht gerichtet gewesen sei.

6 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei auch nicht deswegen zu gewähren, weil es das Landgericht unterlassen habe, den Berufungsschriftsatz rechtzeitig an das Kammergericht weiterzuleiten oder wenigstens die Prozessbevollmächtigte der Beklagten auf die funktionelle Unzuständigkeit des Landgerichts hinzuweisen. Der Vorsitzende einer Berufungskammer sei nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht verpflichtet, bei einer noch innerhalb der Berufungsfrist erfolgten Vorlage der Berufungsschrift, aus der sich - wie hier - gewichtige Anhaltspunkte für einen Auslandsbezug im Sinne des § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG ergäben, die abschließende Prüfung der Zuständigkeit so zu beschleunigen, dass die Berufungsschrift noch vor Ablauf der Berufungsfrist an das Oberlandesgericht weitergeleitet werden könne.

7 Die Vorsitzende der Zivilkammer 63 des Landgerichts sei auch nicht wegen der bei ihrer vorläufigen Prüfung aufgekommenen Zweifel an der Zuständigkeit des Landgerichts gehalten gewesen, den Beklagten vor Vorlage der erstinstanzlichen Akten den von ihr vorgesehenen, später aber im Hinblick auf die angenommene geschäftsplanmäßige Unzuständigkeit der Zivilkammer 63 gestrichenen Hinweis auf eine mögliche Unzuständigkeit des Landgerichts zu erteilen. Eine solch weit reichende Verpflichtung hätte zur Konsequenz, dass die Parteien ihrer primären Verantwortung für die Bestimmung des zuständigen Rechtsmittelgerichts enthoben würden.

8 Dagegen wenden sich die Beklagten mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten Rechtsbeschwerde. Während des

Rechtsbeschwerdeverfahrens ist am 16. September 2009 über das Vermögen der Beklagten zu 3 das Insolvenzverfahren eröffnet worden.

9 **Aus den Gründen:** II. Die Rechtsbeschwerde der Beklagten zu 1 und 2 hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

10 1. Hinsichtlich der Beklagten zu 3 ist das Verfahren nach § 240 ZPO unterbrochen. Die Unterbrechung wirkt sich jedoch nicht auf die weiteren Prozessrechtsverhältnisse aus.

11 a) Nach § 240 ZPO tritt eine Unterbrechung grundsätzlich nur in Bezug auf die Partei ein, in deren Person die dort genannten Voraussetzungen vorliegen (BGH, Beschluss vom 14. November 2002 - IX ZR 236/99, NJW 2003, 590 unter II 2 a). Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Beklagten zu 2 und 3 persönlich haftende Gesellschafter der Beklagten zu 1, einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sind. Zwar wäre im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein gegen die Gesellschafter wegen ihrer persönlichen Haftung geführter Rechtsstreit entsprechend § 17 Abs. 1 Nr. 1 AnfG unterbrochen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 14. November 2002 - IX ZR 236/99, aaO unter II 2 b, und vom 20. November 2008 - IX ZB 199/05, NJW-RR 2009, 343 Rn. 6). Denn in diesen Fällen gilt es, im Interesse der Gleichbehandlung aller Gläubiger einen Gläubigerwettbewerb um die Gesellschafterhaftung während der Gesellschaftsinsolvenz zu unterbinden (BGH, Beschluss vom 20. November 2008 - IX ZB 199/05, aaO).

12 b) Ist dagegen nicht über das Vermögen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts selbst, sondern nur über das Vermögen eines ihrer persönlich haftenden Gesellschafter das Insolvenzverfahren eröffnet worden, gelten diese Überlegungen nicht. In Anbetracht der von der Rechtsprechung inzwischen anerkannten Teilrechts- und -parteifähigkeit einer (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts führt die Insolvenz eines Gesellschafters nicht zur Unterbrechung eines gegen die Gesellschaft geführten Rechtsstreits (vgl. hierzu etwa OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 2002, 1277 f.; OLG Dresden, BB 2007, 174, 175; Münch-KommZPO/Gehrlein, 3. Aufl., § 240 Rn. 15; Musielak/Stadler, ZPO, 7. Aufl., § 240 Rn. 2). Soweit der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Beschluss vom 24. Juli 2003 (VII ZR 209/01, BauR 2003, 1758) noch eine abweichende Auffassung vertreten hat, beruht dies noch auf der mit der Anerkennung der Teilrechts- und -parteifähigkeit einer (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts obsolet gewordenen Annahme (vgl. BGH, Urteile vom 29. Januar 2001 - II ZR 331/00, BGHZ 146, 341, 348 ff. [= WuM 2001, 134], und vom 15. Januar 2003 - XII ZR 300/99, NJW 2003, 1043 [= GuT 2003, 136] unter I a), die Mitglieder einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts bildeten eine notwendige Streitgenossenschaft nach § 62 Abs. 1 Alt. 2 ZPO. Hinsichtlich der Beklagten zu 1 ist folglich keine Verfahrensunterbrechung eingetreten.

13 c) Entsprechendes gilt in Bezug auf das Prozessrechtsverhältnis zwischen der Beklagten zu 2 und der Klägerin. Da die Gesellschafter einer (teil-) rechts- und -parteifähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach neuerer Rechtsprechung nicht als notwendige Streitgenossen verbunden sind, bewirkt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters keine Unterbrechung des Rechtsstreits gegen einen anderen Gesellschafter (vgl. OLG Frankfurt am Main, aaO; Musielak/Stadler, aaO; vgl. ferner allgemein zur Unterbrechungswirkung bei einfachen Streitgenossen BGH, Urteil vom 19. Dezember 2002 - VII ZR 176/02, NJW-RR 2003, 1002 unter II 1).

14 2. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4, § 238 Abs. 2 Satz 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde der Beklagten zu 1 und 2 ist zulässig, weil eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Sicherung einer einheitlichen

Rechtsprechung gefordert ist (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 ZPO). Die angegriffene Entscheidung verletzt den verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch der Beklagten auf Gewährleistung wirkungsvollen Rechtsschutzes und eines fairen Verfahrens (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip; Art. 19 Abs. 4 GG). Das Berufungsgericht hat die Anforderungen an das Vorliegen von Wiedereinsetzungsgründen überspannt und dadurch den Beklagten zu 1 und 2 den Zugang zur Rechtsmittelinstanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert (vgl. zu diesen Kriterien etwa BVerfGE 78, 88, 99; 84, 366, 369 f. [= WuM 1991, 661]; BGH, Beschluss vom 24. Juni 2010 - V ZB 170/09, WuM 2010, 592 Rn. 4; jeweils mwN).

15 3. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet. Den Beklagten zu 1 und 2 ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 233 ZPO) gegen die Versäumung der Berufungsfrist zu gewähren, weil sich das ihnen zuzurechnende Verschulden ihrer Prozessbevollmächtigten im Hinblick auf die fehlerhafte Vorgehensweise des zunächst angerufenen Rechtsmittelgerichts nicht mehr ausgewirkt hat.

16 a) Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die verspätete Einlegung der Berufung beim zuständigen Rechtsmittelgericht auf einem Verschulden der Prozessbevollmächtigten der Beklagten beruhte. An einen mit der Berufungseinlegung betrauten Rechtsanwalt sind hinsichtlich der Ermittlung des zuständigen Rechtsmittelgerichts hohe Sorgfaltsanforderungen zu stellen (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 24. Juni 2010 - V ZB 170/09, aaO Rn. 5). Denn die Klärung der Rechtsmittelzuständigkeit fällt in seinen Verantwortungsbereich. Er ist daher gehalten, die Rechtsmittelschrift und insbesondere die Rechtsmittelzuständigkeit des darin bezeichneten Gerichts selbst auf ihre Richtigkeit zu überprüfen (BGH, Beschluss vom 12. April 2010 - V ZB 224/09, NJW-RR 2010, 1096 [= WuM 2010, 319] Rn. 12 mwN). Die mit der Einlegung des Rechtsmittels betraute Prozessbevollmächtigte der Beklagten hätte daher die von einer Kanzleiangestellten vorgenommene Adressierung der Rechtsmittelschrift nicht - wie vorliegend geschehen - ungeprüft übernehmen dürfen.

17 b) Nicht frei von Rechtsfehlern ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Ursächlichkeit der den Beklagten zu 1 und 2 gemäß § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnenden schuldhaften Fristversäumnis ihrer Prozessbevollmächtigten sei nicht im Hinblick auf das Verhalten der Vorsitzenden der Zivilkammer 63 des Landgerichts nachträglich entfallen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BVerfGE 93, 99, 114 ff. mwN; Senatsbeschluss vom 5. Oktober 2005 - VIII ZB 125/04, NJW 2005, 3776 unter III 1 b aa mwN).

18 aa) Allerdings besteht, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, keine generelle Fürsorgepflicht des für das eingelegte Rechtsmittel unzuständigen und vorher mit der Sache nicht befassten Gerichts, durch Hinweise oder durch andere geeignete Maßnahmen eine Fristversäumung des Rechtsmittelführers zu verhindern (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 15. Juni 2004 - VI ZB 75/03, NJW-RR 2004, 1655 unter II 1 b, c, und vom 24. Juni 2010 - V ZB 170/09, aaO Rn. 7). Eine solch weit reichende Verpflichtung würde die Parteien und ihre Prozessbevollmächtigten ihrer eigenen Verantwortung für die Einhaltung der Rechtsmittelfristen entheben und die Anforderungen an die Grundsätze des fairen Verfahrens überspannen (vgl. Senatsbeschluss vom 18. März 2008 - VIII ZB 4/06, NJW 2008, 1890 [= GuT 2008, 144] Rn. 11). Diese Konsequenz wäre nicht mit dem Grundsatz vereinbar, dass die Abgrenzung dessen, was im Rahmen einer fairen Verfahrensgestaltung an richterlicher Fürsorge von Verfassungen wegen geboten ist, sich nicht nur am Interesse der Rechtsuchenden an einer möglichst weitgehenden Verfahrenserleichterung orientieren, sondern auch berücksichtigen muss, dass die Justiz im Interesse ihrer Funktionsfähigkeit vor zusätzlicher Belastung geschützt werden muss (vgl. BVerfGE 93, 99, 114; BVerfG, NJW 2001, 1343; NJW 2006, 1579; Senatsbeschlüsse vom 5. Oktober 2005 - VIII ZB 125/04, aaO, und vom 18. März 2008 - VIII

ZB 4/06, aaO; BGH, Beschlüsse vom 15. Juni 2004 - VI ZB 75/03, aaO unter II 1 c, und vom 24. Juni 2010 - V ZB 170/09, aaO).

19 In Anbetracht dieser gegenläufigen Interessen besteht keine Veranlassung, einer Partei und ihrem Prozessbevollmächtigten die Verantwortung für die Ermittlung des richtigen Adressaten fristgebundener Verfahrenserklärungen allgemein abzunehmen und auf unzuständige Gerichte zu verlagern (vgl. BVerfG aaO; BGH, Beschlüsse vom 5. Oktober 2005 - VIII ZB 125/04, aaO, und vom 24. Juni 2010 - V ZB 170/09, aaO). Damit lässt sich aus dem Grundrecht auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip) und der sich daraus ergebenden verfassungsrechtlichen Fürsorgepflicht der Gerichte keine generelle Verpflichtung zur sofortigen Prüfung der funktionellen Zuständigkeit bei Eingang einer Rechtsmittelschrift (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Juni 2004 - VI ZB 75/03, aaO; Senatsbeschluss vom 18. März 2008 - VIII ZB 4/06, aaO) oder zur beschleunigten Vorlage der erstinstanzlichen Akten (vgl. hierzu Senatsbeschlüsse vom 18. März 2008 - VIII ZB 4/06, aaO Rn. 12, und vom 20. Januar 2010 - VIII ZB 36/08, juris Rn. 9) ableiten.

20 bb) Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die Unzuständigkeit des angerufenen Rechtsmittelgerichts „ohne weiteres“ bzw. „leicht und einwandfrei“ zu erkennen war und die nicht rechtzeitige Aufdeckung der fehlenden Zuständigkeit auf einem offenkundig nachlässigen Fehlverhalten des angerufenen Gerichts beruht (vgl. BVerfG, NJW 2002, 3692, 3693; 2006, 1579; BGH, Beschlüsse vom 15. Juni 2004 - VI ZB 75/03, aaO, und vom 24. Juni 2010 - V ZB 170/09, aaO Rn. 8; Senatsbeschluss vom 5. Oktober 2005 - VIII ZB 125/04, aaO unter III 1 b bb). In diesen Fällen stellt es für die Funktionsfähigkeit des angerufenen Gerichts keine nennenswerte Belastung dar, einen fehlgeleiteten Schriftsatz im Rahmen des üblichen Geschäftsgangs an das zuständige Gericht weiterzuleiten. Geschieht dies nicht, geht die nachfolgende Fristversäumnis nicht zu Lasten des Rechtsuchenden (BVerfG, NJW 2006, aaO); das Verschulden des Prozessbevollmächtigten wirkt sich dann nicht mehr aus (vgl. nur BGH, Beschluss vom 24. Juni 2010 - V ZB 170/09, aaO mwN). Entsprechendes hat zu gelten, wenn das angerufene Rechtsmittelgericht anhand der Rechtsmittelschrift und der ihr beigefügten Anlagen - wie hier - frühzeitig eine vorläufige Prüfung seiner funktionellen Zuständigkeit vorgenommen und hierbei gewichtige Anhaltspunkte für einen Auslandsbezug im Sinne des - zum 1. September 2009 außer Kraft getretenen - § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG erkannt und diese in den Akten vermerkt hat, jedoch den schriftlich dokumentierten Hinweis über die aufgetretenen Zuständigkeitsbedenken dem Rechtsmittelführer vorenthält. Bei einer solchen Fallgestaltung ist dem zunächst mit der Sache befassten Rechtsmittelgericht ein Fehlverhalten anzulasten, das ausnahmsweise wie in den Fällen der offenkundigen Unzuständigkeit dazu führt, dass sich das Verschulden der Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu 1 und 2 nicht mehr auswirkt und diesen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist (§ 233 ZPO) zu gewähren ist.

21 (1) Die Vorsitzende der Zivilkammer 63 des Landgerichts war zwar bei Vorlage der Berufungsschrift nicht verpflichtet, eine vorläufige Prüfung der funktionellen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts vorzunehmen. Auch bestand keine Verpflichtung, für eine beschleunigte Vorlage der erstinstanzlichen Akten Sorge zu tragen, um frühzeitig den für § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG maßgebenden allgemeinen Gerichtsstand der Parteien im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit in erster Instanz abschließend klären zu können (vgl. hierzu Senatsbeschlüsse vom 18. März 2008 - VIII ZB 4/06, aaO, und vom 20. Januar 2010 - VIII ZB 36/08, aaO). Ein Fall einer offensichtlichen funktionellen Unzuständigkeit des Landgerichts lag ebenfalls nicht vor, denn aus den Angaben im Rubrum der der Berufungsschrift beigefügten Ausfertigung des angefoch-

tenen Urteils ergab sich nicht abschließend, dass die Klägerin bereits bei Klageerhebung ihren allgemeinen Gerichtsstand in Frankreich hatte.

22 (2) Die fehlende Prüfungspflicht entband die Vorsitzende der Zivilkammer 63 jedoch nicht davon, die von ihr frühzeitig erkannten Bedenken gegen die funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Gerichts dem Rechtsmittelführer - wie zunächst beabsichtigt - mitzuteilen. Die Vorsitzende der Zivilkammer 63 hatte beim Studium der Rechtsmittelschrift erkannt, dass gewichtige Anhaltspunkte für eine Rechtsmittelzuständigkeit des Oberlandesgerichts nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG bestehen. Die aufgetretenen Zuständigkeitsbedenken hat sie zunächst auch mit der Absicht, diese dem Rechtsmittelführer frühzeitig mitzuteilen, am 19. September 2008 aktenkundig gemacht. Diese Absicht hat sie jedoch nicht verwirklicht, sondern den geplanten richterlichen Hinweis im Hinblick auf die am 23. September 2008 vermerkte geschäftsplanmäßige Unzuständigkeit ihrer Kammer wieder gestrichen und stattdessen die Vorlage der Akten an den bis zum 12. Oktober 2008 urlaubsabwesenden Vorsitzenden der Zivilkammer 53 verfügt. Dabei musste ihr als Urlaubsvertreterin dieses Vorsitzenden und in Anbetracht des in der Berufungsschrift angegebenen Zeitpunkts der Zustellung des angefochtenen Urteils bewusst sein, dass bei dieser Vorgehensweise eine Unterrichtung der Prozessbevollmächtigten der Beklagten über die bestehenden Zuständigkeitsbedenken vor Ablauf der am 9. Oktober 2008 endenden Berufungsfrist ausgeschlossen war.

23 (3) Bei dieser Sachlage lässt sich das Unterlassen des frühzeitig geplanten Hinweises auf eine mögliche Unzuständigkeit des zunächst angerufenen Rechtsmittelgerichts nicht mit dem verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf ein faires Verfahren in Einklang bringen. Die Abwägung zwischen den betroffenen Belangen muss hier zugunsten der Rechtsuchenden ausfallen. Für die Funktionsfähigkeit des angerufenen Gerichts stellt eine Unterrichtung des Rechtsmittelführers über die anlässlich einer vorläufigen Prüfung aufgetretenen Bedenken an seiner Zuständigkeit keine nennenswerte Belastung dar (vgl. zu diesem Gesichtspunkt etwa BGH, Beschluss vom 24. Juni 2010 - V ZB 170/09, aaO). Dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie hier - der Hinweis auf eine mögliche Unzuständigkeit dem Rechtsmittelführer zusammen mit der - vom Gericht ohnehin zu veranlassenden - Bestätigung des Eingangs des Rechtsmittels erfolgen sollte. Dieser sonach gering einzustufenden Belastung des angerufenen Gerichts bei Ausführung der vorgesehenen Hinweisverfügung steht ein erhebliches Interesse der Beklagten an einer - bei Erteilung des geplanten Hinweises frühzeitig möglichen - Unterrichtung über bestehende Zuständigkeitsbedenken gegenüber. In Anbetracht dieser Interessenlage wäre die Vorsitzende der Zivilkammer 63 daher verpflichtet gewesen, den vorgesehenen Hinweis der Prozessbevollmächtigten der Beklagten im ordentlichen Geschäftsgang zu übermitteln, um hierdurch einer möglicherweise drohenden Fristversäumung vorzubeugen.

24 cc) Wie das nachfolgende Verhalten der Beklagten zu 1 und 2 zeigt, ist das Fehlverhalten des zunächst angerufenen Rechtsmittelgerichts ursächlich für die Fristversäumung geworden. Die Beklagten haben dem nach Fristablauf erteilten Hinweis auf die Rechtsmittelzuständigkeit des Kammergerichts umgehend Rechnung getragen und bei diesem am 17. Oktober 2008 (erneut) Berufung eingelegt. Wäre der am 19. September 2008 vermerkte Hinweis den Beklagten innerhalb der üblichen Geschäftslaufzeiten erteilt worden, hätten sie vor Ablauf der Berufungsfrist das zuständige Rechtsmittelgericht anrufen können. In Anbetracht der zu beanstandenden Vorgehensweise des Landgerichts wirkt sich das Verschulden der Prozessbevollmächtigten der Beklagten an der nachfolgenden Fristversäumung nicht mehr aus (vgl. BVerfGE 93, 99, 114; Senatsbeschluss vom 5. Oktober 2005 - VIII ZB 125/04, aaO unter III 1 b aa; BGH, Beschluss vom 24. Juni 2010 - V ZB 170/09, aaO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 517, 520 ZPO
Berufung; Schriftsatz als Berufungsschrift
oder Berufungsbegründung

Wenn die gesetzlichen Anforderungen an eine Berufungsschrift oder eine Berufungsbegründung erfüllt sind, kommt die Deutung, dass der Schriftsatz nicht als zugleich eingelegte Berufung oder Berufungsbegründung bestimmt war, nur dann in Betracht, wenn sich dies aus den Begleitumständen mit einer jeden vernünftigen Zweifel ausschließenden Deutlichkeit ergibt (im Anschluss an die Senatsbeschlüsse vom 18. Juli 2007 – XII ZB 31/07 – FamRZ 2007, 1726 und vom 20. Juli 2005 – XII ZB 31/05 – FamRZ 2005, 1537).

(BGH, Beschluss vom 8. 12. 2010 – XII ZB 140/10)

1 Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um Mietzinsforderungen. Das Urteil des Amtsgerichts Rostock wurde der Klägerin am 11. Dezember 2009 zugestellt. Am 11. Januar 2010 ging beim Berufungsgericht ein Schriftsatz des Klägers ein, der als „Berufung“ überschrieben ist. Nach dem vollständigen Rubrum sowie der Angabe der Beschwer folgt folgende Formulierung:

„... lege ich namens und in Vollmacht der Klägerin und Berufungsklägerin gegen das am 09. 12. 2009 verkündete Urteil ...

vorbehaltlich PKH-Bewilligung für die II. Instanz

Berufung

ein mit dem Antrag, ...“

2 Es folgen dann der Berufungsantrag der Klägerin sowie eine mehrseitige Begründung, die mit folgendem Satz endet: „Dem PKH-Antrag wie auch der Berufung wird stattzugeben sein.“ Der Schriftsatz war vom Prozessbevollmächtigten der Klägerin unterzeichnet.

3 Das Landgericht Rostock hat die Berufung dem Prozessbevollmächtigten der Beklagten gegen Empfangsbekanntnis zugestellt „mit der Gelegenheit zur Stellungnahme zum PKH-Antrag binnen zwei Wochen“. Nach einem rechtlichen Hinweis vom 15. Februar 2010 hat es die Berufung mit dem angefochtenen Beschluss als unzulässig verworfen, weil sie unter der Bedingung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe eingelegt sei. Über einen Antrag auf Prozesskostenhilfe hat das Berufungsgericht nicht entschieden. Dem am letzten Tag der Berufungsfrist eingegangenen Schriftsatz war keine Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Klägerin beigefügt. Gegen die Verwerfung ihrer Berufung richtet sich die Rechtsbeschwerde der Klägerin.

4 Aus den Gründen: II. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO i. V. m. § 574 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthaft und gemäß § 574 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zulässig, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert.

5 Das Berufungsgericht hat die zugleich begründete Berufung der Klägerin zu Unrecht nach § 522 Abs. 1 Satz 2 ZPO als unzulässig verworfen, weil sie nicht rechtzeitig beim Berufungsgericht eingelegt worden sei.

6 1. Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings von der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aus, wonach ein Schriftsatz, der alle formellen Anforderungen an ein Rechtsmittel oder eine Rechtsmittelbegründung erfüllt, regelmäßig als wirksam eingelegte Prozessklärung zu behandeln ist. Eine Deutung dahin, dass er gleichwohl nicht unbedingt als Rechtsmittel oder Rechtsmittelbegründung bestimmt ist, kommt nur in Betracht, wenn sich dies aus den Begleitumständen mit einer jeden vernünftigen Zweifel ausschließenden Deutlichkeit ergibt (Senatsbeschlüsse vom 18. Juli 2007 - XII ZB 31/07 - FamRZ 2007, 1726 Rn. 10; vom 20. Juli 2005 - XII ZB 31/05 - FamRZ 2005, 1537 und vom 19. Mai 2004 - XII ZB

25/04 - FamRZ 2004, 1553, 1554). Dabei ist im Zweifel zugunsten eines Rechtsmittelführers anzunehmen, dass er eher das Kostenrisiko einer ganz oder teilweise erfolglosen Berufung auf sich nimmt als von vornherein zu riskieren, dass seine Berufung als unzulässig verworfen wird (Senatsbeschlüsse vom 18. Juli 2007 - XII ZB 31/07 - FamRZ 2007, 1726 Rn. 10 und vom 5. März 2008 - XII ZB 182/04 - FamRZ 2008, 1063 Rn. 12).

7 2. Den Schriftsatz des Klägers vom 11. Januar 2010 hat das Berufungsgericht allerdings zu Unrecht als lediglich bedingt eingelegte Berufung behandelt.

8 a) Der Schriftsatz der Klägerin erfüllt sämtliche formellen Anforderungen an einen Berufungsschriftsatz und eine Berufungsbegründung. Entsprechend § 519 Abs. 2 ZPO wurde das angefochtene Urteil unter Angabe des vollständigen Rubrums konkret bezeichnet und es wurde gegen dieses Urteil „Berufung“ eingelegt. Der Schriftsatz enthält außerdem einen Berufungsantrag und dessen Begründung (§ 520 Abs. 3 Ziff. 1 bis 4 ZPO). Schließlich ist er von dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin eigenhändig unterschrieben.

9 b) Dem Berufungsgericht ist einzuräumen, dass der Formulierung im Berufungsschriftsatz, die Berufung werde „vorbehaltlich PKH-Bewilligung für die II. Instanz“ eingelegt, Zweifel entnehmen lassen, ob das Rechtsmittel schon mit Eingang beim Berufungsgericht erhoben und begründet werden sollte. Wie das Berufungsgericht weiter zutreffend ausführt, kommt dem Umstand, dass diese Formulierung vom übrigen Text durch einen Absatz abgetrennt und fett gedruckt ist, besondere Bedeutung zu.

10 Unter Berücksichtigung der weiteren Einzelheiten lässt sich der Formulierung allerdings keine jeden vernünftigen Zweifel ausschließende Deutlichkeit für eine lediglich bedingt eingelegte und somit unwirksame Berufung entnehmen. Denn der Schriftsatz ist als „Berufung“ überschrieben und auch dies ist im Schriftbild hervorgehoben und fett gedruckt. Die Klägerin wird in dem Schriftsatz zugleich als Berufungsklägerin bezeichnet und hat nach dem weiteren Wortlaut des Schriftsatzes Berufung eingelegt mit dem Antrag: „Die Beklagte ... unter Aufhebung des abweisenden Teils des erstinstanzlichen Urteils“ zu verurteilen, an sie weitere 900 € zu zahlen. Dieser Antrag ist im Folgenden bereits begründet, was für den ernstlichen Willen zur Durchführung der Berufung spricht. Schließlich deutet auch der Schlusssatz der Rechtsmittelbegründung, dem Prozesskostenantrag „wie auch der Berufung“ werde stattzugeben sein, auf ein bereits unbedingt eingelegtes Rechtsmittel hin. Zwar ist nicht auszuschließen, dass die weiteren Formulierungen im Schriftsatz vom 11. Januar 2010 sämtlich von der vorbehaltlichen PKH-Bewilligung als Obersatz erfasst und somit nur für den Fall der Bewilligung der Prozesskostenhilfe aufgestellt worden sind. Insoweit verbleiben aber Zweifel, zumal der Schriftsatz als „Berufung“ überschrieben ist.

11 Hinzu kommt, dass das Landgericht den Schriftsatz zunächst selbst als Berufung behandelt und an den Beklagtenvertreter zugestellt hat. Schließlich hat das Berufungsgericht nicht über einen Antrag auf Prozesskostenhilfe entschieden, weil es der Formulierung im Schriftsatz vom 11. Januar 2010 offensichtlich keinen solchen ausdrücklichen Antrag entnommen hat. Enthält der am letzten Tag der Berufungsfrist eingegangene Schriftsatz allerdings keinen wirksamen Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe, spricht dies zusätzlich dafür, dass stattdessen das vollständig vorliegende Rechtsmittel nebst Begründung wirksam und somit unbedingt eingelegt werden sollte.

Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2008-2009

Preis: 15,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt

Sonderpreise für GuT-Einbanddecken und
Bestelladresse in diesem Heft Seite 490

Lieferung solange vorrätig.

12 c) Weil der Schriftsatz vom 11. Januar 2010 sämtliche formellen Voraussetzungen an eine Berufung und Berufungsbeurteilung enthält und jedenfalls Zweifel verbleiben, ob das Rechtsmittel lediglich bedingt eingelegt und begründet werden sollte, liegt ein unbedingt eingelegtes und begründetes Rechtsmittel vor. Die Rechtsmittelfrist ist damit gewahrt. Auf die Rechtsbeschwerde der Klägerin ist die angefochtene Entscheidung deswegen aufzuheben und das Verfahren zur Entscheidung über die Berufung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Art. 103 GG; §§ 321a, 544 ZPO
Anhörungsgrüße gegen Zurückweisung
der Nichtzulassungsbeschwerde; rechtliches Gehör**

Zur Zulässigkeit der Anhörungsgrüße gegen einen Beschluss, durch den die Nichtzulassungsbeschwerde ohne nähere Begründung abgewiesen wird.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 16. 12. 2010 – V ZR 95/10)

1 **Aus den Gründen:** I. Die Kläger wenden sich mit der Anhörungsgrüße gegen einen Beschluss, durch den ihre Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen worden ist. Sie meinen, sie könnten angesichts der nichtssagenden Begründung für die Zurückweisung einen eigenständigen Verstoß des Bundesgerichtshofs gegen ihren Anspruch auf rechtliches Gehör nicht näher belegen. Ein solcher erscheine aber nicht ausgeschlossen.

2 II. Die nach § 321a ZPO statthafte Anhörungsgrüße ist unzulässig, weil sie den gesetzlichen Darlegungsanforderungen nicht genügt.

3 Eine Anhörungsgrüße ist nur zulässig, wenn mit ihr eine neue und eigenständige Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG durch das erkennende Gericht gerügt wird; dabei ist darzulegen, dass das Gericht den Anspruch auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat (§ 321a Abs. 2 Satz 5 ZPO; vgl. Senat, Beschluss vom 19. März 2009 - V ZR 142/08, NJW 2009, 1609). Das gilt auch dann, wenn sich die Anhörungsgrüße gegen einen Beschluss richtet, durch den eine Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO ohne nähere Begründung zurückgewiesen worden ist.

4 Hierdurch wird nichts Unmögliches verlangt. Dem Beschwerdeführer wird lediglich auferlegt, die eigene Rechtsansicht nochmals zu prüfen und zu erläutern, warum er meint, die Zurückweisung seiner Nichtzulassungsbeschwerde lasse nur den Schluss zu, dass sein Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen sei. Eine solche Darlegung kann im Übrigen auch erforderlich sein, wenn der Beschluss über die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde eine Begründung enthält. Da das Gericht sich nicht mit jedem Einzelvorbringen auseinandersetzen muss (vgl. BVerfGE 96, 205, 217), folgt nämlich allein daraus, dass bestimmtes Vorbringen in den Beschlussgründen unerwähnt geblieben ist, noch keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Vielmehr müssen besondere Umstände des Einzelfalls hinzutreten, aus denen sich klar ergibt, dass das Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen oder doch bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist (BVerfGE 85, 386, 404).

5 Ein solcher Umstand ist gegeben, wenn Gründe des formellen oder materiellen Rechts, die die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde tragen könnten, nicht erkennbar sind und sich deshalb der Schluss aufdrängt, die Entscheidung beruhe darauf, dass bestimmtes Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen worden ist. Das ist in der Anhörungsgrüße darzutun. Liegt, wie hier, eine Beschwerdeerwiderung vor, muss sich der Beschwerdeführer zudem mit dieser auseinandersetzen und darlegen, dass sich die Zurückweisung der Beschwerde auch unter Berücksichtigung der Argumente der Gegenseite nur damit

erklären lässt, dass bestimmtes Vorbringen nicht zur Kenntnis genommen worden ist (vgl. Senat, Beschluss vom 19. März 2009 - V ZR 142/08, NJW 2009, 1609, 1610; Beschluss vom 25. Februar 2010 - V ZR 108/09, juris). Eine solche Darlegung enthält die Anhörungsgrüße der Kläger nicht.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.**

§§ 675, 611, 280, 535, 536a, 543 BGB – Umfang anwaltlicher Beratungsobliegenheit bei einer Eigenbedarfskündigung und über Risiken einer Räumungsklage bei Einstellen weiterer Mietzinszahlung

1. Der Rechtsanwalt darf sich nicht mit der ersten Information seines Auftraggebers (Mieters) begnügen, sondern hat sich durch zusätzliche Fragen um eine ergänzende Aufklärung zu bemühen, wenn nach den Umständen für eine zutreffende rechtliche Einordnung die Kenntnis weiterer Tatsachen erforderlich ist, deren rechtliche Bedeutsamkeit für den Mandanten nicht ohne Weiteres ersichtlich ist.

2. Der Rechtsanwalt hat den Mandanten über die mit der Abwehr einer Kündigung des Vermieters und der Rechtsverteidigung gegen eine Räumungsklage verbundenen Risiken aufzuklären, wenn der Mandant die Mietzahlungen unter Berufung auf nicht gesicherte aufrechenbare Schadensersatzansprüche einstellen will.

3. Allerdings ist die fehlerhafte Beratung für die Kosten Schäden des Mandanten/Mieters nicht ursächlich, wenn sich der Mandant jedenfalls auch gegen eine wegen Eigenbedarfs berechnete Kündigung und eine darauf gestützte Räumungsklage zur Wehr gesetzt hätte.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. 12. 2010 – I-24 U 126/10)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2011, 114.

§§ 9, 82 InsO; § 242 BGB – Befreiende Zahlungen an einen Insolvenzschuldner in Unkenntnis der Eröffnung des Insolvenzverfahrens; Abfrage insolvenzrechtlicher Bekanntmachungen im Internet

Haben Unternehmen mit umfangreichem Zahlungsverkehr zur Erfüllung einer Verbindlichkeit an einen Insolvenzschuldner geleistet, ohne dass sie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens kannten, hindert sie die Möglichkeit, diese Information durch eine Einzelabfrage aus dem Internet unter www.insolvenz-bekanntmachungen.de zu gewinnen, nach Treu und Glauben nicht daran, sich auf ihre Unkenntnis zu berufen. Sie sind auch nicht gehalten, sich wegen der Möglichkeit der Internetabfrage beweismäßig für sämtliche Mitarbeiter zu entlasten.

(BGH, Urteil vom 15. 4. 2010 – IX ZR 62/09)

§§ 133, 234, 236 ZPO – Postlaufzeit im Bundesgebiet; Wiedereinsetzung

Der Rechtsmittelführer darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass im Bundesgebiet werktags aufgegebene Postsendungen am folgenden Werktag ausgeliefert werden.

Erkennbar unklare und ergänzungsbedürftige Angaben eines Wiedereinsetzungsgesuchs zum Zeitpunkt des Posteinwurfs und der Briefkastenleerung dürfen noch nach Fristablauf erläutert und vervollständigt werden.

(BGH, Beschluss vom 21. 10. 2010 – IX ZB 73/10)

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH WuM 2009, 416 m. w. Hinw. d. Red.; WuM 2004, 412; LG Wuppertal WuM 1996, 350; WuM 1995, 654; BayObLG WuM 1993, 493.

§§ 857, 851, 851a, 835 ZPO; EG VO Nr. 1782/2003 – Zwangsvollstreckung; Pfändung und Überweisung von EU-Betriebsprämien; GAP-Reform

1. a) Die einem Landwirt nach der Verordnung (EG) Nr. 1782/2003 des Rates vom 29. September 2003 zugewiesenen Zahlungsansprüche sind als sonstige Vermögensrechte nach § 857 ZPO grundsätzlich pfändbar.

b) Die einem Landwirt aus der nationalen Reserve nach Art. 42 der Verordnung (EG) Nr. 1782/2003 zugewiesenen Zahlungsansprüche sind innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren ab ihrer Zuweisung nach § 857 Abs. 1 ZPO i. V. mit § 851 Abs. 1 ZPO unpfändbar.

c) § 851 a ZPO ist auf die Pfändung von derartigen Zahlungsansprüchen nicht anwendbar.

2. a) Die Verwertung eines gepfändeten Zahlungsanspruchs kann dadurch erfolgen, dass das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers nach § 857 Abs. 5 ZPO die Veräußerung anordnet.

b) Die Überweisung eines gepfändeten Zahlungsanspruchs zur Einziehung setzt entsprechend der Verordnung (EG) Nr. 1782/2003 voraus, dass der Gläubiger den Zahlungsanspruch selbst aktivieren kann, er also selbst Betriebsinhaber im Sinne der Verordnung ist und eine landwirtschaftliche Fläche in derselben Region bewirtschaftet, für die der Zahlungsanspruch zugewiesen worden ist.

(BGH, Beschluss vom 23.10.2008 – VII ZB 92/07)

KL-Mitteleiter: VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf; RiBGH Wellner, Karlsruhe.

Teileigentum

§§ 10, 16, 21 WEG Teileigentum; Änderung des Kostenverteilungsschlüssels

Die Änderung des Kostenverteilungsschlüssels in der gemischt genutzten Wohnungseigentumsanlage kann der Teileigentümer nicht bereits deshalb verlangen, weil die anteilige Nutzfläche von dem für die Kostenverteilung maßgeblichen Miteigentumsanteil um mehr als 25 vom Hundert abweicht. Dies gilt auch im Falle zu Wohnzwecken vermieteter Teileigentumsräume.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 17.12.2010 – V ZR 131/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentumsanlage mit Wohn- und Teileigentum.

2 Den Klägern gehört die Teileigentumseinheit Nr. 16 (Büroraum mit dazu gehörigem Tiefgaragenstellplatz), die sie zu Wohnzwecken vermietet haben. Die Bewirtschaftungskosten (= Verwaltungskosten, die Betriebskosten, Kosten für Instandsetzung und Instandhaltung einschließlich Rücklagen) werden nach der Gemeinschaftsordnung nach Miteigentumsanteilen umgelegt. Die Einheit der Kläger umfasst rund 9% der Wohn- und etwas über 10% der Nutzfläche, während ihr Miteigentumsanteil rund 17,5% beträgt. Daraus ergibt sich gegenüber einer Umlage nach Wohn- oder Nutzflächenanteilen eine Mehrbelastung bei den umzulegenden Kosten von rund 94%, wenn man auf die Wohnflächenanteile abstellt, und von rund 70%, wenn man auf die Nutzflächenanteile abstellt.

3 Die Kläger beantragten auf einer Eigentümerversammlung im März 2009 zu beschließen, dass die Betriebskosten - soweit sie nicht bereits gemäß der Heizkostenverordnung oder nach Verbrauch abgerechnet werden - nicht mehr nach den Miteigentumsanteilen, sondern nach der Größe der jeweiligen Wohnfläche umgelegt werden. Der Antrag wurde abgelehnt.

4 Die Kläger haben den Beschluss angefochten und beantragt, die Beklagten zu verurteilen zuzustimmen, dass die Betriebskosten entsprechend dem abgelehnten Antrag nach den Wohnflächen, hilfsweise nach den Nutzflächen, verteilt werden. Weiter haben sie beantragt, die Beklagten zur Erteilung der

Zustimmung zu einer entsprechenden Verteilung auch der anderen Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie der Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung (mit Ausnahme der Kosten der Verwaltung) zu verurteilen.

5 Das Amtsgericht Nürnberg hat der Klage nach den Hilfsanträgen stattgegeben und die Beklagten verurteilt zuzustimmen, dass die Betriebskosten (soweit diese nicht nach der Heizkostenverordnung und nach dem Verbrauch umgelegt werden) sowie die anderen Lasten, die Kosten für die Instandsetzung und für die Instandhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nach den Nutzflächen verteilt werden. Das Landgericht Nürnberg-Fürth hat die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision wollen die Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung erreichen.

6 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hält die Klage mit den gestellten Anträgen für zulässig, verneint jedoch den Anspruch nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG. Zwar sei die bei einer Abweichung von 25 vom Hundert anzusetzende Eingriffsschwelle für den Anspruch auf Änderung einer vereinbarten Kostenverteilung überschritten, weil die Kläger bei der Umlegung der Kosten nach Miteigentumsanteilen 70% mehr zahlen müssten als bei einer Verteilung nach Nutzflächen.

7 Der Anspruch erfordere jedoch eine Berücksichtigung aller, auch der für die Beibehaltung des vereinbarten Verteilungsschlüssels sprechenden Umstände. Zu berücksichtigen sei hier insbesondere, dass der Kostenverteilungsschlüssel bereits seit der Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft so bestehe und auch nicht als von Anfang an verfehlt erscheine. Gewerbeeinheiten seien nämlich grundsätzlich von höherem Wert als Wohneinheiten und könnten zudem besser oder zu einem höheren Mietzins vermietet werden. Auch sei mit der Nutzung zu gewerblichen Zwecken grundsätzlich eine intensivere Beanspruchung des gemeinschaftlichen Eigentums verbunden, was die höhere Kostenbeteiligung rechtfertige.

8 Nicht zu berücksichtigen sei dagegen, dass die Kläger ihr Teileigentum derzeit zu Wohnzwecken nutzten, weil eine Zustimmung der Wohnungseigentümer dafür nicht vorliege und die Kläger ihr Eigentum als Gewerbeeinheit erworben hätten. Insoweit sei es auch nicht erheblich, dass die Wohnnutzung der Einheit der Kläger auf Grund der Umstellung auf eine ver-

brauchsbezogene Abrechnung der Kosten für Heizung, Warmwasser, Wasser und Abwasser im Jahr 2009 zu einer noch höheren Belastung der Kläger als die vereinbarte Abrechnung nach Miteigentumsanteilen geführt habe.

9 II. Das hält rechtlicher Überprüfung stand.

10 1. Zutreffend - und von der Revision auch nicht angegriffen - ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Kläger die von ihnen begehrte Änderung des Kostenverteilungsschlüssels gegen den Widerspruch der anderen Eigentümer nur unter den Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG durchsetzen können. Diese Vorschrift begründet einen (Individual-) Anspruch jedes Wohnungs- oder Teileigentümers gegen die anderen Miteigentümer auf Abschluss einer Änderungsvereinbarung, wenn ein Festhalten an der geltenden Regelung aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Rechte und Interessen der anderen Wohnungseigentümer unbillig erscheint.

11 2. Allerdings hat das Berufungsgericht übersehen, dass eine abändernde Vereinbarung nur insoweit erforderlich ist, als es um Kosten geht, für deren geänderte Umlage der Gemeinschaft die Beschlusskompetenz fehlt (Instandhaltungskosten). Soweit die erstrebte Änderung des Verteilungsschlüssels die Betriebskosten betrifft, ist - wie augenscheinlich gewollt - der ablehnende Beschluss anzufechten und eine Entscheidung nach § 21 Abs. 8 WEG zu beantragen. Auch insoweit kann eine Änderung des Verteilungsschlüssels aber ebenfalls nur unter den Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG verlangt werden (siehe zu alledem Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 - V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 [= WuM 2010, 175]).

12 a) Daran fehlt es. Ein schwerwiegender Grund, von der gesetzlichen (§ 16 Abs. 2 WEG) oder der in der Gemeinschaftsordnung vereinbarten Verteilung der Kosten nach Miteigentumsanteilen abzuweichen, setzt voraus, dass der geltende Verteilungsschlüssel für den die Änderung verlangenden Eigentümer zu einer erheblich (grundsätzlich mindestens um 25 vom Hundert) höheren Belastung als eine Verteilung der Kosten nach den Wohn- oder den Nutzflächen führt (vgl. Senat, Urteil vom 11. Juni 2010 - V ZR 174/09, NJW 2010, 3296 Rn. 16 [= WuM 2010, 520] mwN). Dieser Schwellenwert ist bei einer Abweichung von mehr als 70 vom Hundert weit überschritten.

13 b) Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht weiter davon ausgegangen, dass die erhebliche Mehrbelastung des Wohnungseigentümers allein noch nicht dessen Anspruch nach § 10 Abs. 3 Satz 2 WEG auf Änderung begründet, weil das Maß der Belastung nicht das alleinige Kriterium für die Beurteilung der Unbilligkeit des Festhaltens an dem vereinbarten Kostenverteilungsschlüssel ist (Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 - V ZR 114/09, NJW 2010, 2129, 2132 [= WuM 2010, 175] Rn. 31 und vom 11. Juli 2010 - V ZR 174/09, NJW 2010, 3296 [= WuM 2010, 520] Rn. 22). Hierzu bedarf es einer Abwägung der gesamten Umstände des Einzelfalls (Senat, Urteil vom 11. Juli 2010 - V ZR 174/09, NJW 2010, 3296 [= WuM aaO] Rn. 22).

14 aa) Diese Würdigung ist Sache des Tatrichters; die Nachprüfung seiner Entscheidung in einem Revisionsverfahren beschränkt sich darauf, ob er die Rechtsbegriffe zutreffend erfasst und ausgelegt, alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände berücksichtigt sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet hat (vgl. Senat, Beschluss vom 7. Oktober 2004 - V ZB 22/04, BGHZ 160, 354, 360 [= WuM 2004, 681] und Urteil vom 11. Juli 2010 - V ZR 174/09, NJW 2010, 3296 [= WuM 2010, 520] Rn. 22). Gemessen an diesem Prüfungsmaßstab hält das Berufungsurteil einer rechtlichen Prüfung stand.

15 bb) Das Berufungsgericht hat die tatbestandlichen Voraussetzungen des Anspruchs nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG richtig erfasst und ausgelegt. Es hat zugunsten der Kläger deren erhebliche Mehrbelastung durch die Kostenverteilung nach Miteigentumsanteilen gegenüber einer Umlage nach Nutzflächen berücksichtigt. Es hat weiter rechtsfehlerfrei diesem Umstand die Erkennbarkeit der - vermeintlich oder tatsächlich - nicht

sachgerechten Kostenbelastung bereits bei dem Erwerb des Teileigentums durch die Kläger und das Vertrauen der Beklagten auf den Bestand des geltenden Kostenverteilungsschlüssels gegenübergestellt, die der Feststellung einer Unbilligkeit eines Festhaltens an der bisherigen Regelung grundsätzlich entgegenstehen (vgl. Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 - V ZR 114/09, NJW 2010, 2129, 2132 [= WuM 2010, 175] Rn. 31). Schließlich hat es auch berücksichtigt, dass die zuletzt genannten Umstände nicht überbewertet werden dürfen, wenn sich die ursprünglich vereinbarte Regelung von Anfang an oder auf Grund nach der Aufteilung in Wohnungseigentum eingetretener Umstände als verfehlt oder unzweckmäßig erweist (BayObLG, NJW-RR 1992, 342, 343 [= WuM 1992, 83]; WuM 1997, 61, 62; KG, NJW-RR 1991, 1169, 1170 [= WuM 1991, 366]). Die Revision erhebt insoweit auch keine Einwände.

16 cc) Die sich gegen die Würdigung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Berufungsurteil richtenden Angriffe der Revision bleiben ohne Erfolg.

17 (1) Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht trotz der Mehrbelastung der Kläger durch die Kostenverteilung nach Miteigentumsanteilen einen Anspruch auf Änderung des Kostenverteilungsschlüssels nach Nutzflächen wegen der nach der Teilungsvereinbarung verschiedenartigen Nutzung der Sondereigentumseinheiten verneint hat.

18 (a) Anders als die Revision meint, können die Kläger nicht deshalb eine Änderung des Verteilungsschlüssels verlangen, weil sie ihr Teileigentum - von der Teilungserklärung abweichend - zu Wohnzwecken nutzen. Die Voraussetzungen eines Anspruchs nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG auf Änderung des Kostenverteilungsschlüssels bestimmen sich nicht nach der tatsächlich ausgeübten, sondern nach der rechtlich zulässigen Nutzung. Der Umstand, dass eine Teileigentumseinheit von der sich aus der Teilungsvereinbarung ergebenden Zweckbestimmung (vgl. BayObLG, FGPrax 2005, 11, 13) abweichend zu Wohnzwecken genutzt wird und damit zurzeit auch nur wie die Wohnungseigentumseinheiten zu den Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums beiträgt, führt nicht dazu, dass die Beibehaltung des auf der zulässigen Nutzung beruhenden Kostenverteilungsschlüssels sich als unbillig darstellt.

19 Bei der Entscheidung der Frage, ob ein Festhalten an der bisherigen Regelung unbillig ist, sind nämlich neben dem Verhältnis von Kostenbelastung und -verursachung auch die Gesichtspunkte der Praktikabilität und der Verlässlichkeit der Verteilung und der daraus folgenden Vorhersehbarkeit der Belastungen für die Eigentümer zu berücksichtigen (vgl. Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 10 Rn. 155). Ein Anspruch auf eine Änderung der Kostenverteilung nach der jeweiligen tatsächlichen Nutzung der einzelnen Einheiten führte zu diesen Grundsätzen widersprechenden, wiederholten Änderungen des Verteilungsschlüssels. Darauf müssen sich die anderen Eigentümer nicht einlassen.

20 (b) Entgegen der Ansicht der Revision ist es auch nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gekommen ist, es sei wegen der unterschiedlichen Nutzungsarten der Sondereigentumseinheiten nicht festzustellen, dass die ursprüngliche Bestimmung der Größe der Miteigentumsanteile und die danach bemessene Verteilung der Kosten nicht sachgerecht gewesen sei.

21 (aa) Zwar ist die Frage, ob eine Kostenverteilung nach Miteigentumsanteilen, bei der ein Eigentümer eine erheblich höhere Last als bei einer Verteilung nach den Nutzflächen tragen muss, unangemessen ist, danach zu beurteilen, ob die auf die einzelnen Miteigentümer entfallenden Kosten in einem vertretbaren Verhältnis zu den durch ihr Eigentum verursachten Kosten stehen (vgl. BayObLG NJW-RR 1992, 342, 343 [= WuM 1992, 83]; WuM 1997, 61). Bei unterschiedlicher Nutzung der Sondereigentumseinheiten ist deren Größe aber kein hinreichender Maßstab zur Bestimmung der anteiligen Kostenverursachung.

22 (bb) Richtig ist allerdings der Einwand der Revision, dass es bei den gemischt genutzten Objekten keinen allgemeinen Erfahrungssatz des Inhalts gibt, wonach eine gewerbliche Nutzung stets höhere Kosten als eine Nutzung zu Wohnzwecken verursacht. Anzunehmen ist vielmehr, dass einzelne Kosten mehr bei der Wohnungsnutzung, andere mehr bei einer geschäftlichen Nutzung entstehen (Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und der Gewerberaummieta, Rn. 66; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl., Rn. 4184), wobei es vor allem auf die jeweilige Art der gewerblichen Nutzung ankommt.

23 (cc) Aus dem Fehlen eines solchen Erfahrungssatzes folgt jedoch noch nicht der daraus von der Revision gezogene Schluss, dass die nach der Teilungserklärung vorgesehene Kostenverteilung eine von Anfang an verfehlte Regelung ist. Derartige Bestimmungen sind vor dem Hintergrund, dass eine gewerbliche Nutzung von Gebäudeteilen - jedenfalls dann, wenn sie mit einem erhöhten Publikumsverkehr verbunden ist - regelmäßig zu im Vergleich zu den Wohneinheiten höheren Betriebskosten und zu einer stärkeren Beanspruchung der Baustanz führt, in Gemeinschaftsordnungen gemischt genutzter Wohnungseigentumsanlagen durchaus geläufig und auch nicht grundsätzlich unangemessen. Dass es bei diesem Objekt anders war, ist nicht ersichtlich. Dahingehende Feststellungen gibt es nicht, und die Revision zeigt keinen Vortrag der Kläger dazu auf, dass die Kostenverteilung in der Gemeinschaftsordnung unter Berücksichtigung dieser Umstände eine nicht sachgerechte und zu unbilligen Ergebnissen führende Regelung wäre.

24 (2) Hinzu kommt, dass eine Umlage der (nicht verbrauchsabhängigen) Betriebskosten und der sonstigen Lasten nach den Nutzflächen keineswegs zu einer sachgerechten, der Verursachung der Kosten durch die Teil- und Wohnungseigentumseinheiten entsprechenden Verteilung führte. Es ist nämlich von einer typisierenden, generalisierenden Betrachtung der Kostenverursachung auf der Grundlage der nach der Teilungserklärung zulässigen Nutzung der Sondereigentumseinheiten auszugehen. Eine Kostenverteilung nach den Nutzflächen wäre vor diesem Hintergrund nur dann sachgemäß, wenn die Teileigentumseinheiten (bezogen auf den Quadratmeter Nutzfläche) anteilig nicht oder nur in einem geringfügigen Umfang mehr Kosten verursachten als die Wohnzwecken dienenden Eigentumseinheiten. Dafür gibt es hier jedoch keine Anhaltspunkte. Vielmehr verursacht eine gewerbliche Nutzung mit hohem Publikumsverkehr (was hier insbesondere für eine ebenfalls zur Anlage gehörende Gaststätte zutrifft) in der Regel höhere Kosten als eine Nutzung zu Wohnzwecken. Wenn die gewerblichen Einheiten jedoch überproportional zu den zu verteilenden Kosten beitragen, führt die Umlage nach der Größe der Nutzfläche nicht zu einer sachgerechten Kostenverteilung. Der erstrebte Umlageschlüssel ist danach nicht besser geeignet, Unbilligkeiten zu vermeiden.

25 (3) Das Berufungsgericht war schließlich - entgegen der Ansicht der Revision - nicht verpflichtet, von sich aus Beweis darüber zu erheben, ob auf der Grundlage der nach der Teilungserklärung zulässigen Nutzung des Teileigentums die vereinbarte Kostenverteilung nach Miteigentumsanteilen eine nach der Kostenverursachung unangemessene Mehrbelastung der Kläger bewirkt und die beantragte Verteilung nach den Nutzflächen demgegenüber zu einer angemessenen Kostenverteilung führte. Für die nach dem 1. Juli 2007 anhängig gewordenen Verfahren, die nach § 43 Nr. 1 ZPO streitige Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind, gelten der Beibringungsgrundsatz und die Beweisvorschriften der Zivilprozessordnung (vgl. Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 43 Rn. 1, 4; Timme/Elzer, WEG, § 43 Rn. 5). Der die Änderung einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG verlangende Eigentümer muss die Voraussetzungen des Anspruchs vortragen und Beweis dafür anbieten. Dass die Kläger dies getan hätten, zeigt die Revision jedoch nicht auf.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 1020 BGB

Grundstück im Miteigentum der Wohnungseigentümer; Instandhaltungslast des Dienstbarkeitsberechtigten eines Geh- und Fahrrechts; Zufahrt zum Kundenparkplatz eines Lebensmittelmarkts auf verpachteter Gewerbefläche des Berechtigten

Das Halten einer Anlage im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB kann nicht schon aus der rechtlichen Befugnis gefolgert werden, das Grundstück entsprechend dem Inhalt der Dienstbarkeit zu nutzen; vielmehr ist erforderlich, dass der Dienstbarkeitsberechtigte die Anlage tatsächlich für eigene Zwecke einsetzt.

(BGH, Urteil vom 17. 12. 2010 – V ZR 125/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die klagende Wohnungseigentümergeinschaft verlangt von dem Beklagten Beteiligung an den Unterhaltungskosten für eine Privatstraße, die über das im Gemeinschaftseigentum stehende Flurstück 68, Flur 12 der Gemarkung Altstadt C. (bezeichnet vormalig als Flurstück 45/18) verläuft. Das Grundstück ist mit einem Geh- und Fahrrecht u. a. zugunsten der im Eigentum des Beklagten stehenden Grundstücke 45/15 und 45/17 belastet. In der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung heißt es unter „Absichtserklärung für vorstehende Rechte“:

„Mit den Berechtigten und Verpflichteten wird der Eigentümer Vereinbarungen treffen, in denen bestimmt wird, wie die Eigentümer der gesamten mit den Dienstbarkeiten belasteten Flächen, insbesondere Wege- und Zufahrtsflächen, die Kosten der Instandhaltung, der Pflege sowie der Verkehrssicherung nach einem angemessenen Verteilungsschlüssel zu tragen haben...“

2 Auf dem Flurstück 45/17 betreibt ein Pächter des Beklagten u. a. einen Lebensmittelmarkt; das Flurstück 45/15 wird als Kundenparkplatz genutzt. Die Grundstücke verfügen über eine Anbindung zum öffentlichen Straßennetz. Sie sind auch über die Privatstraße zu erreichen, deren Durchfahrt allerdings aus einer Richtung durch das Verkehrszeichen 260 (Anlage 2 zur StVO) für Kraftfahrzeuge verboten ist. Aus der Gegenrichtung ist die Straße als verkehrsberuhigte Zone (Zeichen 325.1 der Anlage 3 zur StVO) ausgewiesen. Sie wird gleichwohl in beiden Fahrtrichtungen von Kunden des Lebensmittelmarktes genutzt. Der Beklagte verweigert eine Beteiligung an der Unterhaltung der Straße und wendet hierzu insbesondere ein, er sei nicht Halter im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB. Nunmehr verlangt die Klägerin von dem Beklagten jeweils 70 % der entstandenen Unterhaltungskosten und der von ihr für erforderlich gehaltenen Instandhaltungsrücklage.

3 Das Amtsgericht Paderborn hat die auf Zahlung von 1620,53 € nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Landgericht Paderborn zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin den Zahlungsanspruch weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die geltend gemachten Ansprüche scheiterten daran, dass der Beklagte nicht als Halter der Privatstraße angesehen werden könne (§ 1020 Satz 2 BGB). Auf der Grundlage des Parteivorbringens lasse sich nicht feststellen, dass der Beklagte die Straße selbst nutze oder er deren Nutzung durch Dritte in zurechenbarer Weise veranlasst habe. Stets habe sich der Beklagte mit der Schließung der Straße einverstanden erklärt und betont, auf die Ausübung des Wegerechts derzeit keinen Wert zu legen. Davon abgesehen habe er die Klägerin aufgefordert, die Privatstraße gegen die unbefugte Nutzung zu sichern. Dass der Beklagte die Dienstbarkeit nicht aufgeben wolle, sei nicht treuwidrig (§ 242 BGB). § 1020 Abs. 2 BGB enthalte keine Verpflichtung, die Anlage zu halten. Es stelle ein legitimes Interesse dar,

wenn der Beklagte das Geh- und Fahrrecht im Hinblick auf jederzeit mögliche Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse weiter vorhalten wolle.

5 II. Der Revision bleibt der Erfolg versagt. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Klage zwar für zulässig, jedoch für unbegründet erachtet.

6 1. Von der Zulässigkeit der Klage geht das Berufungsgericht stillschweigend aus. Damit hat es der Sache nach auch die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfende Befugnis der Klägerin bejaht, die geltend gemachten Ansprüche im eigenen Namen einzuklagen. Dies ist jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden.

7 a) Allerdings stehen die geltend gemachten Ansprüche der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft materiell rechtlich nicht zu. Inhaber der Ansprüche aus § 1020 Satz 2 BGB ist nur der Eigentümer des belasteten Grundstücks. Der Umstand, dass vorliegend unstreitig nur das Gemeinschaftseigentum von dem Geh- und Fahrrecht betroffen ist, macht deutlich, dass mit der Dienstbarkeit nicht ein Grundstück der in den Grenzen des § 10 Abs. 6 WEG rechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft belastet ist, sondern lediglich das im Miteigentum sämtlicher Wohnungseigentümer stehende Grundstück. Da das Gemeinschaftseigentum nicht im Vermögen des Verbandes steht (vgl. nur Senat, Beschluss vom 30. März 2006 - V ZB 17/06, NJW 2006, 2187, 2188 [= WuM 2006, 270]; BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2006 - I ZB 83/06, NJW 2007, 518 [= GuT 2007, 162]), kommen als Anspruchsberechtigte nach § 1020 Satz 2 BGB allein die Wohnungseigentümer in Betracht. Für Schadensersatzansprüche nach §§ 280, 281 BGB, die aus einer Verletzung dieses Anspruches resultieren (dazu Senat, Urteil vom 12. November 2004 - V ZR 42/04, BGHZ 161, 115, 124 [= GuT 2005, 27 KL]), sowie für die im Hinblick auf die künftige Unterhaltung der Straße geforderte Instandhaltungsrücklage gilt nichts anderes.

8 b) Die fehlende Rechtsinhaberschaft der Klägerin ist jedoch deshalb unschädlich, weil die Wohnungseigentümergeinschaft in gesetzlicher Prozessstandschaft handelt, soweit ihr das Gesetz die Befugnis verleiht, Rechte der Wohnungseigentümer auszuüben (vgl. nur Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 - V ZR 80/09, NJW 2010, 933, 934 [= WuM 2010, 172] mwN).

9 Nach § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 1 WEG ist die Wohnungseigentümergeinschaft ohne weiteres zur Ausübung der gemeinschaftsbezogenen Rechte der Wohnungseigentümer befugt; insoweit besteht eine geborene Ausübungsbefugnis des Verbandes. Für sonstige Rechte mit gemeinsamer Empfangszuständigkeit, die die Wohnungseigentümer gemeinschaftlich geltend machen können (§ 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 2 WEG), kommt nur eine gekorene Ausübungsbefugnis in Betracht, bei der lediglich ein Zugriffsermessens besteht. Bei der Abgrenzung ist nach allgemeiner Auffassung eine wertende Betrachtung geboten. Während die geborene Ausübungsbefugnis voraussetzt, dass nach der Interessenlage ein gemeinschaftliches Vorgehen erforderlich ist, genügt es bei der gekorenen, dass die Rechtsausübung durch den Verband förderlich ist (vgl. zum Ganzen nur Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 10 Rn. 244 ff.; Riecke/Schmid/Elzer, WEG, 2. Aufl., § 10 Rn. 417; Timme/Dötsch, WEG, § 10 Rn. 446 ff., 454 ff.; jeweils mwN). Gemessen daran ist die Klägerin nach § 10 Abs. 6 Satz 3 Halbsatz 1 WEG befugt, die Klageansprüche im eigenen Namen geltend zu machen.

10 Für Schadensersatzansprüche, die auf die Verletzung des Gemeinschaftseigentums gestützt werden, ist anerkannt, dass eine geborene Ausübungsbefugnis des Verbandes besteht (Jennißen in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 10 Rn. 76; Riecke/Schmid/Elzer, aaO, § 10 Rn. 418), weil deren Durchsetzung - anders als etwa die Verfolgung eines Unterlassungsanspruches nach § 1004 BGB (dazu Beschluss vom 30. März 2006 - V ZB 17/06, NJW 2006, 2187, 2188 [= WuM 2006, 270] mwN) - nicht den einzelnen Mitgliedern der Gemeinschaft überlassen bleiben kann (Klein in Bärmann, aaO, § 10 Rn. 254 f.; Timme/Dötsch, aaO,

§ 10 Rn. 458, 484; vgl. auch Senat, Urteil vom 11. Dezember 1992 - V ZR 118/91, BGHZ 121, 22, 23 ff. [= WuM 1993, 143]). Vielmehr sind diese Ansprüche im Interesse einer geordneten Verwaltung des Gemeinschaftseigentums einheitlich geltend zu machen. Gleiches gilt für die hier in Rede stehenden Zahlungsansprüche, die in ihrem Kern ebenfalls eine - wenn auch nicht rechtswidrige - Inanspruchnahme des Gemeinschaftseigentums voraussetzen (§ 1020 Satz 1 WEG). Auch bei diesen Ansprüchen erscheint nur eine von vornherein gebündelte Rechtsdurchsetzung durch den Verband sachgerecht.

11 2. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Klage für unbegründet erachtet.

12 a) Soweit die Klägerin eine Instandhaltungsrücklage verlangt, fehlt es bereits an einer Anspruchsgrundlage. § 1020 Satz 2 WEG gibt einen solchen Anspruch nicht her. Auf die Vorschriften der §§ 745, 748 BGB (zur entsprechenden Anwendung des Rechts über die Bruchteilsgemeinschaft, wenn auch der Eigentümer des dienenden Grundstücks den Weg benutzt, vgl. Senat, Urteil vom 12. November 2004 - V ZR 42/04, BGHZ 161, 115, 118 ff. [= GuT 2005, 27 KL]) lässt sich die Klage schon deshalb nicht stützen, weil die Revision auf kein tatsächliches Vorbringen verweist, aufgrund dessen davon auszugehen wäre, dass die Klägerin, der Beklagte und die sonstigen Dienstbarkeitsberechtigten einen auf die Bildung einer Rücklage gerichteten Beschluss gefasst haben.

13 b) Die auf die Erstattung der aufgewandten Instandhaltungskosten gerichtete Klage ist ebenfalls nicht gerechtfertigt.

14 aa) Mit Blick auf die auf die Verletzung der Verpflichtung aus § 1020 Satz 2 BGB gestützte Zahlungsklage legt das Berufungsgericht zutreffend zugrunde, dass es sich bei der Straße zwar um eine Anlage im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB handelt (vgl. dazu nur Senat, Urteil vom 17. Februar 2006 - V ZR 49/05, NJW 2006, 1428, 1429), der Beklagte jedoch nicht als deren Halter angesehen werden kann. Mit dem Begriff des Haltens stellt § 1020 Satz 2 BGB auf die tatsächlichen Verhältnisse ab (vgl. MünchKomm-BGB/Joost, 5. Aufl., § 1020 BGB Rn. 9; Staudinger/Mayer, BGB <2009>, § 1020 Rn. 13 u. 15; vgl. auch Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 1020 Rn. 5). Da das Gesetz keine Verpflichtung des Dienstbarkeitsberechtigten zum Halten einer Anlage kennt und das Halten nach allgemeiner Auffassung endet, wenn der Berechtigte die Nutzung nach außen hin erkennbar aufgibt, kann die Haltereigenschaft nicht schon aus der rechtlichen Befugnis gefolgert werden, das Grundstück entsprechend dem Inhalt des Wege- und Fahrrechts zu nutzen. Vielmehr ist erforderlich, dass der Dienstbarkeitsberechtigte die Anlage tatsächlich für eigene Zwecke einsetzt (MünchKomm-BGB/Joost, aaO, Rn. 9; NK-BGB/Otto, BGB, 3. Aufl., § 1020 BGB Rn. 53; vgl. auch Staudinger/Mayer, BGB, aaO, Rn. 13). Das Vorliegen dieser Voraussetzung hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint.

15 (1) Die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe die Straße nicht selbst (durch eigenes Befahren oder Begehen) genutzt, wird von der Revision nicht angegriffen.

16 (2) Allein der Umstand, dass der Beklagte sein Grundstück verpachtet und er damit eine Ursache dafür gesetzt hat, dass Kunden und Lieferanten des Lebensmittelmarktes die im Eigentum der Wohnungseigentümer stehende Straße (in einer Richtung sogar verbotswidrig) befahren und begehen, reicht für die Bejahung der Haltereigenschaft nicht aus. Denn die bloße Verursachung des Verhaltens Dritter rechtfertigt nicht ohne weiteres den Schluss, der Beklagte habe dadurch den Weg für seine eigenen Zwecke eingesetzt. Umstände, die diesen Schluss zulassen könnten, sind nicht ersichtlich. Die Revision verweist auf kein tatsächliches Vorbringen, aus dem sich ergibt, dass der Beklagte das Recht aus der Dienstbarkeit seinen Vertragspartnern zur Ausübung überlassen oder zumindest einer Nutzung des Weges durch seine Vertragspartner zugestimmt hat. Allerdings müsste bei wertender Betrachtung dann von einer (mittelbaren) Nutzung des Weges durch den Beklagten ausgegangen werden, wenn die verpachtete Fläche ohne das Befahren

und Begehen des dienenden Grundstücks nicht zweckentsprechend verwendet werden könnte. So verhält es sich hier jedoch nicht, weil die Pachtfläche selbst über einen Anschluss an das öffentliche Straßennetz verfügt und damit die Inanspruchnahme des über das Gemeinschaftseigentum verlaufenden Weges nicht Voraussetzung für eine zweckentsprechende Nutzung der verpachteten Gewerbefläche ist.

17 bb) Auch der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) verhilft der Klage nicht zum Erfolg. Wie bereits dargelegt, ist der Dienstbarkeitsberechtigte nicht verpflichtet, von den ihm eingeräumten Nutzungsmöglichkeiten tatsächlich Gebrauch zu machen. Zu Recht geht das Berufungsgericht auch davon aus, dass eine Grunddienstbarkeit im Hinblick auf mögliche tatsächliche Veränderungen selbst dann vorgehalten werden kann, wenn der Berechtigte von den aus dem dinglichen Recht folgenden Befugnissen einstweilen keinen Gebrauch macht. Soweit die Revision darauf verweist, dass eine Grunddienstbarkeit bei einem nachträglichen dauerhaften Wegfall des durch die Grunddienstbarkeit gesicherten Vorteils erlischt, ergibt sich daraus schon deshalb nichts zugunsten der Kläger, weil das Erlöschen der Dienstbarkeit unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt anspruchsbegründend im Sinne der Klageforderung wirkt. Davon abgesehen ist für einen dauerhaften Wegfall auch nichts ersichtlich.

18 cc) Schließlich ist die Klage auch nicht aus anderen Gründen gerechtfertigt. Entgegen der Auffassung der Revision folgt ein Anspruch nicht aus der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung. Die bloße Erklärung der Absicht, es solle mit den „Berechtigten und Verpflichteten“ eine Vereinbarung über die Kosten der Instandhaltung, der Pflege und der Verkehrssicherung getroffen werden, ist bei der gebotenen nächstliegenden Auslegung (vgl. dazu nur Senat, Beschluss vom 21. Februar 1991 - V ZB 13/90, BGHZ 113, 374, 378 [= WuM 1991, 361]; Urteil vom 3. Juli 2008 - V ZR 20/07, NZM 2008, 732, 734; jeweils mwN) nicht dahin zu verstehen, die Eigentümer des herrschenden Grundstücks hätten Instandhaltungskosten unabhängig von einer tatsächlichen Ausübung der aus der Dienstbarkeit fließenden Befugnisse zu zahlen und dies bereits vor Zustandekommen der avisierten Vereinbarungen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen/Leitsätze (KL) Teileigentum etc.

§§ 10, 23 WEG; § 134 BGB – Ausschluss des wohngeldrückständigen Miteigentümers von der Wohnungseigentümerversammlung

a) Ein Wohnungseigentümer, der mit der Zahlung von Beiträgen in Verzug ist, kann deswegen nicht von der Wohnungseigentümerversammlung ausgeschlossen werden; ihm kann auch nicht das Stimmrecht entzogen werden.

b) Die Ungültigerklärung von Beschlüssen scheidet in der Regel aus, wenn feststeht, dass sich ein Beschlussmangel auf das Abstimmungsergebnis nicht ausgewirkt hat; anders verhält es sich jedoch bei schwerwiegenden Eingriffen in den Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte, die dazu führen, dass das Teilnahme- und Mitwirkungsrecht eines Wohnungseigentümers in gravierender Weise ausgehebelt wird.

(BGH, Urteil vom 10.12.2010 – V ZR 60/10)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2011, 125.

§ 16 WEG; §§ 80, 108 InsO – Folgen der Freigabe vermieteten Teileigentums

1. Gibt der Insolvenzverwalter Wohnungseigentum frei, wird die Masse nicht von der Entrichtung der Hausgelder entlastet. Verbindlichkeiten können grundsätzlich nur mit Zustimmung des Gläubigers „freigegeben“ werden.

2. Die nach der Freigabe fällig werden Wohngelder und Sonderumlagen sind als Masseschulden zu berichtigen.

3. Ein Mietverhältnis wird auch nach der Freigabe mit dem Insolvenzverwalter fortgesetzt.

(AG Mannheim, Urteil vom 4.6.2010 – 4 C 25/10 – n. rkr.)

Hinw. d. Red.: Berufung anhängig zum LG Karlsruhe – 11 S 105/10.

KL-Mitteleiler: RiBGH Wellner, Karlsruhe; RiAG Dr. Zipperer, Mannheim.

Wettbewerb

Internet – Umschau Dezember 2010

Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

OLG Naumburg – Schadensersatz bei Domain-Blockade

Das Oberlandesgericht Naumburg hatte zu prüfen, auf welcher Grundlage sich Schadensersatzansprüche seitens eines Domain- und Marken-Inhabers ergeben, wenn gegen seinen Willen die Domains auf einen anderen übertragen werden (Urteil vom 24.06.2010, Az.: 1 U 20/10).

Der Kläger wendet sich gegen die Beklagten, weil diese als Inhaber von Domains eingetragen sind, die ursprünglich der vom Kläger und seiner Ehefrau betriebenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts gehörten. Beide sind auch Inhaber entsprechender Wort-Bildmarken. Der Kläger überließ dem Beklagten zu 1) die Verwaltung und Pflege der beiden Domain-Namen.

Der Beklagte zu 1) übertrug beide Domains auf sein eigenes Unternehmen; später war seine Ehefrau, die Beklagte zu 2), als Inhaberin einer der beiden Domains eingetragen.

Der Kläger beantragt unter anderem festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, Schadensersatz zu zahlen, weil diese ihm seine Nutzungsrechte an den Domains entzogen haben. Mit dem Feststellungsanspruch gegenüber dem Beklagten zu 1) und bezogen auf eine der Domains gegenüber der Beklagten zu 2) war er vor dem Landgericht Magdeburg erfolgreich, im übrigen wies das Gericht die Klage ab (Urteil vom 03.02.2010, Az.: 7 O 1742/09 (082)). Die Beklagten gingen in Berufung vor das OLG Naumburg; dieses bestätigte im Grunde das Urteil der Vorinstanz, geht dabei aber von einem anderen Rechtsgrund aus:

Entgegen der Ansicht des LG Magdeburg, das den Schadensersatzanspruch auf eine Namensrechtsverletzung gründete, weil der Beklagte zu 1) die Domains auf seine eigene Firma

übertragen hat, ohne dazu berechtigt zu sein (§§ 823, 12 BGB), kommt nach Auf fassung des OLG Naumburg das Namens- oder Markenrecht nicht zum Zuge. Dass der Beklagte hier die Nutzung der Markenrechte der GbR des Klägers und seiner Ehefrau im Internet durch die Blockade ihrer Internetadressen erschwert beziehungsweise verhindert, stelle keine Namens- oder Markenrechtsverletzung dar, sondern eine allgemeine zivilrechtliche Rechtsverletzung, die Schadensersatzansprüche wegen sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) auslöste. Der Beklagte habe die Domains heimlich übernommen, ohne dazu berechtigt zu sein. Zumindest konnte der Beklagte nicht nachweisen, dass der Kläger mit der Übertragung der Domains einverstanden war.

Die Problematik dieses Falles liegt wohl in dem Umstand, dass unklar blieb, auf welcher Grundlage der Inhaberwechsel bei den Domains vorgenommen wurde. Die Rechtsanwälte Schmidt und Gottschalkson, die die Urteile zur Verfügung stellen, weisen daher zutreffend darauf hin, dass bei Übertragungen von Domain-Namen sämtliche Vereinbarungen aufbewahrt werden sollten. Dazu müssen sie selbstverständlich vorher schriftlich abgefasst worden sein.

Die Entscheidungen des OLG Naumburg und des LG Magdeburg finden Sie unter:

<http://www.domain-recht.de/verweis/351>

<http://www.domain-recht.de/verweis/352>

OLG Dresden ... „International“ kann irreführen

Das OLG Dresden hat in einer wettbewerbsrechtlichen Entscheidung unter anderem klar gemacht, dass ein Unternehmen, das lediglich regional tätig ist, in seinem Domain-Namen nicht den Begriff „international“ benutzen darf (Urteil vom 04. 05. 2010, Az.: 14 U 46/10).

Klägerin ist die Wettbewerbszentrale in Bad Homburg, Beklagte ein Autoglasbetrieb nahe der polnischen Grenze. Die Beklagte nutzt im Unternehmensnamen und bei ihren Domain-Namen den Begriff „International“, hat jedoch keine Dependancen im Ausland, sondern ist nur im Inland aktiv. Die Klägerin sieht darin einen Wettbewerbsverstoß und verlangt von der Beklagten unter anderem, es zu unterlassen, den Begriff „International“ in der Firmenbezeichnung und den Domain-Namen zu nutzen. Die Beklagte hält entgegen, man müsse keine Niederlassungen im Ausland haben; es reiche, dass man Autogläser auch von ausländischen Autos austausche.

Das Landgericht Dresden gab der Klägerin Recht (Urteil vom 11. 12. 2009, Az.: 44 HKO 187/09). Die Beklagte legte Berufung gegen das Urteil ein, so dass das Oberlandesgericht Dresden entscheiden musste. Dieses bestätigte die Entscheidung aus erster Instanz und wies die Berufung zurück. Das OLG geht ebenso wie die Vorinstanz davon aus, eine Geschäftsbezeichnung kann irreführen, wenn ein Bestandteil der Firmierung geeignet ist, unzutreffende Vorstellungen über die geschäftlichen Verhältnisse des Unternehmens hervorzurufen. Dazu gehöre auch der überregionale Zusatz „International“, der grundsätzlich nur von bedeutenden Unternehmen, die aufgrund ihrer Organisation, wirtschaftlichen Stärke und ausländischen Geschäftsbeziehungen einen bedeutenden Teil ihrer Geschäfte außerhalb des Bundesgebiets abwickeln, verwendet werden dürfen.

Nach Ansicht des Gerichts verstehen Nachfrager von Reparatur und Austausch beschädigter Autoglasscheiben unter dem von der Beklagten benutzten Begriff „International“ nicht das Produkt Autoglas oder gar, dass das Produkt Autoglas auch in das Kraftfahrzeug eines ausländischen Herstellers eingebaut werden könne; das setze er bei einem freien Autoglasbetrieb grundsätzlich voraus. Der Nachfrager erwarte auch nicht, dass „International“ für die besonderen Sprachkenntnisse der Mitarbeiter stehe. Vielmehr beziehe er die Bezeichnung auf die Bedeutung des Unternehmens und seine Geschäftstätigkeit im Ausland. Im Unterschied zu anderen, nicht markengebundenen Autoglasfachbetrieben gewinne der Nachfrager aus dem Begriff „International“ die Vorstellung, dass die Beklagte ihre Aus-

tausch- und Reparaturleistungen auch im Ausland anbieten und erbringe, und deswegen über eine entsprechende Organisation und wirtschaftliche Stärke verfüge. Da das aber seitens der Beklagten nicht der Fall war, wurde ihr die Nutzung des Begriffs „International“ im Domain-Namen und der Firmierung untersagt.

Die Entscheidung ist nicht die erste ihrer Art. Ähnliche, aber deutlich umstrittene Entscheidungen sind tauchschule-dortmund.de (OLG Hamm, Urteil vom 18.03. 2003, Az.: 4 U 14/03) sowie tipp. ag (OLG Hamburg, Urteil vom 02.06. 2004, Az.: 5 U 162/03). Während im Fall tauchschule-dortmund.de von einer wettbewerbswidrigen Alleinstellungs- oder zumindest Spitzenstellungsbehauptung in Dortmund ausgegangen wurde, ging das Gericht bei tipp. ag von einer Irreführung des Verkehrs aus, da dieser davon ausgehen könnte, es handele sich bei der Betreiberin, einer GmbH, um eine Aktiengesellschaft. Rechtlich differieren die Entscheidungen, doch laufen sie alle darauf hinaus, dass sich die Domain-Inhaber mit einem falschen Schein geschmückt haben. So ist bei der Wahl des Domain-Namens nicht nur auf den der Unternehmung angemessenen Domain-Namens-Zusatz zu achten, sondern auch auf die Endung.

Die Wettbewerbszentrale zum Urteil des OLG Dresden: <http://www.domain-recht.de/verweis/340>

Informationen zur tauchschule-dortmund.de-Entscheidung des OLG Hamm finden Sie unter:

<http://domain-recht.de/magazin/article.php?id=148>

Die Entscheidung zu tipp. ag des OLG Hamburg findet man unter: <http://www.aufrecht.de/3351.html>

BGH – Domain-Freiheit für Steuerberater-Werbung

Welche Domain-Namen sind berufsrechtlich gesehen für Steuerberater legitim? Der 5. Senat für die Steuerberater- und Steuerbevollmächtigtensachen des Bundesgerichtshof schaffte für die Domain steuerberater-suedniedersachsen.de Klarheit, und wies die Revision der Staatsanwaltschaft gegen ein Urteil des OLG Celle vom 03. 12. 2009 zurück.

Das Landgericht Hannover sprach gegen einen Steuerberater, der sich seit dem Jahr 2006 unter dem etwas sperrigen Domain-Namen steuerberater-suedniedersachsen.de präsentiert, einen Verweis wegen berufswidriger Werbung aus, § 57 Abs. 1 StBerG. Das Oberlandesgericht in Celle hob dieses Urteil auf die Berufung des Steuerberaters hin auf und sprach ihn frei. Die Staatsanwaltschaft ging in Revision vor den zuständigen Senat des Bundesgerichtshofes, hatte da jedoch keinen Erfolg (BGH StbSt (R) 2/10, Urteil vom 01. 09. 2010).

Der Bundesgerichtshof schaute sich die Domain genau an und gelangte zu der Ansicht, die Kombination von Gattungsbegriff und Region stellt keine unerlaubte Werbung im Sinn des Berufsrechts der Steuerberater dar. Steuerberatern ist Werbung erlaubt, soweit sie über die berufliche Tätigkeit in Form und Inhalt sachlich unterrichtet und nicht auf Erteilung eines Auftrags im Einzelfall gerichtet ist; er darf über seine Dienstleistung und seine Person informieren, solange die Angaben sachlich nachprüfbar und nicht berufswidrig sind. Der BGH konzidierte, dass von Steuerberatern eingerichtete Internet-Domains dazu dienen, Mandanten zu gewinnen, was Werbung im Sinne des Berufsrechts ist. Doch die Werbung des hier betroffenen Steuerberaters sei nicht irreführend und deshalb erlaubt. Der Steuerberater berühme sich mit dem Domain-Namen als solchem keiner Sonderstellung unter den Steuerberatern in der bezeichneten Region. Und dass kein anderer Steuerberater unter dem Domain-Namen für sich werben kann, sei durch das Prioritätsprinzip bei der Domain-Registrierung gedeckt. Zudem erscheine das mit dem Domain-Namen bezeichnete Einzugsgebiet als zu groß, als dass verständige Internetnutzer meinen würden, er sei im südniedersächsischen Raum der einzige Steuerberater. Eine Alleinstellungsbehauptung liege damit nicht vor. Auch die Gefahr einer Kanalisierung der Rechtssuchenden hält der BGH für gering und nicht relevant, da kaum zu erwarten sei, dass Internetnutzer neben dem Begriff Steuerberater auch den regio-

nalen Begriff, der gerade keinen Landkreis bezeichnet, sondern eine weniger präzise Gebietsbezeichnung ist, eingaben. Eine Irreführung der Nutzer ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass man unter der Domain einen Verband oder eine Liste von unterschiedlichen, in der Region tätigen Steuerberatern erwartete. Etwaige Fehlvorstellungen von Nutzern würden durch Kenntnisnahme der Homepage sogleich korrigiert. Eine berufsrechtswidrige Werbung liegt also seitens des Steuerberaters nicht vor, weshalb der BGH die Revision zurückwies und die Entscheidung des OLG Celle bestätigte.

Der Vergleich zu dem schon etwas betagten und nach wie vor umstrittenen Urteil zur Domain tauschschule-dortmund.de stellt sich ein (OLG Hamm, Urteil vom 18.03.2003, Az.: 4 U 14/03). Das OLG Hamm hatte seinerzeit die Revision nicht zugelassen, der BGH wies den Antrag auf Zulassung der Revision zurück. Die Gerichte kamen damals zu dem Ergebnis, dass der Inhaber des Domain-Namens eine Alleinstellungsbehauptung aufstelle, die allerdings nicht haltbar und deshalb wettbewerbswidrig gegenüber anderen Tauchschulen in Dortmund sei. Mit der neuen Entscheidung des BGH lässt sich fragen, ob diese singuläre Position weiter vertretbar ist. Immerhin gab es schon damals einiges an Rechtsprechung zu Domains, die ebenso aufgebaut sind, bei denen aber keine Alleinstellungsbehauptung festgestellt wurden. Der BGH schließt die alte Rechtsposition des OLG Hamm in der aktuellen Entscheidung jedenfalls nicht ganz aus. Man müsste weiter mit ihr rechnen, wenn nicht aktuell Neues zu berichten wäre, dazu im nachfolgenden Artikel.

Das Urteil des Bundesgerichtshofes finden Sie unter:
<http://www.domain-recht.de/verweis/359>

Weitere Informationen zu tauschschule-dortmund.de unter:
<http://domain-recht.de/magazin/article.php?id=217>

OLG Hamm – Abkehr von tauschschule-dortmund.de

Das OLG Hamm hat in einer bereits in 2008 ergangenen Entscheidung die Rechtsprechung, wonach die Verknüpfung eines Gattungsbegriffs mit einer Ortsbezeichnung im Domain-Namen eine Spitzenstellungsbehauptung darstelle, hinter sich gelassen (Urteil vom 19. 06. 2008, Az.: 4 U 63/08). Ein Leser hat uns kürzlich freundlicherweise auf diese Entscheidung hingewiesen.

Eine Anwaltskanzlei nutzt für ihren Internetauftritt eine Domain im Format `anwaltskanzlei-„ortsname“.de`, auf die sie auch im Telefonbuch, auf ihrem Briefpapier und in den Gelben Seiten hinweist. Ein im Wettbewerb stehender Rechtsanwalt sah in der Domain eine unlautere Spitzenstellungswerbung und im Hinblick auf Fehler im Impressum Verstöße gegen das Telemediengesetz. Er erwirkte eine einstweilige Verfügung gegen die Domain-Inhaber, in der ihnen das Gericht unter anderem die Domain zu nutzen oder zu bewerben, sowie nutzen oder bewerben zu lassen, untersagte. Im Widerspruchsverfahren hob das Landgericht den Beschluss auf und wies den Antrag auf Unterlassung zurück. Gegen dieses Urteil legte der Antragsteller Berufung ein.

Das nun zuständige OLG Hamm bestätigte das Urteil aus erster Instanz und wies die Berufung zurück (Urteil vom 19. 06. 2008, Az.: 4 U 63/08). Zu entscheiden war nur noch über das Verbandsbegehren hinsichtlich der Domain. Das OLG Hamm meinte, mit Nutzung dieser Domain suggeriere die Anwaltskanzlei nicht, eine Spitzenstellung unter den örtlichen Rechtsanwälten inne zu haben. Eine solche Spitzenstellungswerbung lasse sich nicht schon damit begründen, dass die fragliche Domain nur einmal vergeben werden könne und die Domain dem Verkehr nur im Zusammenhang mit der Anwaltskanzlei begegne, während andere Rechtsanwälte nun nicht mehr die Möglichkeit haben, mit der Domain `anwaltskanzlei-„ortsname“.de` zu werben. Es läge auch keine wettbewerbswidrige Umleitung von Kundenströmen vor: dass hier ein knappes Gut durch Registrierung für andere nicht mehr zugänglich ist, sei per se nicht wettbewerbswidrig. Auch aus dem Domain-Namen als solchem ergebe sich ebenfalls kein Wettbewerbsverstoß: Dem Verkehr

ist bekannt, dass es in großen Städten eine Fülle von Rechtsanwaltskanzleien gibt, weshalb der Ortsname für den Verkehr nur die Bedeutung der Angabe des Sitzes der Kanzlei habe. Das OLG Hamm machte abschließend deutlich, soweit „das Senatsurteil vom 18. März 2003 (Az. 4 U 14/03 - Tauchschule Dortmund) dahin verstanden werden könnte, dass allein schon die bloße Verknüpfung eines Gattungsbegriffs mit einem Ortsnamen eine Spitzenstellungsbehauptung bedeutet, so hält der Senat daran nicht fest.“

Soweit das Urteil des OLG Hamm, in dem es von der früher im Urteil zu `tauschschule-dortmund.de` geäußerten Rechtsansicht abrückt. Damit ist also das Urteil `tauschschule-dortmund.de` bereits seit zwei Jahren Rechtsgeschichte. Gut zu wissen.

Die Entscheidung des OLG Hamm findet man unter:
<http://www.aufrecht.de/index.php?id=5826>

Sonderheft „Domainrecht aktuell“ von K&R

Der united-domains AG, zu deren Projekten `domain-recht.de` und der Domain-Newsletter gehören, war es vergönnt, zusammen mit dem renommierten Fachblatt „Kommunikation & Recht“ aus dem Verlag Recht und Wirtschaft ein Sonderheft mit aktuellen Domain-Rechtsthemen zu gestalten. „Domainrecht aktuell“ ist ein Dossier für Juristen genauso wie für Nichtjuristen und ab sofort im Handel erhältlich.

Das Domain-Recht hält auch in seinem 12. Jahr noch Überraschungen bereit. Aus diesem Grunde war ein Themen-Sonderheft angezeigt, das sich auch als Nachschlagewerk mit Bestand versteht. Das Heft bietet auf 48 Seiten eine gute und aktuelle Mischung von Artikeln, die Bilanz ziehen und aktuelle Entwicklungen des Domain-Rechts aufzeigen, sowie hilfreiche Informationen zum Domain-Portfoliomanaging und zum Werktitelrecht geben. Darüber hinaus findet man zahlreiche wegweisende Entscheidungen von 2008 bis zum Juni 2010. Überwiegend handelt es sich um Artikel und Entscheidungen, die bereits in früheren K&R-Ausgaben veröffentlicht worden sind.

Eröffnet wird das Heft mit drei Artikeln, die das Domain-Recht aus den vergangenen Jahren bilanzieren. Unter anderem geht der Rechtsanwalt Dr. Volkmann auf die Providerhaftung ein. Weiter stellt Markus Eggensperger von united-domains AG die Notwendigkeit einer Domain-Strategie dar und Dr. Jan Eichelberger nimmt, als Kommentar zur BGH-Entscheidung „airdsl“, das Werktitelrecht unter die Lupe. Weiter findet man unter anderem die EuGH-Entscheidung zur missbräuchlichen Registrierung von .eu-Domains (`reifen.eu`) nebst einem Kommentar ebenfalls von Herrn Eichelberger, die aktuelle `braunkohle-nein.de`-Entscheidung des BGH, kommentiert von Rechtsanwalt Michael Terhaag und dreizehn weitere, einige allerdings nur in Leitsätzen vorhandene Entscheidungen, die teilweise von renommierten Praktikern kommentiert werden. Unter den Autoren findet man weiter Torsten Kutschke, Fabian Reinholz, Christian Volkman, Tobias H. Strömer, Niko Härtling, Markus Rössel, Felix Hilgert und Dr. Jens M. Schmittmann.

Um sich auf den Stand im Bereich Domain-Recht zu bringen, kommt das 48 Seiten starke Sonderheft der „Kommunikation & Recht“ wie gerufen. Auch wer die „Kommunikation & Recht“ regelmäßig liest und abonniert hat, kann und wird Gefallen an diesem Kompendium finden, da es die wichtigsten Entwicklungen und Entscheidungen seit 2008 zusammenfasst.

Das Sonderheft liegt dem Betriebs-Berater bei, ist aber auch so zum Preis von EUR 24,90 erhältlich.

Weitere Informationen und Bestellung unter:
<http://www.domain-recht.de/verweis/358>

DMV GmbH – Warnung von Markenrecht-Nepp

Inhaber von eingetragenen Marken sollten ihre Post genau studieren: die in Berlin ansässige „DMV - Deutsche Markenverlängerungs GmbH“ bietet an, sich um die Verlängerung auslaufender Marken zu kümmern – zu happigen Preisen.

Der Redaktion des domain-recht.de Newsletters liegt, ohne dass der Adressat zuvor in Geschäftsbeziehung mit der DMV GmbH gestanden hätte, deren als „Erinnerung“ betiteltes Schreiben vom 23. September 2010 vor. In seiner optischen Aufmachung ist es an jenes Formular angelehnt, welches das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA) zur Neuanmeldung von Marken bereitstellt. Betroffen ist eine eingetragene Wortmarke, deren Markenschutz im Sommer kommenden Jahres ausläuft. Mit diesem Schreiben bittet man den Markeninhaber, es gestempelt und unterschrieben zurück zu senden, wenn man die Marke um eine Periode von zehn Jahren verlängern wolle. Im Fettdruck führt man aus: „Um ihr Markenrecht zu erneuern, sollten Sie dieses Schreiben an uns zurücksenden“. Wer dieser Aufforderung nachkommt, beauftragt die DMV GmbH, die Schutzdauer um zehn Jahre zu verlängern; während das DPMA für diese Leistung jedoch lediglich Verlängerungsgebühren (einschließlich der Klassegebühr bis zu drei Klassen) von EUR 750,00 verlangt, liegt der Verlängerungsbetrag der DMV GmbH bei EUR 1560,00 netto.

Aufmerksamen Lesern des Dokuments sollte nicht entgehen, dass es in der Kopfzeile keinen Hinweis auf das DPMA, sondern im hervorgehobenen Druck auf die DMV GmbH enthält. Auch der Kostenhinweis im Auftragsteil ist im Fettdruck hervorgehoben. Ein offiziell wirkendes Siegel, die Adresse „Bundesallee 171 bis 173“ in Berlin sowie die formularmäßige Anlehnung an amtliche Vorlagen des DPMA dürften jedoch in der Hektik des Alltags und der Sorge um den möglichen Verlust der eigenen Marke dazu verleiten, das Schreiben leichtfertig zu unterzeichnen und zu versenden. Konkretisierende Daten wie der namentlich benannte Inhaber der Marke, Registernummer, Markenform und Anmeldetag sind ebenfalls bereits ausgefüllt und tun so ihr übriges.

Das DPMA warnt im Zusammenhang mit Schutzrechtsanmeldungen und -verlängerungen vor irreführenden Angeboten, Zahlungsaufforderungen und Rechnungen. Schutzrechte können ganz einfach durch rechtzeitige Einzahlung der Verlängerungsgebühr direkt auf das Konto des DPMA verlängert werden; eine (anwaltliche) Vertretung ist in aller Regel nicht erforderlich.

mailto: dingeldey@domain-recht.de
mailto: RA@daniel-dingeldey.de

§ 649 BGB

„Internet-System-Vertrag“; Mindestvertragslaufzeit; jederzeitiges Kündigungsrecht des Bestellers; Bemessung des verbleibenden Vergütungsanspruchs

a) Der Besteller darf einen Werkvertrag, mit dem sich der Unternehmer für eine Mindestvertragslaufzeit von 36 Monaten zur Bereitstellung, Gestaltung und Betreuung einer Internetpräsenz verpflichtet hat, jederzeit gemäß § 649 Satz 1 BGB kündigen. Dieses Kündigungsrecht wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Vertrag ein außerordentliches Kündigungsrecht vorsieht.

b) Die Bemessung der nach § 649 Satz 2 BGB zu zahlenden Vergütung orientiert sich nicht an den vereinbarten Zahlungsmodalitäten, wie etwa Ratenzahlungen. Maßgebend ist der Betrag, der dem auf die erbrachten Leistungen entfallenden Teil der vereinbarten Vergütung entspricht.

(BGH, Urteil vom 27. 1. 2011 – VII ZR 133/10)

1 Zum Sachverhalt: Die Klägerin befasst sich gewerblich mit der Erstellung von Internetseiten. Am 28. März 2008 schloss sie mit dem Beklagten als Inhaber der Firma P. einen so genannten „Internet-System-Vertrag Premium Plus“. Gegenstand der vertraglichen Leistungsverpflichtung der Klägerin waren nach den im Revisionsverfahren nicht angegriffenen Feststellungen des Amtsgerichts die Recherche nach der Verfügbarkeit einer Wunschdomain und gegebenenfalls deren Registrierung, ferner Beratung und Zusammenstellung der Webdokumentation

durch einen Webdesigner, die Gestaltung und Programmierung einer individuellen Internetpräsenz, das „Hosten“ von Website und Mailbox auf den Servern der Klägerin und weitere Beratung und Betreuung. Für diese Leistungen hatte der Beklagte eine Anschlussgebühr von 236,81 € sowie, jährlich im Voraus, ein monatliches Entgelt von 194,40 € zu entrichten. Als Vertragslaufzeit waren 36 Monate vereinbart. Hierzu enthält § 2 der in den Vertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin folgende ergänzende Regelungen:

„(1) Während der umseitigen Laufzeit ist der Vertrag aus wichtigem Grund bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen kündbar ...

(2) Der Vertrag verlängert sich über die umseitige Laufzeit hinaus jeweils um 1 Jahr, wenn er nicht drei Monate vor Ablauf der jeweiligen Vertragslaufzeit gekündigt wird. Auch im Verlängerungszeitraum ist der Vertrag vorzeitig aus wichtigem Grund bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen schriftlich kündbar ...“

2 Die Klägerin hat mit der Klage die Anschlussgebühr und das monatliche Entgelt für die ersten beiden Vertragsjahre nebst Zinsen beansprucht. Darüber hinaus hat sie die Erstattung vorprozessual angefallener Rechtsanwaltskosten von 265,70 € nebst Zinsen verlangt. Der Beklagte hat die Klägerin mit seiner Widerklage auf Erstattung vorprozessual entstandener Anwaltskosten von 555,60 € nebst Zinsen in Anspruch genommen.

3 Das Amtsgericht Düsseldorf hat die Klage abgewiesen und der Widerklage bis auf die Zinsforderung stattgegeben. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landgericht Düsseldorf den Beklagten unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung und Abweisung der Klage im Übrigen zur Zahlung von 1379,21 € nebst Zinsen verurteilt. Die Widerklage hat es abgewiesen. Mit der vom Landgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin nun ihr Klageanliegen in dem Umfang weiter, in dem das Berufungsgericht zu ihrem Nachteil entschieden hat.

4 Aus den Gründen: Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist, und zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

5 I. Das Berufungsgericht führt aus, der Vertrag, bei dem es sich um einen Werkvertrag handele, sei wirksam mit einer Laufzeit von 36 Monaten geschlossen, jedoch mit Schriftsatz des Beklagten vom 30. Juni 2009 gemäß § 649 BGB gekündigt worden. Die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der „freien“ Kündigung eines Werkvertrages sei nicht, insbesondere nicht durch die Regelungen zur Vertragslaufzeit in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin abbedungen worden. Dies hätte ohnehin nicht wirksam geschehen können.

6 Gemäß § 649 Satz 2 BGB könne die Klägerin von dem Beklagten Zahlung der vereinbarten Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen verlangen. Für die Berechnung der Vergütung sei zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen zu unterscheiden. Erbracht seien die vertraglich versprochenen Leistungen bis zum 28. September 2008; an diesem Tag habe die Klägerin die Website wieder aus dem Netz genommen und sich hinsichtlich der seitdem ausstehenden Leistungen auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen. Dementsprechend könne die Klägerin für einen Zeitraum von sechs Monaten die vereinbarten monatlichen Entgeltraten von insgesamt 1142,40 € beanspruchen. Hinzu komme die Anschlussgebühr von 236,81 €. Für die Zeit nach dem 29. September 2008 sei die vereinbarte Vergütung für nicht erbrachte Leistungen um die ersparten Aufwendungen zu kürzen. Es sei Sache der Klägerin gewesen, deren Höhe schlüssig darzulegen, was durch eine Gegenüberstellung der Kosten für die Erbringung der Vertragsleistungen und des vertraglichen Entgelts hierfür habe geschehen müssen. Den sich hieraus ergebenden Anforderungen an einen schlüssigen

Prozessvortrag genüge das Vorbringen der Klägerin nicht. Deshalb sei ihrer Klage über die zuerkannten Beträge hinaus kein Erfolg beschieden.

7 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

8 1. Zu Recht geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass der Beklagte den Vertrag wirksam gemäß § 649 Satz 1 BGB gekündigt hat.

9 a) Der zwischen den Parteien geschlossene „Internet-System-Vertrag“ ist rechtlich als Werkvertrag einzuordnen, wie der Bundesgerichtshof für einen gleich gelagerten, ebenfalls die Klägerin betreffenden Fall bereits entschieden hat (BGH, Urteil vom 4. März 2010 - III ZR 79/09, BGHZ 184, 345 [= GuT 2010, 135]).

10 b) Der Beklagte hat den Vertrag mit Schriftsatz vom 30. Juni 2009 wirksam gemäß § 649 Satz 1 BGB gekündigt. Ein Ausschluss des freien Kündigungsrechts des Bestellers ergibt sich weder aus der Natur des Vertrages noch aus den von den Parteien im Einzelnen getroffenen vertraglichen Abreden.

11 aa) § 649 Satz 1 BGB gestattet es dem Besteller, den Werkvertrag jederzeit zu kündigen. Die Zubilligung dieses „freien“ Kündigungsrechts beruht auf der gesetzgeberischen Überlegung, dass vorzugsweise der Besteller an der Ausführung der Werkleistungen und der Erreichung des Werkerfolges interessiert ist und er deshalb die Möglichkeit einer Lösung vom Vertrag für den Fall erhalten soll, dass dieses Interesse entfällt. Dem in erster Linie auf die Vergütung gerichteten Interesse des Werkunternehmers trägt § 649 Satz 2 BGB dadurch Rechnung, dass ihm der Anspruch auf die Gegenleistung im Ausgangspunkt auch für diejenigen Leistungen verbleibt, die er wegen der Kündigung des Vertrages nicht mehr erbringen muss (BGH, Urteil vom 8. Juli 1999 - VII ZR 237/98, BauR 1999, 1294 = ZfBR 2000, 30). Dementsprechend ist der Besteller zur Kündigung des Werkvertrages nach § 649 Satz 1 BGB unabhängig davon berechtigt, welcher Art die versprochenen Werkleistungen sind und innerhalb welchen Zeitraums der Unternehmer diese Leistungen zu erbringen hat.

12 bb) Allerdings wird in Rechtsprechung und Literatur die Auffassung vertreten, dass bei Werkverträgen, die für unbestimmte Dauer die fortgesetzte Erbringung von Werkleistungen zum Gegenstand haben, § 649 BGB keine Anwendung findet und statt dessen für beide Vertragsparteien die Möglichkeit einer ordentlichen, an die Einhaltung einer angemessenen Frist gebundenen Kündigung des Vertrages besteht (OLG Hamburg, MDR 1972, 866 - Gebäudereinigungsvertrag; OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. Oktober 1996 - 23 U 27/96, veröffentlicht bei juris - Sukzessivwerkvertrag über Dekorationsarbeiten; Staudinger/Frank Peters/ Florian Jacoby, BGB, Bearb. 2008, § 649 Rn. 65; MünchKommBGB/Busche, 5. Aufl., § 649 Rn. 4; Erman/Schwenker, BGB, 12. Aufl., § 649 Rn. 9; a.A. Bamberger/Roth/Voit, BGB, 2. Aufl., § 649 Rn. 27: § 649 BGB anwendbar neben ordentlicher Kündigung).

13 (1) Diese Rechtsauffassung erscheint nicht unbedenklich, soweit sie zu einem Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 649 Satz 1 BGB führt. Ein solcher Ausschluss kann abgesehen von der Anwendung des § 242 BGB aus einer ergänzenden Auslegung des jeweiligen Vertrages dahin hergeleitet werden, dass dem Besteller im Hinblick auf die Besonderheiten des Vertrages die gesetzlich angeordnete Möglichkeit einer freien Kündigung nach § 649 BGB genommen sein soll. Solche Besonderheiten ergeben sich allerdings nicht allein daraus, dass der Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen wurde. Sie können mit Rücksicht auf den Regelungsgehalt des § 649 BGB und den vom Gesetzgeber mit dieser Vorschrift verfolgten Zweck vielmehr nur dann vorliegen, wenn der Unternehmer über die Realisierung seines Vergütungsanspruchs hinaus ein berechtigtes Interesse an der Ausführung der Vertragsleistung hat, welches durch eine jederzeitige freie Kündigung des Vertrages in einer Weise beeinträchtigt werden würde, die hinzunehmen ihm nicht zugemutet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 21. November

1985 - VII ZR 366/83, BGHZ 96, 275 für die Kündigung des die Errichtung des Baus betreffenden Teils eines Bauträgervertrages).

14 (2) Aus diesen Grundsätzen kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten herleiten. Die Parteien haben einen Vertrag mit einer Mindestvertragslaufzeit von 36 Monaten geschlossen, die sich gemäß § 2 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen um jeweils ein Jahr verlängern sollte, wenn der Vertrag nicht drei Monate vor Ablauf der jeweiligen Vertragslaufzeit gekündigt wird. Durch diese Laufzeitregelung soll, worauf die Klägerin selbst zutreffend hinweist, sichergestellt werden, dass sich ihre insbesondere zu Beginn der Vertragslaufzeit für die Verwirklichung des Werkerfolges anfallenden Aufwendungen amortisieren. Dieses Vergütungsinteresse wird durch eine freie Kündigung des Vertrages nach § 649 Satz 1 BGB vor Ablauf der Mindestvertragsdauer nicht beeinträchtigt. Auch dann erhält die Klägerin gemäß § 649 Satz 2 BGB die für die Mindestvertragsdauer vereinbarte Vergütung, von der sie sich, abgesehen von anderweitigem Erwerb, nur diejenigen Aufwendungen abziehen lassen muss, die sie infolge der Kündigung erspart hat. Sie wird damit im Ergebnis nicht anders behandelt als derjenige Werkunternehmer, der beispielsweise Bauleistungen von erheblichem Umfang erbringen muss und sich dadurch für den Zeitraum der Bauausführung vertraglich gebunden hat. Anhaltspunkte dafür, dass der Klägerin über dieses Vergütungsinteresse hinaus daran gelegen sein muss, ihre vertraglichen Leistungen bis zum Ende der Mindestvertragslaufzeit erbringen zu dürfen, sind nicht ersichtlich. Allein der Umstand, dass sie ihre Vergütung nach Maßgabe des § 649 Satz 2 BGB abrechnen muss, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

15 Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der von der Revision in Bezug genommenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 4. März 2010 (III ZR 79/09, BGHZ 184, 345 [= GuT 2010, 135]). Diese befasst sich nicht mit der Möglichkeit einer freien Kündigung nach § 649 Satz 1 BGB.

16 cc) Die Parteien haben das Kündigungsrecht nach § 649 Satz 1 BGB nicht vertraglich abbedungen. Dahingehende ausdrückliche Abreden enthält der Vertrag nicht. Sie ergeben sich auch nicht durch Auslegung der Klausel in § 2 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin in Verbindung mit der Regelung zur Vertragslaufzeit von 36 Monaten. Diese Vertragsgestaltung ist darauf gerichtet, eine etwa für möglich gehaltene, fristgebundene ordentliche Kündigung zu verhindern, um das Interesse der Klägerin an der Erfüllung des Vertrages zu sichern. Dieses Interesse besteht darin, ihr den Vergütungsanspruch für die gesamte Vertragslaufzeit zu erhalten, damit sich ihre Aufwendungen für die Durchführung des Vertrages amortisieren. Eine freie Kündigung gemäß § 649 Satz 1 BGB lässt dieses Interesse unberührt. Dem Unternehmer steht nach § 649 Satz 2 BGB die Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs zu. Er wird wirtschaftlich dadurch so gestellt, als wäre der Vertrag erfüllt. Es ist deshalb nach objektivem Verständnis kein Grund erkennbar, warum der Unternehmer mit der von ihm gewählten Vertragsgestaltung das freie Kündigungsrecht des Bestellers nach § 649 Satz 1 BGB hat ausschließen wollen. Vor diesem Hintergrund hat das Berufungsgericht die Vereinbarungen der Parteien zur Laufzeit und Kündbarkeit des Vertrages ohne Rechtsfehler dahin ausgelegt, dass ihnen ein rechtsgeschäftlicher Ausschluss des Kündigungsrechts nach § 649 Satz 1 BGB nicht entnommen werden kann. Ob ein solcher Ausschluss formulärmäßig wirksam hätte vereinbart werden können, braucht der Senat deshalb nicht zu entscheiden.

17 2. Keinen Bestand haben hingegen die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Berechnung der von dem Beklagten gemäß § 649 Satz 2 BGB zu zahlenden Vergütung.

18 Im Ausgangspunkt allerdings zutreffend stellt es darauf ab, dass sich die Vergütung in Ermangelung feststellbaren anderweitigen Erwerbs aus der Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung und den kündigungsbedingt für nicht erbrachte

Leistungen ersparten Aufwendungen ergibt. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist die hieran anknüpfende Annahme des Berufungsgerichts, dass der Unternehmer nach einer freien Kündigung Anspruch auf Bezahlung der erbrachten Leistungen hat. Maßgebend hierfür ist der Betrag, der dem auf die erbrachten Leistungen entfallenden Teil der vereinbarten Vergütung entspricht. Hierzu muss der Unternehmer schlüssig vortragen, wenn sich dieser Anteil nicht ohne weiteres aus dem Vertrag ergibt. Denn allein er ist dazu in der Lage, diesen Vergütungsanteil darzulegen, der sich dann regelmäßig aus der dem Vertrag zugrunde liegenden Kalkulation ergibt, die dem Besteller nicht zugänglich ist. Eine im Vertrag getroffene Regelung über Ratenzahlungen muss insoweit nicht maßgebend sein für die Bemessung der erbrachten Teilleistungen (Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 9. Teil Rn. 24 m.w.N.).

19 Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft für erbrachte Leistungen lediglich eine Vergütung in Höhe der Summe aus der Anschlussgebühr (236,81 €) und der für die ersten sechs Monate der Vertragslaufzeit bis zur Abschaltung der Website und Einstellung der Werkleistungen durch die Klägerin für erbrachte Leistungen vereinbarten monatlichen Entgelte (1142,40 €), insgesamt 1379,21 €, zuerkannt. Dabei hat es entscheidungserheblichen Sachvortrag der Klägerin übergangen, wonach sie in der Regel den ganz überwiegenden Teil der von ihr geschuldeten Leistungen am Beginn der Vertragslaufzeit erbringt. Davon geht im Übrigen auch der Bundesgerichtshof in seiner bereits erwähnten Entscheidung vom 4. März 2010 aus (BGH, aaO Rn. 33). Deshalb liegt die Annahme nahe, dass die nach dem Vertrag vom Beklagten dreißig Tage nach Vertragsbeginn anteilig für das erste Jahr der Vertragslaufzeit zu leistende Vorauszahlung deutlich hinter dem Anteil am Gesamtaufwand zurückbleibt, den sie zur Erfüllung ihrer Leistungspflichten in diesem Zeitraum zu erbringen hatte. Erst Recht dürften vor diesem Hintergrund die vom Berufungsgericht für die ersten sechs Monate der Vertragslaufzeit zugebilligten Entgeltraten nicht der anteiligen vertraglichen Vergütung für die bis dahin tatsächlich erbrachten Leistungen entsprechen. Deshalb verbietet es sich, den auf diese Leistungen entfallenden Teil der Vergütung lediglich mit einem Betrag zu bewerten, welcher sich aus der Summe der Anschlussgebühr und der vereinbarten Raten ergibt.

20 Das Berufungsgericht durfte die für die erbrachten Leistungen zu zahlende Vergütung nicht mit der Erwägung, die Klägerin habe zu ihren ersparten Aufwendungen nicht schlüssig vorgetragen, anhand der vereinbarten Raten bemessen. Es ist zwar richtig, dass das Berufungsgericht einen rechtlichen Hinweis gegeben hat, die Klägerin müsse dartun, welche Aufwendungen sie durch die vorzeitige Vertragsbeendigung erspart hat. Dieser Hinweis betrifft jedoch nicht die Vergütung für die erbrachten Leistungen, sondern lediglich die Voraussetzungen für die Beurteilung der Ersparnis. Diese ist nur für die Ermittlung des auf nicht erbrachte Leistungen entfallenden Teils der Vergütung maßgebend.

21 Das Berufungsgericht wird somit nach Zurückverweisung der Sache für die neue Berechnung des Vergütungsanspruchs die auf die erbrachten Leistungen entfallenden Anteile der vereinbarten Vergütung ermitteln und der Klägerin Gelegenheit geben müssen, ihren Tatsachenvortrag in diesem Punkt zu ergänzen. In diesem Zusammenhang weist der Senat für das weitere Verfahren vorsorglich darauf hin, dass die Klägerin zur schlüssigen Darlegung eines den bereits zuerkannten Betrag übersteigenden Vergütungsanspruchs konkret unter Offenlegung ihrer Vertragskalkulation wird vortragen müssen, welcher Anteil der für die Mindestvertragslaufzeit insgesamt vereinbarten Vergütung auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen entfällt. Dazu reicht eine - in diesem Zusammenhang erstmals im Revisionsverfahren unterbreitete - Darstellung der Vergütungsstruktur ihrer Verträge mit so genannten Kauf-Kunden, denen nach ihrem eigenen Vorbringen ein anderes Preis- und Lei-

stungsgefüge zugrunde liegt, als es für den hier in Rede stehenden, im Direktvertrieb angebotenen „Internet-System-Vertrag“ maßgeblich ist, nicht aus.

22 Nicht zu beanstanden ist es, dass das Berufungsgericht der Klägerin in Ermangelung nachprüfbarer Sachvortrages zu ihren ersparten Aufwendungen keine Vergütung für nicht erbrachte Leistungen zuerkannt hat. Dagegen bringt auch die Revision nichts vor.

23 Nach der nun gebotenen Neuberechnung des berechtigten Vergütungsanspruchs wird das Berufungsgericht schließlich erneut darüber zu befinden haben, ob es die mit der Klage geltend gemachten vorgerichtlichen Mahnkosten wegen einer erheblichen Zuvielforderung weiterhin für nicht erstattungsfähig erachtet.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Zur vorzeitigen Kündigung des DSL-Vertrags wegen Wohnungsaufgabe vgl. BGH WuM 2011, 9 = GuT 2010, 471 KL.

**§§ 280, 662, 670 BGB; § 91 ZPO
Wettbewerb; Konkurrenzschutz;
Detektivkosten zum Nachweis einer Vertragsverletzung**

1. Besteht ein Anfangsverdacht, dass ein ausgeschiedener Mitgesellschafter gegen den nachvertraglichen Konkurrenzschutz verstößt, kann es sich bei den für die Beweissicherung entstandenen Kosten einer Detektei um erstattungsfähigen Prozessaufwand handeln.

2. Der Auftrag an die Detektei ist dafür allerdings so zu gestalten, dass die Partei die Ausführung engmaschig derart überwachen kann, dass die Entscheidung über Beginn, Inhalt, Umfang, Dauer und Abbruch der Ermittlungen nicht völlig dem Detektiv überlassen bleibt.

3. Zum Umfang der notwendigen Kosten bei Observierung einer Person, die mit dem Pkw verschiedene Kunden an unterschiedlichsten Orten aufsucht.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 29. 12. 2010 – 14 W 757/10)

Zum Sachverhalt: Der Antragsgegner war über 30 Jahre Partner der Antragstellerin, einer Gesellschaft, die sich auf die steuerliche Beratung von Apothekern spezialisiert hat. Ende Juni 2009 schied der Antragsgegner aus. Damit griff ein nachvertraglicher Konkurrenzschutz. Um den Verdacht von Vertragsverstößen zu erhärten, beauftragte die Antragstellerin eine Detektei mit der Observierung des Antragsgegners. Aufgrund der so gewonnenen Erkenntnisse ist der Antragsgegner in dem auf Unterlassung gerichteten einstweiligen Verfügungsverfahren umfassend unterlegen.

Durch den nunmehr angefochtenen Kostenfestsetzungsbeschluss hat der Rechtspfleger die vom Antragsgegner zu erstattenden Detektivkosten antragsgemäß auf 70.687,27 € nebst Zinsen festgesetzt. Dagegen wendet sich der Antragsgegner, der die Erstattungsfähigkeit dem Grunde und der Höhe nach beanstandet.

Aus den Gründen: Das zulässige Rechtsmittel hat einen Teilerfolg.

Der Ausgangspunkt des Landgerichts [Koblenz] trifft allerdings zu. Danach gehören zu den Prozesskosten nicht nur die durch die Einleitung und Führung eines Prozesses ausgelösten Kosten, sondern auch diejenigen Kosten, die der Vorbereitung eines konkret bevorstehenden Rechtsstreits dienen (vgl. BGH in WPM 1987, 247, 248). Diese werden aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit den Prozesskosten zugerechnet und können im Kostenfestsetzungsverfahren geltend gemacht werden (vgl. BGH aaO und Dittmar, NJW 1986, 2088, 2089 f.; Stöber, AGS 2005, 45, 47 jeweils m. w. N.). Hierzu werden auch Kosten für Detektivermittlungen gerechnet (vgl. Senatsbeschluss vom 14. 5. 1991 – 14 W 268/91 in GRUR 1992, 133). Dient die

Beauftragung einer Detektei ganz offensichtlich dazu, Tatsachen zu ermitteln, die den konkreten Verdacht eines vertragswidrigen Verhaltens belegen, um darauf gestützt eine einstweilige Verfügung zu beantragen, ist die Einschaltung der Detektei sachgemäß und zur Verfahrensvorbereitung auch notwendig.

Diese Voraussetzungen waren hier gegeben. Davon ist der Senat nach Prüfung des Prozessstoffs überzeugt.

Der Auftrag an die Detektei muss sich allerdings auf das zur Klärung der Beweisfrage Erforderliche beschränken. Er ist so zu gestalten, dass die Partei die Ausführung überwachen kann und die Entscheidung über Beginn, Inhalt, Umfang, Dauer und Abbruch der Ermittlungen nicht völlig dem Detektiv überlässt. Ferner hat die Partei im Interesse der gebotenen kostenbewussten Prozessführung die Einschaltung der Detektei so zu gestalten, dass überflüssige Kosten vermieden werden (Senat aaO).

An diesen Grundsätzen gemessen begegnet der Inhalt des hier erteilten Ermittlungsauftrages durchgreifenden Bedenken:

Der Senat (zugleich 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz) weiß aus anderen Verfahren (vgl. zuletzt die in OLGR Koblenz 2009, 779–781 = NJW-RR 2009, 1727–1728 abgedruckte Senatsentscheidung [= GuT 2009, 328 KL = www.gmbbl.de 2009, 62/63 f.]), dass die engmaschige, gleichwohl aber unauffällige Observation einer Zielperson einem einzelnen Detektiv, der mit seiner Aufgabe vertraut und geschult ist, gelingen kann. Dabei ging es in jenem Verfahren allerdings um die beweiskräftige Dokumentation von Diebstählen und Unterschlagungen durch den Fahrer des Lastkraftwagens eines Baustoffhändlers. Demgegenüber ist im vorliegenden Fall zu beachten, dass der Antragsgegner mit seinem BMW-Pkw weitaus beweglicher war und die nahe liegende Möglichkeit bestand, dass er seinen Pkw am jeweiligen Fahrtziel derart parkte, dass ein an das Einsatzfahrzeug gebundener einzelner Detektiv ihm nicht, zumindest nicht sofort folgen konnte (unauffällige Parkplatzsuche) und die zu observierende Person daher aus den Augen verlor. Vor diesem Hintergrund hält der Senat hier den Einsatz eines mit 2 Detektiven besetzten Verfolgungsfahrzeuges für erforderlich, aber auch ausreichend.

Stattdessen hat die von der Antragstellerin eingeschaltete Detektei auftragsgemäß 5, manchmal sogar 6 Personen in durchweg 5 Fahrzeugen eingesetzt. Warum solcher Aufwand für die Beobachtung einer einzelnen Zielperson erforderlich gewesen sein soll, erschließt sich dem Senat auch unter Berücksichtigung der umfangreichen Stellungnahme der Detektei vom 19. Oktober 2010 nicht. Die These, unauffällig könne eine Verfolgungsfahrt mit Observation nur bei Einsatz von 5 Fahrzeugen vorbereitet und gestaltet werden, erscheint dem Senat nicht tragfähig. Gerade in gehobenen Wohngebieten mit Einfamilienhäusern erhöht es das Entdeckungsrisiko durch aufmerksame und mitteilungsfreudige Nachbarn um das fünffache, wenn man statt eines – täglich wechselnden – Fahrzeugs über mehrere Tage stets 5 Fahrzeuge zum Einsatz bringt, die morgens „unauffällig“ in der Nachbarschaft des Wohnhauses der Zielperson warten. Weshalb es zwei für die Bewältigung ihrer berufsspezifischen Aufgaben geschulten Detektiven nicht gelingen soll, eine Zielperson wie den Antragsgegner engmaschig, gleichwohl aber unauffällig zu observieren, ist für den Senat nicht plausibel dargetan. Daher sind die Kosten, die durch den zeitgleichen Einsatz von 5 bis 6 Detektiven in 5 Observierungsfahrzeugen entstanden sind, kein notwendiger Prozessaufwand im Sinne von § 91 Abs. 1 ZPO.

Gleicht man die Rechnung mit dem hierzu unterbreiteten Sachvortrag der Antragstellerin ab, erweisen sich folgende Kosten der Detektei als notwendig (2 Detektive in einem Pkw):

1. Tätigkeiten am 1. September 2009:		
1 Stunde mit 2 Mitarbeitern zu je 98 €	196	€
2 Stunden mit 2 Mitarbeitern zu je 147 €	588	€
174,2 Kilometer zu je 1,20 €	209,04	€
2. Tätigkeiten am 2. September 2009:		
2 Stunden mit 2 Mitarbeitern zu je 147 €	588	€
12 Stunden mit 2 Mitarbeitern zu je 98 €	2 352	€
3 Stunden mit 2 Mitarbeitern zu je 147 €	882	€
367,8 Kilometer zu je 1,20 €	441,36	€
3. Tätigkeiten am 3. September 2009:		
1 Stunde mit 2 Mitarbeitern zu je 147 €	294	€
12 Stunden mit 2 Mitarbeitern zu je 98 €	2 352	€
3 Stunden mit 2 Mitarbeitern zu je 147 €	882	€
295 Kilometer zu je 1,20 €	354	€
4. Tätigkeiten am 4. September 2009:		
1 Stunde mit 2 Mitarbeitern zu je 147 €	294	€
12 Stunden mit 2 Mitarbeitern zu je 98 €	2 352	€
7 Stunden mit 2 Mitarbeitern zu je 147 €	2 058	€
194,8 Kilometer zu je 1,20 €	233,76	€
	= 14 076,16	€

Nach dem 4. September 2009 (Freitag) waren die weiteren, ab Montag, dem 7. September 2009, geführten Ermittlungen nicht mehr erforderlich, weil die am 2. und 3. September 2009 getroffenen Feststellungen der Detektei als Tatsachengrundlage für die wegen des vertragswidrigen Verhaltens des Antragsgegners zu erwirkende einstweilige Verfügung ausreichten.

Der Stundensatz von 98 € (tagsüber) bzw. 147 € (nachts) ist hier angesichts der spezifischen Aufgabeneinstellung nicht zu beanstanden. Auf dem freien Markt arbeitet qualifiziertes Personal nicht für jenes Entgelt, das der Gesetzgeber im JVEG Sachverständigen in der Honorargruppe M 3 zumutet.

Soweit die Detektei der Antragstellerin für „Berichterstattung/Schreibarbeiten“ allerdings 19 Stunden zu je 98 € (= 1862 €) in Rechnung gestellt hat, handelt es sich um überzogenen Aufwand. Berichte konnten und mussten vom Beifahrer des Einsatzfahrzeugs an den 3 erforderlichen Beobachtungstagen bei den jeweiligen Rückfahrten diktiert werden. Den darüber hinaus erforderlichen Aufwand für Berichterstattung und Schreibarbeiten veranschlagt der Senat auf 4 Stunden. Das ergibt einen weiteren Erstattungsbetrag von (4×98 €) 392 €

Die Fotokosten von 933 € sind weit übersetzt. Der Senat hat die Fotomappen durchgesehen. Auf den Bildern ist weit überwiegend der vom Antragsgegner benutzte Pkw BMW fahrend oder stehend an verschiedensten Orten abgebildet, ohne dass dies einen unmittelbaren Bezug zu der aufklärungsbedürftigen Beweisfrage hat.

Die Kosten für die erforderlichen Fotos, die den Antragsgegner bei seinen Kontakten mit Apothekern zeigen, schätzt der Senat auf lediglich 100 €

Letztlich sind auch die Spesen von 4296,07 € überhöht. Die beiden für eine sachgemäße Observation ausreichenden Mitarbeiter der Detektei mussten dreimal in der Nähe des Wohnortes des Antragsgegners übernachten. Die angemessenen Kosten eines Einzelzimmers in einem Mittelklassehotel im ländlichen Raum (Mayen, Saffig, Mülheim-Kärlich) veranschlagt der Senat auf 75 €. Das ergibt erstattungsfähige Gesamtspesen von 450 € (6×75 €).

Die vier begründeten Positionen ergeben in der Summe 15.018,16 €.

Der weiter greifende Erstattungsantrag musste unter Änderung der angefochtenen Entscheidung abgelehnt werden, weil es sich insoweit nicht um notwendige Kosten handelt.

Soweit der Antragsgegner die zurückgelegten Fahrtstrecken aufgrund eines Berechnungsprogramms bezweifelt, ist das uner-

www.gmbbl.de

Gemeinsames Beiblatt (GmBBl)

heblich. Der Senat entnimmt den Ermittlungsberichten, dass der Antragsgegner nicht selten Fahrtrouten wählte, die nicht die kürzeste oder kostengünstigste Verbindung darstellten.

Die Entscheidung zu den außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Dass der Rechtsmittelführer die gerichtlichen Kosten des erfolglosen Teils seiner Beschwerde zu tragen hat, ergibt sich aus Nr. 1812 KV zum GKG. Es besteht kein Anlass, die Beschwerdegebühr zu ermäßigen oder zu erlassen.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Wettbewerb etc.

§§ 314, 626 BGB – Vorzeitige Kündigung des DSL-Vertrags der Wohnung wegen Verzugs an einen Ort ohne Leitungsverorgung für DSL-Anschlüsse

Der Inhaber eines DSL-Anschlusses hat kein Recht zur Kündigung des mit dem Telekommunikationsunternehmen geschlossenen Vertrags vor Ablauf der vereinbarten Laufzeit, wenn er an einen Ort umzieht, an dem keine Leitungen verlegt sind, die die Nutzung der DSL-Technik zulassen.

(BGH, Urteil vom 11. 11. 2010 – III ZR 57/10)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2011, 9.

§§ 97, 100 TKG – Speicherung dynamischer IP-Adressen

a) Zu den Voraussetzungen für die Befugnis, dynamische IP-Adressen zum Zweck der Entgeltermittlung und Abrechnung gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 TKG zu speichern.

b) Die Befugnis zur Speicherung von IP-Adressen zum Erkennen, Eingrenzen oder Beseitigen von Störungen oder Fehlern an Telekommunikationsanlagen gemäß § 100 Abs. 1 TKG setzt nicht voraus, dass im Einzelfall bereits Anhaltspunkte für eine Störung oder einen Fehler vorliegen. Es genügt vielmehr, dass die in Rede stehende Datenerhebung und -verwendung geeignet, erforderlich und im engeren Sinn verhältnismäßig ist, um abstrakten Gefahren für die Funktionstüchtigkeit des Telekommunikationsbetriebs entgegenzuwirken.

(BGH, Urteil vom 13. 1. 2011 – III ZR 146/10)

KL-Mitteleiler: RiBGH Wellner, Karlsruhe.

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

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.

Besteuerung

Steuern – Umschau Dezember 2010

RiFG i. R. Karl-Christian Callsen, Erststadt-Liblar †

Grundstücks-Ausgleichsansprüche nach beendeter n.e. Lebensgemeinschaft

Die BGH-Rechtsprechung muss sich immer mehr mit Ansprüchen nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auseinandersetzen wegen wesentlicher Beiträge eines Partners, mit denen ein Vermögenswert von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung geschaffen wurde und dessen Alleineigentümer der andere Partner ist. Nach dessen neuerer Rechtsprechung kommen hierbei nicht nur gesellschaftsrechtliche Ausgleichsansprüche, sondern auch Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sowie solche nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB in Betracht. Nach dem Sachverhalt des KG-Urteils vom 8. 10. 2009 in FamRZ 2010, 476 erwarb die Frau nach einem Zusammenleben von ca. 7 Jahren seit 1997 in 2001 ein Hausgrundstück zu Alleineigentum, wozu der Mann DM 110.000,- beisteuerte. Das KG sprach dem Mann unter Berücksichtigung aller Gesamtumstände gem. § 313 BGB einen Ausgleichsanspruch von 50% der Zuwendung zu. Einen Ausgleich einer Zuwendung in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft bei Tod des Zuwendenden wegen Zweckverfehlung lehnte der BGH jedoch in seinem Urteil vom 25. 11. 2009 (NJW 2010, 998) ab. Mann und Frau erwarben danach 1993 ein Hausgrundstück für DM 275.000,- zu gleichen Teilen, der Mann zahlte DM 120.000,- bar und finanzierte den Rest durch ein von ihm allein aufgenommenes Darlehn. Entgegen der Vorinstanz billigte der BGH den Erben des am 14. 4. 1999 verstorbenen Vaters keinerlei Ausgleichsansprüche zu.

Notwendiger Inhalt eines Wiedereinsetzungsantrags

Man wundert sich schon, wenn Prozessbevollmächtigte, die in die Revision zum BFH gehen, noch nicht einmal die einfachsten, gesetzlichen Verfahrensvorschriften kennen und deshalb der Mandant „Schiffbruch“ erleidet.

Einem Prozessbevollmächtigten wurde die Revisionsbegründungsfrist letztmalig bis zum 20. 8. 2009 verlängert. Von seinem Büro wurden an diesem Tag um 18:03 Uhr (ankommend beim BFH um 18:12 Uhr) 18 Leerseiten gefaxt. Nach einem Hinweis durch den BFH ist die 16 Seiten umfassende Revisionsbegründung nebst 2 Seiten Inhalts- und Anlagenverzeichnis einen Tag später an den BFH übermittelt worden. Die in dem Schriftsatz erwähnten Anlagen sind erst mit dem Originalschriftsatz am 24. 8. 2009 eingegangen. Mit weiterem Schriftsatz vom 25. 8. 2009 beantragte er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand u. a. mit dem nicht näher substantiierten Vortrag, eine fachkundige, in den Details des Faxgeräts eingewiesene Person habe das Faxgerät bedient.

Mit Beschluss vom 17. 2. 2010 (I R 38/09, im Internet seit dem 26. 5. 2010) verwarf der BFH die Revision als unzulässig. Entgegen der Vorschrift des § 56 Abs. 2 FGO seien die Tatsachen, die das Fristversäumnis unverschuldet erscheinen lassen, nicht substantiiert vorgetragen und erst recht nicht in der gebotenen Weise wie z. B. durch eidesstattliche Versicherung glaubhaft gemacht. Ohne Kenntnis der Person, die nach der internen Büroorganisation für die Übersendung des Schriftsatzes verantwortlich war, lässt sich nicht beurteilen, ob diese fachkundig und ordnungsgemäß eingewiesen war.

Der Mandant wird bei dieser Sachlage sicherlich Regress bei der Berufshaftpflichtversicherung des Prozessbevollmächtigten nehmen.

Keine Vermietungsabsicht bei konkret beabsichtigtem Verkauf

Der Kläger (Kl) erwarb in 1999 ein Wohnhausgrundstück, das er unbefristet vermietete. Aus dem Mietvertrag ergab sich, dass er dieses Wohnhaus nach 12 Jahren verkaufen wollte. FA und FG (Hessisches FG mit Urteil vom 14. 8. 2009) folgerten daraus, dass seine Vermietungsabsicht nicht auf Dauer angelegt sei und erkannten die erklärten negativen Einkünfte aus V+V nicht an. Die Beschwerde zum BFH hatte keinen Erfolg. Mit Beschluss vom 17. 2. 2010 (BFH/NV 2010,883) führte er aus, dass diese Würdigung des Sachverhalts durch das FG möglich und revisionsrechtlich nicht zu beanstanden sei.

Man sollte eigentlich wissen als Vermieter, dass man keinesfalls eine konkrete Verkaufsabsicht in den Mietvertrag mit aufnimmt. Wenn der Kl diesen über seinen Steuerberater dem FA eingereicht haben sollte, geht der Vorwurf auch an diesen.

Überschussprognose bei nur halbjähriger Ferienvermietung

Die Eheleute und Kläger (Kl) wurden in den Streitjahren 1992 bis 2000 gemeinsam zur ESt veranlagt. Sie erzielten Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit sowie aus V+V. Sie sind Eigentümer eines Ferienhauses mit 5 Betten. Für den Hausausbau nahmen sie 1993 einen zweckgebundenen Kredit von DM 50.000,- auf. Die Kreditbedingungen sahen das Verbot einer Privatnutzung vor. Sie schlossen im September 1996 einen Vermittlungsvertrag mit einem Heimat- und Verkehrsverein (HVV) der Region, wonach dieser die ganzjährige Vermittlung des Ferienhauses gegen ein Entgelt von DM 1,50 pro vermitteltem Gast übernahm. Die Kl erklärten in den Streitjahren ausschließlich Verluste von insges. ./ DM 115.464,-, die vom FA nach einer Außenprüfung mangels durchgehender Fremdvermietung nur teilweise anerkannt wurden. Das FG gab der Klage im 1. Rechtsgang statt, dieses Urteil hob der BFH jedoch mit Beschluss vom 6. 11. 2007 (BFH/NV 2008, 242) auf und verwies zurück.

Im 2. Rechtsgang gab das Sächs. FG der Klage erneut statt (Urteil vom 4. 4. 2008 in EFG 2009,107). Nach Beweisaufnahme hätten die Kl das Ferienhaus in den Streitjahren ausschließlich fremd vermietet. Es sei jedoch nur eine im Vergleich zur Region unterdurchschnittliche Auslastung gegeben, so dass eine Prognose betr. eines zu erzielenden Totalüberschusses zu erstellen sei. Wegen zu erwartender Darlehnstilgung und dann entfallender Schuldzinsen, wegen gesteigerter Bemühungen um die Bekanntheit des Urlaubsgebietes und erwartbarer Änderung des Urlaubsverhaltens seien höhere Einnahmen als WK möglich und damit von einer Einkünfteerzielungsabsicht in den Streitjahren auszugehen.

Der BFH hob mit Urteil vom 28.10.2009 (BFH/NV 2010, 850) wiederum das Urteil der Vorinstanz auf und verwies zum 3. Rechtsgang (!) an diese, verbunden mit einer „Ohrfeige“, zurück. Er bemängelte zum einen, dass die Vorinstanz von einer ganzjährigen ausschließlichen Vermietungsabsicht ausging, obwohl, schon nach den eigenen Angaben der Kl, eine ausschließliche Vermietung an Feriengäste oder ein Bereithalten in der jeweiligen Wintersaison nicht vorgesehen war. Zudem war im Streitjahr 2000 eine Selbstnutzung des Ferienhauses anlässlich der Geburtstagsfeier der Klägerin gegeben. Darüber hinaus fehlten Feststellungen zu örtlichen Vermietungszeiten im Unterschied zur regionalen Bettenauslastung. Wenn gleichwohl eine Überschussprognose im Ergebnis zu Recht erstellt wurde, war diese fehlerhaft. Maßgebender Zeitpunkt war Beginn der Vermietung, also Ende 1993. Die vom FG angestellten vagen Vermutungen (Entfallen der Zinsen, gesteigerte Bemühungen um Bekanntheit des Urlaubsgebiets, erwartbare Änderung des Urlaubsverhaltens) konnten wegen fehlender, belastbarer Tatsachengrundlage nicht Eingang in die Prognose finden. Zum Schluss führte der BFH aus, die Sache werde an den Vollsenat des FG zurückverwiesen, damit nicht erneut – trotz deutlicher Hinweise schon im ersten Zurückverweisungsbeschluss – ohne hinreichende Feststellungen entschieden werde.

Diesen zweiten Zurückverweisungsbeschluss des BFH können sich die drei Berufsrichter der Vorinstanz einrahmen lassen!

Sittenwidriges Arbeitslohn-Angebot einer Sozietät für jungen Rechtsanwalt

Eine RA- und Notarsozietät musste sich in letzter Instanz vom BGH (am 20. 4. 2010 veröffentlichter Beschluss vom 30. 11. 2009 in NJW-aktuell 2010, Heft 21, S. 52) bescheinigen lassen, dass das Angebot für einen jungen RA mit einem mtl. Grundgehalt, das „ein wenig über dem Referendargehalt“ liegen sollte, einen objektiven Verstoß gegen die guten Sitten nach § 138 BGB darstelle und somit sittenwidrig sei.

Die Sozietät bot auf der Homepage der Bundesagentur für Arbeit eine „Traineeestelle für junge Anwältinnen/Anwälte“ an. Dem Trainee wurde in Aussicht gestellt, in ein auf zwei Jahre befristetes Angestelltenverhältnis incl. sämtlicher Sozialversicherungen übernommen zu werden. Die Kosten für Berufshaftpflicht, Kammerbeitrag, dienstlich veranlasste Fahrtkosten und Seminargebühren für Fortbildungsveranstaltungen sollten ebenfalls übernommen werden. Zusätzlich sollte eine Umsatzbeteiligung an denjenigen Mandaten erfolgen, die der Trainee selbst akquiriert. Die seinerzeitige Unterhaltsbeihilfe für Referendare betrug € 894,25. Nach einer Dokumentation der BRAK, anderen Gutachten und Studien betrug das durchschnittliche Einstiegsgehalt eines angestellten RA ohne besondere Zusatzqualifikation und ohne Prädikatsexamen in 2006 rund € 2300,- brutto für eine Vollzeitstelle.

Die RAK und der AnwGH NRW sahen in dem Angebot auch einen Verstoß gegen die in § 26 BORA statuierte Berufspflicht eines RA, Anwälte nur zu angemessenen Bedingungen zu beschäftigen. Dies bestätigte der BGH in seinem o. a. Beschluss. Der durchschnittlich informierte Leser werde unter der Stellenanzeige ein Bruttogehalt verstehen, dass allenfalls unwesentlich über € 1000,- liege. Das angebotene „Trainee-Programm“ könne einen Vergütungsabschlag in der in Rede stehenden Größenordnung nicht rechtfertigen, da das Beschäftigungsverhältnis von vornherein auf 2 Jahre befristet und eine Übernahme in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ausdrücklich ausgeschlossen worden sei. Unter diesen Umständen werde bei den von der Stellenanzeige angesprochenen Kreisen durchweg der Eindruck erweckt, dass es unter dem Deckmantel eines „Trainee-Programms“ nur darum gehe, Rechtsanwälte als billige Arbeitskräfte anzuwerben, die nach Ablauf der Beschäftigungszeit durch Neue ersetzt werden sollen.

Dies sind sicherlich sehr deutliche Worte für eine RA- und Notarsozietät, die sich eigentlich für das Recht einsetzen sollten und die hier noch bis zum BGH gingen.

§§ 1, 8, 9 GrEStG
Grunderwerbsteuer; Gegenleistung;
Erbbaurechtsbestellung mit
Gebäude-Sanierungsverpflichtung;
Investitionszuschüsse des Eigentümers

Eine vom Erbbauberechtigten übernommene Verpflichtung zur umfassenden Sanierung des vorhandenen Gebäudes ist keine Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts, wenn der Grundstückseigentümer an den Erbbauberechtigten jährlich Investitionszuschüsse zahlt und diese insgesamt einer Entschädigung für die Sanierung des Gebäudes entsprechen.

(BFH, Urteil vom 8. 9. 2010 – II R 28/09)

Zum Sachverhalt: Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 1. Juli 2004 bestellte die Stadt an ihrem mit einem Kurhaus bebauten Grundstück zugunsten der Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) für 15 Jahre ein Erbbaurecht. Der jährliche Erbbauzins betrug 25.860 EUR zuzüglich Umsatzsteuer.

Die Klägerin verpflichtete sich in dem Vertrag außerdem, das Kurhaus nach Maßgabe bereits vorliegender Pläne bis Ende 2008 „aus eigenen Mitteln“ zu sanieren. Die Stadt hatte der Klägerin – neben einem jährlichen „Betriebskostenzuschuss“ für den Betrieb des großen Kursaals in Höhe von 25.860 EUR und einem jährlichen „Unterhaltungskostenzuschuss“ für die laufende Gebäudeunterhaltung von 21.550 EUR – „für die zu tätigenen Investitionen“ einen jährlichen „Investitionszuschuss“ von 218.660 EUR zuzüglich Umsatzsteuer zu zahlen.

Bei Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf war keine Entschädigung zu leisten. Lediglich bei vorzeitigem Heimfall des Erbbaurechts, den die Stadt unter bestimmten Voraussetzungen (z. B. Insolvenz der Klägerin oder Zwangsvollstreckung in das Erbbaurecht) verlangen konnte, hatte sie an die Klägerin je nach Grund des Heimfalls eine Entschädigung von 1,5 Mio. EUR bzw. 2,250 Mio. EUR zuzüglich Umsatzsteuer zu zahlen. Diese Entschädigungssumme verringerte sich um den Wert der noch nicht erbrachten Leistungen, falls die Sanierung noch nicht vollständig durchgeführt war, und um 6,66 v.H. für jedes Jahr nach Abschluss der Sanierung.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt –FA–) setzte gegen die Klägerin zuletzt mit Bescheid vom 28. Mai 2008 für den Erwerb des Erbbaurechts die Grunderwerbsteuer auf 77.232 EUR fest und bezog neben dem kapitalisierten Erbbauzins die der Klägerin tatsächlich entstandenen Kosten der Sanierung von 1.897.254 EUR in die Bemessungsgrundlage ein.

Einspruch und Klage, mit denen sich die Klägerin gegen die Erhöhung der Bemessungsgrundlage um die Sanierungskosten wandte, hatten keinen Erfolg. Nach Auffassung des Finanzgerichts (FG) Köln habe die Klägerin die Kosten der Sanierung selbst getragen. Daran ändere auch der von der Stadt zu zahlende Investitionszuschuss nichts. Dabei habe es sich nicht um eine Entschädigung gehandelt, die nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 23. Oktober 2002 II R 81/00 (BFHE 200, 416, BStBl II 2003, 199) die Berücksichtigung der Sanierungsverpflichtung als Teil der Gegenleistung ausschließen würde, sondern um einen Zuschuss, der nicht mit der Sanierungsverpflichtung im Zusammenhang stehe. Die Vorentscheidung ist in Entscheidungen der Finanzgerichte 2009, 1247 veröffentlicht.

Mit ihrer Revision rügt die Klägerin Verletzung von § 8 Abs. 1 i. Vm. § 9 Abs. 1 Nr. 1 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG). Die Klägerin beantragt sinngemäß, die Vorentscheidung aufzuheben und die Grunderwerbsteuer unter Änderung des Bescheids vom 28. Mai 2008 auf 10.828 EUR herabzusetzen. Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen: II. Die Revision ist begründet. Sie führt nach § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur antragsgemäßen Herabsetzung der Grunderwerbsteuer. Das FG hat zu Unrecht angenommen, dass die Kosten der von der Klägerin übernommenen Sanierung in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer einzubeziehen sind.

1. Nach § 8 Abs. 1 GrEStG bemisst sich die Grunderwerbsteuer regelmäßig nach dem Wert der Gegenleistung. Als Gegenleistung kommen nur solche Leistungsverpflichtungen des Erwerbers in Betracht, die er dem Veräußerer (oder einem Dritten) um des Grundstückserwerbs willen zu erbringen hat und die nicht nur ihm selbst zugute kommen (BFH-Urteile vom 6. Dezember 1995 II R 46/93, BFH/NV 1996, 578, und in BFHE 200, 416, BStBl II 2003, 199).

a) Verpflichtet sich ein Erbbauberechtigter im Rahmen der Bestellung eines Erbbaurechts dem Grundstückseigentümer gegenüber zur Errichtung oder umfassenden Sanierung eines Gebäudes auf dem Erbbaugrundstück, ist – wie beim Erwerb von Grundstückseigentum – im Regelfall davon auszugehen, dass die Baumaßnahmen dem Erwerber als (zukünftigem) Inhaber des Erbbaurechts allein zugute kommen und deshalb als „eigennützige Erwerberleistungen“ keine Gegenleistung darstel-

len (vgl. zum Erwerb von Grundstückseigentum: BFH-Urteil vom 27. August 2003 II R 27/01, BFH/NV 2004, 226). Denn nach § 12 Abs. 1 Satz 1 des Erbbaurechtsgesetzes (Erbbaurechtsgesetz, bis zum 30. November 2007 Verordnung über das Erbbaurecht) gilt das auf Grund des Erbbaurechts errichtete Bauwerk als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts. In diesem Zusammenhang ist unbeachtlich, dass der Grundstückseigentümer ohne die Verpflichtung des Erbbauberechtigten das Erbbaurecht nicht bestellt hätte.

Für die Frage der Eigen- oder Fremdnützigkeit der Errichtung eines Gebäudes auf einem Erbbaugrundstück ist jedoch zu berücksichtigen, dass Erbbaurechte in der Regel nur auf bestimmte Zeit bestellt werden und die Gebäude mit dem Erlöschen des Erbbaurechts Bestandteile des (Grundstücks-)Eigentums werden (§ 12 Abs. 3 Erbbaurechtsgesetz). Zielt der Erbbaurechtsvertrag daher darauf ab, dass dem Grundstückseigentümer nach Beendigung des Erbbaurechts bestimmte, vom Erbbauberechtigten vertragsgemäß auf dem Erbbaugrundstück geschaffene Sachwerte – entgegen § 27 Erbbaurechtsgesetz – entschädigungslos zu fallen, kann hierin eine Gegenleistung i. S. von § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG liegen (BFH-Urteil in BFH/NV 1996, 578). Verpflichtet sich dagegen der Erbbauberechtigte in einem Erbbaurechtsvertrag zur Errichtung eines Gebäudes auf dem Erbbaugrundstück sowie zu dessen ordnungsgemäßen Unterhaltung über die Gesamtlaufzeit des Erbbaurechts und erhält er bei Erlöschen des Erbbaurechts vom Grundstückseigentümer eine Entschädigung für das Gebäude in Höhe des Verkehrswerts, kommen die Verwendungen auf das Erbbaugrundstück regelmäßig dem Erbbauberechtigten dauerhaft zugute. In der Verpflichtung zur Herstellung des Gebäudes liegt deshalb in diesen Fällen regelmäßig keine Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts (BFH-Urteil in BFHE 200, 416, BStBl II 2003, 199). Entsprechendes gilt, wenn sich der Erbbauberechtigte im Erbbaurechtsvertrag zur umfassenden Sanierung des bereits vorhandenen Gebäudes verpflichtet und der Grundstückseigentümer hierfür an den Erbbauberechtigten eine Entschädigung zahlt, die einer Übernahme der Sanierungskosten gleichkommt.

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Verpflichtung der Klägerin zur umfassenden Sanierung des Gebäudes eine eigennützige Erwerberleistung und damit keine Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts. Die Klägerin erhält während der Vertragslaufzeit einen jährlichen Investitionszuschuss, der – ungeachtet seiner Bezeichnung durch die Vertragsbeteiligten – einer Entschädigung bei Heimfall entspricht. Es macht in grunderwerbsteuerrechtlicher Hinsicht keinen Unterschied, ob die Entschädigung für die Sanierung als Einmalbetrag bei Beendigung des Erbbaurechts oder in Raten während der Vertragslaufzeit gezahlt wird. In beiden Fällen wendet der Erbbauberechtigte im Ergebnis nichts auf, was dem Grundstückseigentümer zugute kommt. Dass die Sanierung aufgrund der kurzen Laufzeit des Erbbaurechts von 15 Jahren wirtschaftlich nicht „verbraucht“ ist und die Stadt ein saniertes Kurhaus zurück erhält, beruht damit nicht auf Leistungen der Klägerin, sondern der Stadt selbst.

Entgegen der Auffassung des FG besteht auch ein Zusammenhang zwischen der Sanierungsverpflichtung der Klägerin und dem Investitionszuschuss der Stadt. Das FG hat übersehen, dass dem Grunderwerbsteuergesetz ein eigenständiger Gegenleistungsbegriff zugrunde liegt (BFH-Urteil vom 16. Februar 1977 II R 89/74, BFHE 122, 338, BStBl II 1977, 671). Für seine Bestimmung ist nicht maßgebend, was die Vertragsschließenden als Gegenleistung für das Grundstück (Erbbaurecht) bezeichnen, sondern zu welchen Leistungen sie sich tatsächlich verpflichtet haben (BFH-Urteil vom 26. April 1972 II R 188/71, BFHE 106, 236). Der objektive Inhalt des Vertrages lässt im Streitfall keinen Zweifel daran, dass die Stadt mit dem Investitionszuschuss die Sanierungsaufwendungen der Klägerin vollständig übernommen hat. Hierfür spricht bereits die Vertragsformulierung „für die zu tätigenen Investitionen“. Zudem erreicht die Summe der über die Vertragslaufzeit vereinbarten Investitionszuschüsse die Aufwendungen der Klägerin (ein-

schließlich der Finanzierungskosten) und somit die durch die Sanierung bewirkte Erhöhung des Verkehrswerts des Grundstücks. Der Zusammenhang wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Zuschuss beim vorzeitigen Heimfall nicht auf die Entschädigung angerechnet wird. Denn stattdessen vermindert sich die festgelegte Entschädigungssumme um 6,66 v.H. für jedes Jahr nach der Durchführung der Sanierung. Auch bei einem vorzeitigen Heimfall ist damit durch die – evtl. abgeschmolzene – Entschädigungssumme und die bis dahin gezahlten Investitionszuschüsse sichergestellt, dass die Klägerin einen pauschalen Ausgleich dafür erhält, dass sie die gesamten Sanierungskosten zu Beginn der Vertragslaufzeit zu tragen hatte, während der Investitionszuschuss auf die Vertragslaufzeit verteilt wurde.

Da das FG die Sanierungskosten in die Bemessungsgrundlage einbezogen hat, war die Vorentscheidung aufzuheben.

2. Die Sache ist spruchreif. Die Klage ist begründet. Der Steuerbescheid vom 28. Mai 2008 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 FGO), soweit das FA die Grunderwerbsteuer höher als von der Klägerin beantragt festgesetzt hat.

§ 1 UStG

Umsatzsteuer; Leistungsaustausch; Bereitstellungsentgelt an den Spediteur bei abgesagter Zwangsräumung; pauschalierte Entschädigung

So genannte Bereitstellungsentgelte, die ein Speditionsunternehmen erhält, wenn eine Zwangsräumung kurzfristig von dem Gerichtsvollzieher abgesagt wird, stellen eine pauschalierte Entschädigung dar und unterliegen mangels eines Leistungsaustauschs nicht der Umsatzsteuer.

(BFH, Urteil vom 30. 6. 2010 – XI R 22/08)

Zum Sachverhalt: Die Beteiligten streiten über die umsatzsteuerrechtliche Behandlung von sog. Bereitstellungsentgelten bei Zwangsräumungen.

Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) betreibt ein Speditionsunternehmen in der Rechtsform einer GmbH. Sie führt u. a. im Auftrag von Gerichtsvollziehern Zwangsräumungen durch. Hierfür erhält sie – gestaffelt nach der Anzahl der zu räumenden Zimmer – ein Entgelt, das der Umsatzsteuer unterworfen wird. Werden Zwangsräumungen innerhalb von vier Tagen vor dem Räumungstermin vom zuständigen Gerichtsvollzieher abgesagt, so erhält sie von diesem 30% des für eine tatsächlich durchgeführte Räumung vereinbarten Entgelts. Die Klägerin hat die sog. Bereitstellungsentgelte nicht der Umsatzsteuer unterworfen. Bestimmte Vorbereitungshandlungen für eine bevorstehende Wohnungsräumung, wie etwa Zurverfügungstellung von Personal, Fahrzeugen oder Räumlichkeiten, erbringt sie bis zum Kündigungstermin nicht.

Im Rahmen einer Außenprüfung für die Streitjahre 1995 bis 1999 vertrat der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) die Auffassung, dass auch die sog. Bereitstellungsentgelte der Umsatzsteuer zu unterwerfen seien. Den Einspruch der Klägerin wies das FA zurück.

Das FG Niedersachsen (EFG 2008, 1073) gab der Klage statt; die Klägerin habe keine steuerbaren Leistungen erbracht.

Zur Begründung seiner Revision trägt das FA vor, kennzeichnend für einen nicht steuerbaren Schadensersatz sei, dass die Vergütung für ein vertragswidriges Verhalten geschuldet und somit losgelöst vom ursprünglichen Rechtsgrund gezahlt werde. Die sog. Bereitstellungsentgelte würden dagegen nicht für eine vertragswidrige Auflösung gezahlt, sondern für eine Leistung innerhalb des vereinbarten Leistungsaustausches, denn es handele sich bei der Zahlung um einen für Zwangsräumungen typischen Vorgang und dieser beruhe nicht auf einem vom ursprünglichen Rechtsgrund losgelösten eigenen Rechtsgrund.

Nach den Abrechnungen werde die von vornherein festgelegte Abstandspauschale für eine bestimmte und nach Anzahl der Wagen und Arbeitskräfte genau bezeichnete Leistung bezahlt.

Zu Unrecht sei das FG unter Verweis auf das Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 27. August 1970 V R 159/66 (BFHE 100, 259, BStBl II 1971, 6) davon ausgegangen, dass die Klägerin noch keine Leistung erbracht habe. Denn dort sei nicht, wie hier, eine sonstige Leistung Vertragsgegenstand gewesen, sondern eine Werklieferung, bei der der Liefervorgang im Vordergrund stehe und damit die Verschaffung der Verfügungsmacht an der bestellten Sache. Gegenstand der sonstigen Leistung im Streitfall sei hingegen nicht nur die eigentliche Räumung, sondern seien auch etwaige „Vorleistungen“, zu denen gehöre, dass die Klägerin durch organisatorische Maßnahmen sicherstelle, zum vereinbarten Termin über die notwendigen Kapazitäten zu verfügen.

Aus den Gründen: II. Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung – FGO –). Zutreffend ist das FG zu dem Ergebnis gekommen, dass die sog. Bereitstellungsentgelte nicht im Rahmen eines Leistungsaustausches i.S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Umsatzsteuergesetzes in der in den Streitjahren geltenden Fassung (UStG) gezahlt worden sind, weil ihnen keine Leistungen der Klägerin gegenüberstanden.

1. Sonstige Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt, unterliegen gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG der Umsatzsteuer. Sonstige Leistungen sind Leistungen, die keine Lieferungen sind (§ 3 Abs. 9 Satz 1 UStG).

a) Für das Vorliegen einer entgeltlichen Leistung, die in Übereinstimmung mit Art. 2 Nr. 1 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern (Richtlinie 77/388/EWG) nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG steuerbar ist, sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH), der sich der BFH angeschlossen hat, im Wesentlichen folgende unionsrechtlich geklärten Grundsätze zu berücksichtigen:

Zwischen der Leistung und dem erhaltenen Gegenwert muss ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen, wobei die gezahlten Beträge die tatsächliche Gegenleistung für eine bestimmbare Leistung darstellen, die im Rahmen eines zwischen dem Leistenden und dem Leistungsempfänger bestehenden Rechtsverhältnisses, in dem gegenseitige Leistungen ausgetauscht werden, erbracht wurde (EuGH-Urteile vom 18. Juli 2007 Rs. C-277/05 – Société thermale d'Eugénie-les-Bains –, Slg. 2007, I-6415, BFH/NV Beilage 2007, 424, Rz 19; vom 21. März 2002 Rs. C-174/00 – Kennemer Golf & Country Club –, Slg. 2002, I-3293, BFH/NV Beilage 2002, 95, Rz 39, und vom 3. März 1994 Rs. C-16/93 – Tolsma –, Slg. 1994, I-743, Umsatzsteuer-Rundschau 1994, 399, Rz 13; BFH-Urteile vom 19. Februar 2004 V R 10/03, BFHE 205, 495, BStBl II 2004, 675; vom 5. Dezember 2007 V R 60/05, BFHE 219, 455, BStBl II 2009, 486, jeweils m.w.N.; Schlosser-Zeuner in Bunjes/Geist, UStG, 9. Aufl., § 1 Rz 14 ff., 28, m.w.N.).

Dabei bestimmt sich in erster Linie nach dem der Leistung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, ob die Leistung des Unternehmers derart mit der Zahlung verknüpft ist, dass sie sich auf die Erlangung einer Gegenleistung (Zahlung) richtet (BFH-Urteil vom 18. Dezember 2008 V R 38/06, BFHE 225, 155, BStBl II 2009, 749).

Echte Entschädigungs- oder Schadensersatzleistungen sind demgegenüber kein Entgelt im Sinne des Umsatzsteuerrechts, wenn die Zahlung nicht für eine Lieferung oder sonstige Leistung an den Zahlungsempfänger erfolgt, sondern weil der Zahlende nach Gesetz oder Vertrag für den Schaden und seine Folgen einzustehen hat (vgl. BFH-Urteil vom 10. Dezember 1998 V R 58/97, BFH/NV 1999, 987).

b) Entsprechend diesen Grundsätzen hat der EuGH in seinem Urteil *Société thermale d'Eugénie-les-Bains* (Slg. 2007, I-6415, BFH/NV Beilage 2007, 424) entschieden, dass die von einem Gast an einen Hotelbetreiber als Angeld geleisteten Beträge in Fällen, in denen der Erwerber von der ihm eröffneten Möglichkeit des Rücktritts Gebrauch macht und der Hotelbetreiber diese Beträge einbehält, als pauschalierte Entschädigung zum Ausgleich des infolge des Vertragsrücktritts des Gastes entstandenen Schadens – ohne direkten Bezug zu einer entgeltlichen Dienstleistung – und als solche nicht als Mehrwertsteuerpflichtig anzusehen sind.

Da die Zahlung des Angelds zum einen kein Entgelt für eine eigenständige, bestimmbare Leistung darstelle, die der Hotelbetreiber seinem Gast erbracht habe, und die Einbehaltung des Angelds nach einer Stornierung zum anderen den Zweck habe, die Folgen der Nichterfüllung des Vertrags auszugleichen, falle weder die Zahlung noch die Einbehaltung des Angelds unter Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 77/388/EWG (Rz 35 des Urteils). Das Angeld sei keine Gegenleistung für eine der Mehrwertsteuer unterliegende Reservierungsleistung, die sich bereits direkt aus dem Beherbergungsvertrag ergebe, sondern eine pauschalierte Entschädigungszahlung, bei der es normal sei, dass der Betrag des entstandenen Schadens und das einbehaltene Angeld in den meisten Fällen nicht übereinstimmen (Rz 23 f. und 32 f. des Urteils).

2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze stellen die sog. Bereitstellungsentgelte eine pauschalierte Entschädigung und kein Entgelt für eine Dienstleistung dar.

a) Nach der zwischen der Klägerin und den Gerichtsvollziehern getroffenen Vereinbarung erhält sie 30% der für eine tatsächlich durchgeführte Räumung vereinbarten Pauschale, wenn die Zwangsräumung innerhalb von vier Tagen vor dem Räumungstermin vom zuständigen Gerichtsvollzieher abgesagt wird.

Wird ein Speditionsvertrag vorzeitig gekündigt, so behält der Unternehmer grundsätzlich den Anspruch auf die vereinbarte Vergütung. Er muss sich jedoch gemäß § 649 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) ersparte Aufwendungen oder dasjenige, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erzielt oder zu erwerben böswillig unterlässt, anrechnen lassen (vgl. z. B. Beschluss des Landgerichts Frankfurt vom 19. September 2005 – 2/9 T 614/05, Deutsche Gerichtsvollzieherzeitung 2006, 115).

Für den Fall der Kündigung eines Frachtvertrages ist in § 415 Abs. 2 des Handelsgesetzbuches (HGB) ausdrücklich geregelt, dass der Frachtführer entweder die vereinbarte Fracht unter Anrechnung bestimmter Beträge oder „ein Drittel der vereinbarten Fracht (Fautfracht)“ verlangen kann. Das Rechtsinstitut der „Fautfracht“ (vgl. hierzu auch BFH-Urteile vom 22. Januar 1970 V R 118/66, BFHE 98, 225, BStBl II 1970, 363, und vom 27. August 1970 V R 130/66, BFHE 100, 150, BStBl II 1970, 856) versteht sich als eine gesetzlich festgelegte, pauschale Kündigungsentschädigung, die nach der Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Fracht-, Speditions- und Lagerrechts (Transportrechtsreformgesetz) weder Leistungsentgelt noch Schadensersatz ist (BT-Drucks 13/8445, S. 45; vgl. auch MünchKommHGB/Czerwenka, § 415 Rz 17). Die Bundesregierung hat den Vorteil der „Fautfracht“ darin gesehen, dass auf diese Weise eine leicht handhabbare, zugleich streit- und prozessverhindernde Regelung geschaffen werden könne (BT-Drucks 13/8445, S. 45).

Da ein Gerichtsvollzieher Nichtkaufmann ist, unterliegt der Speditionsvertrag nicht den Vorschriften des HGB, sondern des BGB. Es steht den Vertragspartnern jedoch frei, den Inhalt ihres Rechtsverhältnisses einschließlich der Folgen eines eventuellen Rücktritts oder der etwaigen Nichterfüllung ihrer Verpflichtungen unter Beachtung zwingender Vorschriften und der öffentlichen Ordnung zu bestimmen (EuGH-Urteil *Société thermale d'Eugénie-les-Bains* in Slg. 2007, I-6415, BFH/NV Beilage 2007, 424, Rz 28 f.). Dabei muss es ihnen insbesondere ge-

stattet sein, eine Rechtsfolge, die der Gesetzgeber für Kaufleute für den Fall der Kündigung als vorteilhaft angesehen und deshalb wahlweise vorgesehen hat, ausdrücklich zu vereinbaren.

Die vertraglich vereinbarte pauschale Kündigungsentschädigung kann umsatzsteuerrechtlich nicht anders qualifiziert werden als die in § 415 Abs. 2 Nr. 2 HGB ausdrücklich geregelte (vgl. dazu BFH-Urteile in BFHE 98, 225, BStBl II 1970, 363, und in BFHE 100, 150, BStBl II 1970, 856). Deshalb gilt für beide Fälle, dass es sich jedenfalls nicht um ein Leistungsentgelt handelt und die pauschale Entschädigung daher nicht der Umsatzsteuer unterliegt.

b) Die Entscheidung, dass die sog. Bereitstellungsentgelte nicht als Leistungsentgelte zu beurteilen sind, steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH in dem oben zitierten Urteil *Société thermale d'Eugénie-les-Bains* (Slg. 2007, I-6415, BFH/NV Beilage 2007, 424). Das „Angeld“ und die Bereitstellungsentgelte sind vergleichbar, so dass es sich in beiden Fällen um eine pauschalierte Kündigungsentschädigung ohne Entgeltcharakter handelt.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Abonnement Jahrgang 2011 159,43 EUR brutto.

Sonderpreise für zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage
im Direktbezug vom Prewest Verlag

www.prewest.de info@prewest.de

www.gut-netzwerk.de

www.gmbbl.de

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

BGH-Pressemitteilung Nr. 13/2011 vom 26. 1. 2011

Verfahren unter Mitwirkung einer nicht deutsch sprechenden Schöffin muss neu verhandelt werden

Das Landgericht [Köln] hat die Angeklagten G. und K. wegen besonders schweren Raubs jeweils zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren, den Angeklagten A. wegen Beihilfe zum besonders schweren Raub zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten auf Bewährung verurteilt.

Nach den Feststellungen des Landgerichts überfielen die Angeklagten G. und K. zusammen mit dem gesondert Verfolgten F. am 15. April 2009 den Penny-Markt in Köln-Sürth. Sie bedrohten die Kassiererinnen mit einem Gasrevolver und erbeuteten 1.445 €. Der Angeklagte A. wartete zusammen mit dem nicht revidierenden Mitangeklagten C. im Fluchtfahrzeug.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat das Urteil auf die Revisionen der Angeklagten aufgehoben, da die Strafkammer mit einer der deutschen Sprache kaum mächtigen Schöffin nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen war (§ 338 Nr. 1 StPO) (Urteil vom 26. 1. 2011 – 2 StR 338/10). Die Heranziehung einer nicht sprachkundigen Schöffin verstößt gegen den Grundsatz, dass die Gerichtssprache deutsch ist (§ 184 S. 1 GVG) und verletzt zudem den im Strafprozess geltenden Grundsatz der Unmittelbarkeit (§ 261 StPO). Eine sprachunkundige Schöffin ist – ebenso wie ein tauber oder blinder Richter – jedenfalls partiell unfähig, der Verhandlung selbst zu folgen. Das GVG hat die insoweit bisher bestehende Regelungslücke durch Einfügung des seit dem 30. Juli 2010 geltenden § 33 Nr. 5 GVG geschlossen. Danach sollen Personen ohne hinreichende Sprachkenntnis nicht zu Schöffen berufen werden und sind von der Schöffensliste zu streichen. Die Teilnahme einer für die Schöffin herangezogenen Dolmetscherin für die russische Sprache an allen Beratungen der Strafkammer begründet überdies einen Verstoß gegen das Beratungsgeheimnis des § 193 GVG.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 10. 12. 2010

Europäisches Patentamt bestätigt Position der Unionsfraktion Ablehnung von Patenten auf landwirtschaftliche Nutztiere und Nutzpflanzen

Die große Beschwerdekammer des Europäischen Patentamtes (EPA) hat gestern ihre Entscheidung in den Fällen „Brokkoli“ und „Tomate“ bekannt gegeben. Dazu erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser, und der Vorsitzende des Arbeitskreises Landwirtschaft der CSU-Landesgruppe, Dr. Max Lehmer:

„Die CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag sieht sich durch die Entscheidung der großen Beschwerdekammer des EPA voll und ganz in ihrer Haltung bestätigt. Wir begrüßen es ausdrücklich, dass konventionelle Verfahren der Selektion und Züchtung als ‚im Wesentlichen biologische Züchtungsverfahren‘ für nicht patentierbar erklärt wurden. Dies ist ein großer Schritt in die richtige Richtung. Diese Grundsatzentscheidung muss nun aber noch auf die Patentierbarkeit von Nutztieren und Nutzpflanzen sowie deren Nachkommen übertragen werden.

Wir lehnen Patente auf landwirtschaftliche Nutztiere und Nutzpflanzen ab. Gerade vor dem Hintergrund der aktuellen Herausforderungen (Klimawandel, zunehmende Flächenkonkurrenz, Sicherung der Welternährung) muss der weltweite Gen-

pool allen Landwirten und Züchtern zur Verfügung stehen. Nur durch züchterischen Fortschritt kann man zur Lösung der anstehenden Probleme beitragen.

Es ist völlig unstrittig, dass Patente bei der Forschung nach Innovationen notwendig sind. Allerdings sehen wir es äußerst kritisch, wenn einzelne Firmen wie im aktuellen Falle des Brokkoli-Patents versuchen, über den Umweg der Patentierung eines Selektionsverfahrens auch den Samen oder die fertigen Pflanzen des Brokkolis oder der Tomate schützen zu lassen.

Die Vielzahl solcher Patentanmeldungen - z. B. auch bei Kühen oder Schweinen - zeigt, dass hier dringender Handlungsbedarf besteht. Wir fordern daher eine Konkretisierung der Europäischen Biopatentrichtlinie, vor allem in der Frage der ‚im Wesentlichen biologischen Verfahren‘ und der Reichweite der Patente, damit solche Verfahren vor dem EPA nicht mehr notwendig sind.

Wir müssen dafür sorgen, dass unsere Landwirte ihrer Haupttätigkeit nachgehen können, Nahrungsmittel zu produzieren, anstatt vor Gericht gegen zu weit gefasste Patente zu prozessieren.“

Hintergrund: Das britische Unternehmen Plant Bioscience hatte sich vor acht Jahren das „Brokkoli“-Patent EP 1069819 gesichert. Es gilt auch für Samen und ausgewachsene Pflanzen der speziellen Brokkoli-Sorte, die einen besonders hohen Anteil eines krebshemmenden Stoffes enthält. Dagegen haben zwei Unternehmen mit dem Argument geklagt, der Brokkoli sei keine Erfindung, sondern nur eine Züchtung. Der Fall wurde 2007 der großen Beschwerdekammer des EPA vorgelegt.

Auch das Verfahren zur Zucht einer Tomate („Tomaten“-Patent EP 1211926) mit geringem Wassergehalt, das gemeinsam mit dem Brokkoli-Fall verhandelt wird, kombiniert technische und konventionelle Methoden. Das israelische Landwirtschaftsministerium hatte das Zuchtverfahren im Jahr 2000 zum Patent angemeldet. In diesem Fall legte der niederländische Konzern Unilever Einspruch ein. Dieser Fall wurde im Mai 2008 bei der großen Beschwerdekammer des EPA eingereicht.

Hinw. d. Red.: Zu Biopatenten vgl. GuT 2010, 304 ff.; GuT 2009, 247/248.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 24. 11. 2010

BVerfG-Urteil zum Gentechnikgesetz: Sieg fuer Verbraucher und Umwelt

Anlaesslich des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur Normenkontrollklage des Landes Sachsen-Anhalt gegen das Gentechnikgesetz erklaren die verbraucherpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Elvira Drobinski-Weiss und der umweltpolitische Sprecher Matthias Miersch:

Die SPD-Bundestagsfraktion freut sich ueber diesen Sieg fuer Verbraucher, Umwelt und fuer die gentechnikfreie Lebensmittelwirtschaft. Mit seinem Urteil stellt das Bundesverfassungsgericht das Gemeinwohl eindeutig ueber das Profitstreben Einzelner. Die Richter bestaetigten die 2004 von der damals rot-gruenen Bundesregierung erarbeitete Haftungsregelung. Es bleibt dabei: Die Anbauer von gentechnisch veraenderten Pflanzen muessen in vollem Umfang haften, wenn gentechnikfrei wirtschaftende Landwirte ihre Ernte nicht oder nur eingeschaenkt verwerten koennen, weil genveraendertes Material gefunden wurde. Dies gilt auch verschuldensunabhaengig und gesamtschuldnerisch, wenn sich die Nutzer der Gentechnik an die Sicherheitsvorschriften zur Vermeidung von Verunreinigungen gehalten haben oder wenn im Einzelfall nicht auszumachen ist, von wessen Acker die Verunreinigung ausging.

Und auch das öffentliche Standortregister, ueber das sich jeder informieren kann, wo genau gentechnisch veraenderte Pflanzen angebaut werden, wurde bestaetigt.

Beide Regelungen hatte die SPD in der vergangenen Legislaturperiode gegen die Aenderungsbestrebungen des damaligen Koalitionspartners CDU/CSU erfolgreich verteidigt. Denn schon damals war die Union fest im Griff der Gentechniklobbisten.

Die Aenderungsbestrebungen der schwarz-gelben Bundesregierung werden mit dieser Entscheidung von hoechster Stelle in die Schranken gewiesen. Die Richter betonten besondere Sorgfaltspflicht beim Umgang mit der Agrogentechnik und die Verantwortung des Gesetzgebers fuer die kuenftigen Generationen und den Schutz der natuerlichen Lebensgrundlagen. Als „schwer oder gar nicht begrenzbar“ bezeichneten sie die Ausbreitung von gentechnisch veraendertem Material, wenn es einmal in die Natur ausgebracht wurde.

Hieraus muessen nun die richtigen Konsequenzen gezogen werden: Das Bundesverfassungsgericht hat uns als Gesetzgeber einen klaren Auftrag fuer ein hohes Schutzniveau gegeben. Auch Angesichts des aktuellen Verunreinigungsfalles mit der Maissorte NK 603 muessen wir unter anderem pruefen, ob die aktuellen Regelungen diesen Anforderungen gerecht werden.

Hinw. d. Red.: Die Leitsätze des BVerfG-Urteils vom 24. 11. 2010 – 1 BvF 2/05 – sowie hierzu die Pressemitteilung des BVerfG vom 24. 11. 2010 sind veröffentlicht in GuT 2010, 427 (in diesem Heft).

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 81/2010 vom 22. 9. 2010

Versagung des Anspruchs eines Milchkonzerns auf Unterlassung der öffentlichen Verwendung des Begriffs „Gen-Milch“ nicht verfassungswidrig

Die Beschwerdeführerin leitet als Obergesellschaft einen Konzern international tätiger Unternehmen für Milch- und Molkereiprodukte. Diese verarbeiten in ihren Produkten Milch von Kühen, die auch gentechnisch veränderte Futtermittel erhalten haben. Der Beklagte des Ausgangsverfahrens ist ein Verein, der sich u. a. zum Ziel gesetzt hat, die Verbraucher über seiner Ansicht nach bestehende Risiken infolge des Einsatzes gentechnisch veränderter Organismen bei der Lebensmittelherzeugung aufzuklären. Deshalb forderte er die Beschwerdeführerin auf, ihren Milchlieferanten zur Auflage zu machen, auf gentechnisch veränderte Futtermittel zu verzichten. Nachdem die Beschwerdeführerin dieser Forderung nicht nachgekommen war, bezeichnete der Beklagte die von der Klägerin vertriebene Milch in verschiedenen öffentlichen Aktionen als „Gen-Milch“, um so auf sein Anliegen aufmerksam zu machen.

Die Beschwerdeführerin sieht in der Formulierung „Gen-Milch“ in Bezug auf ihre Erzeugnisse die unwahre Tatsachenbehauptung, dass die von ihren Unternehmen verarbeitete Milch ihrerseits gentechnisch behandelt sei, und nahm den Beklagten vor den Zivilgerichten auf Unterlassung in Anspruch. Der Bundesgerichtshof wies ihr Unterlassungsbegehren zurück. Der Gebrauch des Begriffs „Gen-Milch“ durch den Beklagten genieße den Schutz des Grundrechts auf Meinungsfreiheit, dem bei der gebotenen Abwägung der Vorrang gegenüber den ebenfalls grundrechtlich geschützten Interessen der Beschwerdeführerin zukomme. Der Begriff „Gen-Milch“ sei für sich genommen substanzarm. Sein Bedeutungsgehalt ergebe sich erst aus dem Kontext, in dem er geäußert worden sei. Danach enthalte die beanstandete Formulierung keine unwahre Tatsachenbehauptung, denn der Beklagte habe unzweideutig bei allen Aktionen zum Ausdruck gebracht, dass sich sein Protest gegen die Verwendung von gentechnisch veränderten Futtermitteln richte. Auf den Vorwurf, die von den Unternehmen der Beschwerdeführerin verwendete Milch selbst sei gentechnisch verändert, könne nicht geschlossen werden.

Mit ihrer dagegen erhobenen Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin neben einer Verletzung ihrer Berufsfreiheit eine verfassungswidrige Beeinträchtigung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts und ihres Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmeveraussetzungen nicht vorliegen, sie insbesondere keine Aussicht auf Erfolg hat (Beschluss vom 8. 9. 2010 – 1 BvR 1890/08).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

Das angegriffene Urteil begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere durfte der Bundesgerichtshof den auf die Produkte der Beschwerdeführerin bezogenen Begriff „Gen-Milch“ als substanzarme Äußerung ansehen und seine Verwendung im konkreten Kontext als zulässig beurteilen. Zwar kann einem Unterlassungsbegehren stattzugeben sein, wenn die fragliche Tatsachenbehauptung einen mehrdeutigen Gehalt aufweist und in einer der nicht fern liegenden Deutungsvarianten das allgemeine Persönlichkeitsrecht des von ihr Betroffenen verletzt. Es bedarf hierzu aber zunächst der sorgfältigen Auslegung, ob eine solche Mehrdeutigkeit tatsächlich vorliegt. Dem Unterlassungsbegehren ist demgegenüber unter diesem Gesichtspunkt nicht bei schlagwortartigen Äußerungen statt zu geben, die auch für die Erklärungsempfänger von vorneherein vieldeutig erscheinen, so dass sie nicht als eigenständige Behauptung eines bestimmten Sachverhalts verstanden werden, sondern als Kurzformel, die erst aus einem weiteren Kontext näheren Inhalt bekommt. In einem solchen Fall fehlt es an einer konkreten Tatsachenbehauptung, die beim Empfänger der Äußerung zu Fehlvorstellungen aufgrund falscher Sachaussagen führen könnte. Dass der Bundesgerichtshof den hier streitgegenständlichen Begriff „Gen-Milch“ in diesem Sinn als erkennbar ergänzungsbedürftige, schlagwortartige Äußerung, die ihren genauen Sinn erst im Rahmen einer Gesamtkampagne erhält, beurteilt hat, überschreitet seinen fachgerichtlichen Wertungsrahmen nicht.

Vor diesem Hintergrund durfte der Bundesgerichtshof dem durch die Meinungsfreiheit geschützten Äußerungsinteresse der Beklagten den Vorrang vor dem entgegenstehenden Unterlassungsinteresse der Beschwerdeführerin einräumen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob außer dem Grundrecht der Berufsfreiheit auch die weiteren von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Rechtspositionen grundrechtlichen Schutz genießen, da das Abwägungsergebnis des Bundesgerichtshofs in jedem Fall verfassungsrechtlich vertretbar ist. Der Bundesgerichtshof durfte bei seiner Abwägung zwischen den beiderseits betroffenen rechtlich geschützten Interessen maßgeblich darauf abstellen, dass die Unternehmen der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht im gesamten Produktionsprozess auf gentechnische Verfahren verzichten und somit die Kritik an ihrem Geschäftsgebaren nicht jeglicher zutreffender Tatsachengrundlage entbehrt. Hinzu kommt, dass nach den unangegriffenen fachgerichtlichen Feststellungen dieser Bezug lediglich auf die Verwendung von gentechnisch veränderten Futtermitteln in sämtlichen Fällen, in denen der Beklagte den Begriff „Gen-Milch“ verwendete, aus dem Äußerungskontext deutlich wurde.

Hinw. d. Red.: BGH, Urteil vom 11. 3. 2008 – IV ZR 7/07 – in GuT 2008, 226 KL mit PM 50/2008 und red. Hinw. auf Vorinstanz OLG Köln PM GuT 2004, 258 und GuT 2006, 391.



MOMOinfo vom 5.1.2011

Dioxin in Eiern ?

Liebe Kundinnen und Kunden,
aufgrund der Verunsicherung und der vielen telefonischen Anfragen bei Momo:

NEIN, kein Dioxin in Momos Bio-Eiern. Wie auch in 2010.

Anders als bei den Funden im April 2010 sind keine Biobetriebe betroffen, es dreht sich um einen rein konventionellen Futtermittelhersteller.

Die Eier die nach Verbandsrichtlinien erzeugt werden (Naturland, Bioland) erlauben keine Beimischung konventioneller Fette, eine Beimischung konventioneller eiweißhaltiger Futtermittel von bis zu 5% ist noch bis Ende 2011 zugelassen. Ab dann muss bei Verbandsware 100% Bio verfüttert werden.

Eier die nur nach EU-Bio-Richtlinien erzeugt werden erlauben die Zufütterung mit konventionellen Ölen. Das ist aber nicht die Regel.

Eier in EU-Bio-Qualität gibt es nicht bei Momo, das ist was für Filialisten und den konventionellen Einzelhandel.

Bislang fanden Sie bei Momo allein Eier in Naturland-Qualität von Hof Alpermühle. Ab 10. Januar führen wir parallel Eier in Bioland-Qualität.

Sobald es genügend Eier in Demeter-Qualität gibt werden wir hier unsere Priorität setzen.

Dies hat aber nichts mit den aktuellen Dioxinfunden zu tun.

Thema vertiefen?

<http://bioland.de/bioland/startseite.html>

<http://www.naturland.de/>

<http://www.boelw.de/pm+M506a2c20a88.html>

http://momonaturkost.de/momo_sortiment/rezepte_A_Z/eier.html

Dioxine entstehen bei der Verbrennung bestimmter Substanzen und haben mit Agent Orange und Seveso traurige Berühmtheit erlangt.

Sie werden uns, wie so vieles, nachhaltig begleiten.

Aktuelle Grenzwerte orientieren sich an der technischen Durchführbarkeit und damit an wirtschaftlichen Interessen und nicht an Gesundheitlichen.

mit lieben Grüßen von den MOMOs

Bioladen Momo e.K.

Hans-Böckler-Strasse 1 · 53225 Bonn

Bioladen, Biobistro, Gemüseabo, Onlineshop

Telefon:

0800-Bioladen oder 0228 - 46 27 65

Theke 54 90 73 · Gemüseabo 54 90 70

Metzgerei 47 83 39 · Bistro 97 37 95 03

Fax

Büro 97 20 695 · Abo 54 90 72 · Bistro 97 37 95 04

www.bioladen.com

www.momoshop.de

abo@momonaturkost.de

momonaturkost@vollbio.de

Täglich von 8 bis 8, samstags bis 18 Uhr geöffnet

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 15.2.2011

Unendliche Geschichte: Chevron-Texaco verweigert Verantwortung

Zu dem Urteilsspruch in Ecuador gegen Chevron-Texaco, nach dem der Konzern für massive Umweltschäden im Amazonasgebiet in Folge von Ölförderung sechs Milliarden Euro Schadenersatz zahlen muss, erklärt Ute Koczy, Sprecherin für Entwicklungspolitik:

Im jahrzehntelangen Streit um die Entschädigung für Öllastlasten im Amazonasgebiet von Ecuador ist die nächste Runde eingeläutet. Wir brauchen umgehend klare Regeln für die Entschädigung von Mensch und Natur, die von Ressourcenförderung geschädigt sind. Das Urteil ist mutig und verdient internationale Aufmerksamkeit und Unterstützung. Die im Raum stehende Summe von über sechs Milliarden Euro wird kaum ausreichen, um die entstandenen Schäden zu beseitigen. Es ist eine Schande, wenn Chevron-Texaco versucht, sich für „einen Appel und ein Ei“ frei zu kaufen. Jetzt wird das Urteil auch noch angefochten. Ölunternehmen dürfen sich nicht aus ihrer Verantwortung stehlen. Der Fall Chevron-Texaco steht beispielhaft für das gewissenlose Handeln rohstofffördernder Konzerne. Die Bundesregierung und die internationale Gemeinschaft haben da in der Vergangenheit zu wenig getan. Zu oft stehen Wirtschaftsinteressen vor dem Schutz von Mensch und Umwelt. Freiwillige soziale und ökologische Standards für die Förderung natürlicher Ressourcen reichen nicht aus.

Als Texaco seine Förderung in Ecuador im Jahr 1971 aufnahm, gab es keinerlei Kontrolle durch die Regierung. Dementsprechend verantwortungslos agierte der Ölkonzern. Katastrophale Förderbedingungen verwandelten Teile des Amazonas zu einer stinkenden, toxischen Kloake. Diese breitet sich seitdem schleichend weiter aus. Das ungehemmte Abfackeln des Gases verbreitete giftige Partikel in Luft und Boden. Mensch und Tier erkrankten und leiden seit Jahrzehnten. Dies wiegt besonders schwer, da die Ölförderung in der Nähe des Yasuní-Nationalparks stattfindet, dem laut jüngsten Forschungen Gebiet mit der größten Artenvielfalt in Südamerika. Erst 1991 führten Proteste endlich zum Rauswurf von Texaco aus Ecuador.

Die damalige korrupte Regierung akzeptierte die minimale Entschädigungszahlung des Konzerns und ließ neben der staats-eigenen Ölfirma noch andere Konzerne im Amazonas nach Öl bohren, die dem schlechten Beispiel von miserablen Standards nachfolgten. Doch Texaco ward nicht vergessen und im Oktober 2003 begann, angestrengt von 30.000 Angehörigen der indigenen Bevölkerung, endlich der Prozess gegen den Texaco, um reale Entschädigungen und Sanierungen einzuklagen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9.11.2010

EuGH stärkt Datenschutz der Empfänger von EU-Agrarbeihilfen Position der Unionsfraktion klar bestätigt

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat heute entschieden, dass die Empfänger von EU-Landwirtschaftsbeihilfen nicht länger veröffentlicht werden dürfen. Dazu erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser:

„Der EuGH hat mit seiner heutigen Entscheidung die von der Unionsfraktion zur EU-Transparenzinitiative von Anfang an vertretene Position klar bestätigt. Nach dem Urteil des EuGH ist bei der Nennung privater Personennamen der Datenschutz nicht ausreichend berücksichtigt worden. Dies ist ein klarer Erfolg für die Bauern in Deutschland. Die Unionsfraktion hat in der einseitigen Veröffentlichung der Empfänger von Direktzahlungen im Internet immer einen gravierenden Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz gesehen. Es ist bedauerlich, dass Bundesregierung und Bundesländer unserer vielfachen Aufforde-

www.prewest.de

Februar 2007 – Dezember 2010: 409 597 Zugriffe

rung nicht nachgekommen sind, die weitere Veröffentlichung der Daten im Internet bis zur Entscheidungen des EuGH aussetzen. Denn die Veröffentlichung von Agrarzahlen ist nach dem Luxemburger Urteil nur für die Zukunft, aber nicht rückwirkend angreifbar.“

Hintergrund: Die Veröffentlichung der EU-Direktzahlungen geht auf eine „Transparenzinitiative“ der Europäischen Union aus dem Jahr 2005 zurück. Danach sollen die Ausgaben der EU leichter überprüfbar sein und die EU-Organe für ihre Arbeit zur Rechenschaft gezogen werden können. Die entsprechende EU-Verordnung sieht vor, die Empfänger von Direktzahlungen sowie ländlicher Regionalbeihilfen mit Firma oder Namen, Ort und Postleitzahl ins Internet einzustellen. In Deutschland macht dies die Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE) auf einer gesonderten Internet-Seite. Sie ermöglicht eine gezielte Suche nach Namen, Postleitzahl oder nach der Höhe der Beihilfen. Das Verwaltungsgericht Wiesbaden hat gegen diese Praxis Bedenken vorgebracht und hat zwei Klagen dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt. Unter Hinweis auf die EU-Grundrechtecharta sowie auf die Europäische Menschenrechtskonvention betont der EuGH nun das Grundrecht auf „Achtung des Privatlebens“. Dies schließt auch den Datenschutz mit ein.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 29. 9. 2010

Union sichert wichtiges Instrument im Agrarhandel „Früchtepfandrecht“ wird nicht abgeschafft

Heute wird im Agrarausschuss des Bundestages ein Gesetz über die weitere Bereinigung von Bundesrecht verabschiedet. Die zunächst vorgesehene Aufhebung des Gesetzes zur Sicherung der Düngemittel- und Saatgutversorgung konnte verhindert werden. Dazu erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser:

„Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion orientiert sich in ihrer Politik an den wirtschaftlichen Realitäten. Dies zeigt sich einmal mehr darin, dass wir erfolgreich verhindern konnten, dass ein wichtiges Instrument des Agrarhandels unter dem Deckmantel der Rechtsbereinigung abgeschafft wurde. Das Gesetz zur Sicherung der Düngemittel- und Saatgutversorgung stammt zwar aus dem Jahr 1949, hat aber bis heute eine große Bedeutung in der Agrarwirtschaft.

Den Lieferanten von Saatgut und Düngemitteln wird ein Sonderpfandrecht am Erntegut der Bauern einräumt, das sogenannte „Früchtepfandrecht“. Dieses Pfandrecht ist besonders in Zeiten, in denen die Volatilität auf den Agrarmärkten zunimmt, ein einfaches und unbürokratisches Sicherungsmittel für den Landhandel bei der Versorgung der landwirtschaftlichen Betriebe mit Betriebsmitteln. Es wäre schlichtweg unsinnig gewesen, dieses Instrument abzuschaffen. Die Unionsfraktion im Bundestag hat dies im Sinne von Landwirten und Landhandel erfolgreich verhindert.“

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 11. 11. 2010

Anhoerung zum begünstigten Flaechenerwerb fuer Alteigentuemmer

Zum Zweiten Flaechenerwerbsaenderungsgesetz erklart der zustandige Berichterstatter der Arbeitsgruppe Haushalt der SPD-Bundestagsfraktion Rolf Schwanitz:

In kuerzester Zeit wollten die Regierungsparteien eine weitreichende Aenderung durch das Parlament bringen, deren Tragweite im Bundestag und in der Oeffentlichkeit bisher nicht diskutiert werden konnte. Der Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages hat gestern immerhin auf Antrag von SPD, Buendnis 90/Die Gruenen und Die Linke beschlossen, eine Anhoe-

rung zur geplanten Aenderung der bisherigen Regeln beim Flaechenerwerb durch Alteigentuemmer (2. Flaechenerwerbsaenderungsgesetz) durchzufuehren.

Zugunsten der Alteigentuemmer soll, nach dem Willen der CDU/CSU-FDP-Koalition, ein in den 90er Jahren hart erkaempfter Kompromiss beim Flaechenerwerb aufgehoben werden. Die nicht selbst bewirtschaftenden Alteigentuemmer sollen beim Flaechenerwerb gegenueber allen anderen Interessenten beguenstigt werden. Dies wirft viele juristische, strukturpolitische und fiskalische Fragen auf, die in der Anhoerung geklaert werden sollen.

Es besteht der Verdacht, dass diese Gesetzesaenderung nicht nur erhebliche finanzielle Risiken birgt, sondern den Osten auch massiv benachteiligt.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 7. 12. 2010

Union und FDP ignorieren Interessen der wirtschaftenden Landwirte

Zur heutigen Anhoerung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages zum Zweiten Flaechenerwerbsaenderungsgesetzes erklaren die zustandigen Berichterstatter der SPD-Bundestagsfraktion im Finanzausschuss Rolf Schwanitz und im Ausschuss fuer Ernaehrung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz Waltraud Wolff:

Die SPD-Bundestagsfraktion sieht sich durch die Anhoerung in ihrer Ablehnung des Zweiten Flaechenerwerbsaenderungsgesetzes bestaetigt. Das Risiko dieses Gesetzes ist zu gross: Den Landwirten in Ostdeutschland droht ein massiver Flaechenentzug, dem Bundeshaushalt unkalkulierbare Mindereinnahmen.

Der Entwurf der Koalition sieht vor, Alteigentuemern den Erwerb zum Preis von 2004 zu ermoeglichen. Gleichzeitig duerfen Ansprueche neu gestellt und an weit entfernte Verwandte abgetreten werden. Seit 2004 sind die Preise fuer Agrarland rasant gestiegen, damals lag der Preis bei 2.700 Euro, heute bei durchschnittlich rund 8.200 Euro je Hektar.

Der Landwirtschaftsminister Mecklenburg-Vorpommerns, Till Backhaus, bestaetigte die negativen Auswirkungen auf die ostdeutschen Landwirtschaftsbetriebe. Die Gesetzeaenderung macht den Landkauf von Alteigentuemern derart lukrativ, dass mit einem massiven Anstieg der Kaufantraege zu rechnen ist. Backhaus sieht einen neu geschuerten Interessenkonflikt zwischen den Landwirten vor Ort und den nicht selbst wirtschaftenden Alteigentuemern. Waehrend die Landwirte Marktpreise fuer Land zahlen muessen, koennen die Alteigentuemmer zu stark verbilligten Preisen kaufen. Die freiverkaeuflichen Flaechen wuerden weniger, die Marktpreise dadurch noch weiter steigen.

Offen bleibt die Frage, ob der Flaechenpool fuer alle Ansprueche ausreichen wird. Die ehemals staatlichen Flaechen werden fuer den Bund von der Bodenverwertungs- und -verwaltung GmbH (BVVG) verwaltet, im Flaechenpool sind noch 315.000 Hektar verkaufsaehige landwirtschaftliche Flaechen. Das kann bedeuten, dass weder fuer den Verkauf an bewirtschaftende Paechter noch fuer das nationale Naturerbe mit diesem Gesetz Flaechen uebrig waeren.

Zugunsten der Alteigentuemmer soll also, nach dem Willen der CDU/CSU-FDP-Koalition, ein in den 90er Jahren hart erkaempfter Kompromiss beim Flaechenerwerb aufgehoben werden. Die nicht selbst bewirtschaftenden Alteigentuemmer sollen beim Flaechenerwerb gegenueber allen anderen Interessenten beguenstigt werden. →

GuT

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

Genauso wie die Interessen der wirtschaftenden Betriebe werden auch die Grundlagen der damaligen Einigung ignoriert. Der Verfassungsrechtler Klaus Koepp hat in seiner schriftlichen Stellungnahme darauf hingewiesen, dass das Entschädigungs- und Ausgleichsleistungsgesetz keinen Anspruch auf eine bestimmte Flächengröße begründet. Es begründet lediglich einen den Anspruch auf einen Erwerb in Höhe eines ermittelten Wertes. Daher erwächst aus den steigenden Bodenpreisen keine Verpflichtung.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 15. 12. 2010

Alteigentümer-Klientelgesetz im Haushaltsausschuss beschlossen

Zu den heutigen Beratungen über das zweite Flächenerwerbsänderungsgesetz im Haushaltsausschuss erklärt der zuständige Berichterstatter der SPD-Bundestagsfraktion Rolf Schwanitz:

Das von der schwarz-gelben Koalition eingebrachte 2. Flächenerwerbsänderungsgesetz wurde heute im Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestags beschlossen. Alle Proteste aus den ländlichen Räumen der neuen Länder wurden von Schwarz-Gelb ignoriert. Für dieses Alteigentümer-Klientelgesetz stimmten im Ausschuss nicht nur die Koalition, sondern auch die Vertreter der Fraktion Bündnis90/Die Grünen. Mit diesem Gesetz werden die nicht in der ostdeutschen Landwirtschaft tätigen Alteigentümer massiv begünstigt. Sie erhalten über den Flächenerwerb faktisch eine Verdopplung ihrer Ausgleichsleistungen. Zugleich wird es zu einer Verknappung der Verkaufsflächen bei der BVVG kommen, bei der die ostdeutschen Landwirte hinten runter fallen werden.

Besonders enttäuschend ist das Verhalten der Grünen. Sie begründeten ihre Unterstützung dieses ostfeindlichen Gesetzes in einem Antrag damit, dass „der Prozess der Konzentration der landwirtschaftlichen Nutzfläche in immer größeren Betrieben und der Entstehung eines neuen Grossgrundbesitzes bisher ungekannten Ausmaßes in Ostdeutschland nicht weiter befördert wird“. Eine solche Diffamierung der ostdeutschen Agrarstrukturen habe ich bisher von noch keiner Fraktion gehört. Die Landwirtschaft im Osten muss diese unheilige Allianz von Schwarz-Gelb-Grünen als klare Kampfansage werten.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 72/2010 vom 3. 9. 2010

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde im Restitutionsverfahren Siedlung Gut Bollensdorf in Neuenhagen/Brandenburg

Nach dem Vermögensgesetz (VermG) haben Bürger und Vereinigungen, die in der NS-Zeit aus rassistischen, politischen, religiösen oder weltanschaulichen Gründen verfolgt wurden und deshalb ihr Vermögen verloren haben, einen Rückerstattungsanspruch. Ein verfolgungsbedingter Vermögensverlust wird nach § 1 Abs. 6 VermG vermutet, wenn die Voraussetzungen des Art. 3 der Rückerstattungsanordnung der Alliierten Kommandantur Berlin vom 26. Juli 1949 (REAO) vorliegen. Dafür genügt es, dass die Geschädigten einem Personenkreis angehörten, der in seiner Gesamtheit von der damaligen deutschen Regierung oder der NSDAP verfolgt wurde. Zu diesen kollektiv Verfolgten zählt das Bundesverwaltungsgericht nicht nur Juden im Sinne der nationalsozialistischen Rassengesetze, sondern auch die danach als „Mischlinge ersten Grades“ eingestufteten Personen, die von zwei „volljüdischen“ Großeltern abstammten. Nicht dazu gehören aber wie schon nach der Rechtsprechung der alliierten Rückerstattungsgerichte solche Personen, die nur einen „volljüdischen“ Großelternanteil hatten (sog. „Mischlinge zweiten Grades“).

Im Ausgangsverfahren hatten die Verwaltungsgerichte zu klären, ob der vormalige Grundstückseigentümer, der 1871 ge-

borene und 1952 gestorbene Friedrich J., dem Kreis der kollektiv Verfolgten angehörte. Dessen Großeltern mütterlicherseits waren keine Juden. Sein Großvater väterlicherseits war „Volljude“; die Religionszugehörigkeit seiner Großmutter väterlicherseits blieb vor 1945 ungeklärt. Friedrich J. erwarb 1932 das Gut Bollensdorf in Neuenhagen (Brandenburg) und veräußerte nach dessen Parzellierung bis Ende 1943 insgesamt etwa 800 Grundstücke, darunter auch im Jahre 1937 das hier in Rede stehende Grundstück.

Auf die Beschwerdeführerin sind nach dem Vermögensgesetz alle vermögensrechtlichen Ansprüche jüdischer Opfer der NS-Verfolgung übergegangen, welche von diesen oder ihren Rechtsnachfolgern nicht fristgerecht geltend gemacht wurden. Sie beanspruchte auf dieser Grundlage die Rückübertragung eines 1937 veräußerten und später geteilten Grundstücks auf sich, da es sich um einen verfolgungsbedingten Zwangsverkauf gehandelt habe. Das Bundesamt zur Regelung offener Vermögensfragen stellte fest, dass die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Herausgabe des Erlöses habe, den die Alteigentümer bei einem nach der Antragstellung erfolgten wirksamen Grundstücksverkauf erzielt hätten. Die dagegen gerichtete Klage wies das Verwaltungsgericht ab. Es ging davon aus, Friedrich J. sei aufgrund nach 1945 bekannt gewordener Erkenntnisse bezüglich seiner Großmutter väterlicherseits als „Mischling ersten Grades“ anzusehen. Dieses Urteil und den vorangegangenen Bescheid des Bundesamtes hob das Bundesverwaltungsgericht auf. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, für die Beurteilung, ob der Betroffene zu dem Personenkreis der NS-Kollektivverfolgten gehöre, könnten nur solche Tatsachen herangezogen werden, die bereits zur Zeit des Nationalsozialismus vorgelegen hätten. Danach lasse sich der Nachweis, dass Friedrich J. „Mischling ersten Grades“ gewesen sei, nicht führen. Nach den Unterlagen aus der NS-Zeit habe Friedrich J. selbst geglaubt, „Mischling zweiten Grades“ zu sein, zumindest aber sei er über seine wahre Abstammung hinsichtlich seiner Großmutter väterlicherseits im Unklaren gewesen. Überdies sei er von den Behörden bzw. der NSDAP nicht als Kollektivverfolgter („Jude“ oder „Mischling ersten Grades“) behandelt oder irgendwelchen relevanten Verfolgungsmaßnahmen ausgesetzt worden. Zumindest bis 1943 habe er seine Geschäfte unbehelligt fortsetzen können.

Die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die gegen dieses Urteil erhobene Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 18. 8. 2010 – 1 BvR 3268/07). Eine Verletzung von Verfahrensgrundrechten (Art. 103 Abs. 1 und Art 19 Abs. 4 GG) kann die Beschwerdeführerin nicht mit Erfolg geltend machen. Im Übrigen lässt sich nicht feststellen, dass das Bundesverwaltungsgericht mit seinem Urteil gegen das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Willkürverbot verstoßen hat. Seine Rechtsauffassung ist im Ergebnis sowohl gemessen am Wortlaut und Zweck der maßgeblichen Bestimmungen als auch unter Berücksichtigung der zum alliierten Rückerstattungsrecht entwickelten Grundsätze nicht schlechthin unvertretbar.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

Es ist nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die Anwendung und Auslegung des Vermögensrechts durch das oberste Fachgericht nach Art einer Superrevisionsinstanz zu überprüfen. Vielmehr beschränkt sich die verfassungsrechtliche Überprüfung eines Richterspruchs darauf, ob er objektiv willkürlich, d. h. unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht. Ein solcher Verstoß liegt hier nicht vor.

Das Bundesverwaltungsgericht hat seine Rechtsauffassung, für die Beurteilung, ob ein Betroffener dem Kreis der in der NS-Zeit kollektiv Verfolgten angehört habe, seien allein Erkenntnisse und Erkenntnismittel erheblich, die zur Zeit der Herrschaft des Nationalsozialismus zur Verfügung gestanden hätten, mit

dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 Buchstabe b REAO begründet. Weiter hat es seine Argumentation auf den Zweck der Wiedergutmachungsregelungen gestützt, nur solche Vermögensschädigungen auszugleichen, die auch tatsächlich Resultat einer Verfolgung in der NS-Zeit waren. Diese Argumentation ist nachvollziehbar, da der Anwendungsbereich der alliierten Rückerstattungsgesetze auf derartige „ungerechtfertigte Entziehungen“ beschränkt war. Vor diesem Hintergrund ist es nicht schlechterdings unvertretbar, solche Personen im Ergebnis nicht zum Kreis der kollektiv Verfolgten zu zählen, die trotz in der NS-Zeit bestehender Zweifel hinsichtlich ihrer Zugehörigkeit weder objektiv als Teil einer solchen kollektiv verfolgten Gruppe behandelt wurden, noch subjektiv davon ausgingen, einer derartigen Bevölkerungsgruppe anzugehören. Denn selbst wenn sich später die tatsächliche Zugehörigkeit des Betroffenen zu einer Gruppe kollektiv Verfolgter bestätigt, so ist es zumindest nicht unvertretbar anzunehmen, dieser sei im Zeitpunkt des Vermögensverlusts keiner kollektiv empfundenen äußeren oder inneren Zwangslage ausgesetzt gewesen, die angesichts der Wirklichkeit im nationalsozialistischen Unrechtsstaat pauschal die Vermutung einer unter dem Druck dieser Zwangslage erfolgten Weggabe eines Vermögenswerts zu rechtfertigen vermag.

Die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts bewegen sich auch nicht außerhalb der Grenzen, die durch die zum alliierten Rückerstattungsrecht entwickelten Grundsätze gezogen sind. Denn auch das für die amerikanische Besatzungszone zuständige Revisionsgericht in Rückerstattungssachen (Court of Restitution Appeals) stellte in einer 1950 ergangenen Entscheidung erkennbar darauf ab, ob der Alteigentümer gerade zum Zeitpunkt des Vermögensverlusts als Angehöriger der kollektiv verfolgten Personengruppe anzusehen war. Im Ergebnis der Bewertung des Bundesverwaltungsgerichts entsprechend kam es seinerzeit dem Court of Restitution Appeals darauf an, ob der Alteigentümer von den NS-Machthabern faktisch als Angehöriger einer kollektiv verfolgten Bevölkerungsgruppe behandelt wurde und sich deshalb objektiv einer Kollektivverfolgung ausgesetzt sah, oder ob er zumindest subjektiv tatsächlich davon ausging, einer kollektiv verfolgten Bevölkerungsgruppe anzugehören.

Die tatsächliche Würdigung des Bundesverwaltungsgerichts, Friedrich J. habe während der NS-Zeit nicht zum Kreis der kollektiv Verfolgten gezählt, ist der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich entzogen und bietet auch keine Anhaltspunkte für eine verfassungsrechtliche Beanstandung.

BVerfG-Pressmitteilung Nr. 82/2010 vom 23. 9. 2010

Normenkontrollantrag betreffend den Solidaritätszuschlag unzulässig

Nach der im Jahr 2007 geltenden Fassung des Solidaritätszuschlaggesetzes 1995 wird zur Einkommensteuer und zur Körperschaftsteuer ein Solidaritätszuschlag von 5,5 % der Bemessungsgrundlage als Ergänzungsabgabe erhoben. In seiner Entscheidung vom 9. Februar 1972 (BVerfGE 32, 333 ff.) hat das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich zur Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Ergänzungsabgaben Stellung genommen und u. a. entschieden, dass eine zeitliche Befristung nicht zum Wesen der Ergänzungsabgabe gehört. Der Kläger des Ausgangsverfahrens wandte sich mit seiner Sprungklage vor dem Niedersächsischen Finanzgericht gegen die Festsetzung des Solidaritätszuschlags für den Veranlagungszeitraum 2007 durch das Finanzamt. Das Finanzgericht hat dem Bundesverfassungsgericht im konkreten Normenkontrollverfahren die Frage vorgelegt, ob das Solidaritätszuschlaggesetz vom 23. Juni 1993 in der für das Streitjahr 2007 geltenden Fassung verfassungswidrig sei. Seine Auffassung von der Verfassungswidrigkeit des Gesetzes stützt das Finanzgericht im Wesentlichen darauf, dass die über mehr als ein Jahrzehnt andauernde Erhe-

bung des Solidaritätszuschlags mit der Vorstellung des Verfassungsgebers von der Ergänzungsabgabe als nachrangiges, zeitlich beschränktes Finanzierungsmittel nicht vereinbar sei.

Die 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat entschieden, dass die Vorlage unzulässig ist, weil sich das Niedersächsische Finanzgericht mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wesen der Ergänzungsabgabe nicht hinreichend auseinandergesetzt hat (Beschluss vom 8. 9. 2010 – 2 BvL 3/10).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

Ein Gericht kann die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Vorschrift nur einholen, wenn es zuvor selbst ihre Verfassungsmäßigkeit sorgfältig geprüft hat. Hierbei hat es insbesondere die Bindungswirkung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zu beachten und sich mit den ihnen zugrunde liegenden tragenden Erwägungen auseinanderzusetzen; hinsichtlich bereits entschiedener Rechtsfragen bestehen erhöhte Begründungsanforderungen.

Diesen Anforderungen wird die Vorlage nicht gerecht. Zwar hat sich das Bundesverfassungsgericht mit der Verfassungsmäßigkeit des Solidaritätszuschlaggesetzes 1995 inhaltlich noch nicht auseinandergesetzt. Es hat jedoch im Rahmen seiner grundsätzlichen Stellungnahme zu den Voraussetzungen einer verfassungsrechtlich zulässigen Ausgestaltung einer Ergänzungsabgabe entschieden, dass es von Verfassungs wegen nicht geboten ist, eine solche Abgabe von vornherein zu befristen oder sie nur für einen ganz kurzen Zeitraum zu erheben.

Das Finanzgericht lässt wesentliche Gesichtspunkte in der Begründung dieser Entscheidung außer acht: Es vertritt die Ansicht, dass eine Finanzlücke allein durch auf Dauer angelegte Steuererhöhungen, nicht aber durch die Fortführung einer Ergänzungsabgabe geschlossen werden dürfe. Dabei lässt es die Erwägung unberücksichtigt, dass sich - wie bei den Beratungen zum Finanzverfassungsgesetz auch bedacht - aus der Verteilung der Aufgaben zwischen Bund und Ländern auch für längere Zeit ein Mehrbedarf - allein - des Bundes ergeben kann und dass die Deckung eines solchen Mehrbedarfs durch eine Erhöhung der - auch den Ländern zustehenden - Einkommen- und Körperschaftsteuer die Steuerpflichtigen unnötig belasten und konjunkturpolitisch unerwünscht sein kann, wenn eine Erhöhung der steuerlichen Gesamtbelastung vom Standpunkt der Länder nicht erforderlich ist. Das Finanzgericht hat in seinem Vorlagebeschluss selbst festgestellt, dass mit dem Beitritt der einstigen DDR im Jahr 1990 ein großer, auf viele Jahre nicht absehbarer Finanzbedarf für den Bundeshaushalt eingetreten ist. Gleichwohl setzt es sich nicht mit der Frage auseinander, wieweit eine Erhöhung der Einkommen- und Körperschaftsteuer mit Blick auf die Beteiligung der Länder am Steueraufkommen gegenüber der Erhebung des Solidaritätszuschlags zur Deckung des ausschließlichen Mehrbedarfs des Bundes als eine vertretbare Alternative anzusehen sein könnte.

Des Weiteren übersieht das Finanzgericht, dass während des Gesetzgebungsverfahrens zum Finanzverfassungsgesetz keine ernsthaften Versuche angestellt wurden, eine Befristung der Ergänzungsabgabe einzuführen, obwohl der Bundesrat, um die Begrenzung der Ergänzungsabgabe der Höhe nach zu erreichen, den Vermittlungsausschuss angerufen hatte.

Auch die These des Finanzgerichts, angesichts der in den letzten Jahren immer wieder erfolgten Steuerermäßigungen hätte der Solidaritätszuschlag entfallen müssen, entbehrt einer verfassungsrechtlich relevanten Begründung. Das Finanzgericht hat nicht berücksichtigt, dass - zur Sanierung der öffentlichen Haushalte - mit der Senkung der Steuersätze eine Verbreiterung der Bemessungsgrundlage verbunden war, die zu zahlreichen sachlichen und betragsmäßigen Einschränkungen des Betriebsausgaben- und Werbungskostenabzugs und somit zu einer Erhöhung der Steuerlast führte.



Deutscher Mietgerichtstag 2011

Kongreßzentrum Westfalenhallen Goldsaal, Rheinlanddamm 200, Dortmund

Energetische Modernisierung des Wohnungsbestandes

Freitag, 8. April 2011

- 9.30 Begrüßung
- 9.45 **Klimaschutz und Energieversorgung**
Festvortrag: Jochen Flasbarth, Präsident des Umweltbundesamtes, Dessau
- 10.45 Kaffeepause
- 11.00 **Energetische Beschaffenheit als Kriterium der ortsüblichen Vergleichsmiete**
Referent: RiLG a.D. Hubert Blank, Mannheim
- 11.45 **Energieeinsparung als Modernisierungsmaßnahme insbesondere durch Einsatz erneuerbarer Energien**
Referent: VorsRiLG Dr. Werner Hinz, Itzehoe
Anschließend Diskussion
- 13.00 gemeinsames Mittagessen
- 14.30 **Arbeitskreise**
- 1. Zugang zur Revision**
Einführung von RABGH Prof. Dr. Volkert Vorwerk, Karlsruhe; Leitung: RiBGH Dr. Karin Milger, Karlsruhe
- 2. Fälligkeit der Miete und Zahlungsverkehr**
Einführung von PD Dr. Carsten Herresthal, Regensburg; Leitung: Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld
- 3. Rechtsfolgen bei Ausführung von Baumaßnahmen ohne Duldungspflicht des Mieters**
Einführung von RA Dr. Arnold Lehmann-Richter, Berlin; Leitung: RiAG Ulf Börstinghaus, Dortmund
- 4. Vereinbarung und Änderung von Umlagevereinbarungen im Betriebskostenrecht**
Einführung von RiAG Dr. Olaf Riecke, Hamburg; Leitung: VorsRiLG a.D. Dr. Hans Langenberg, Hamburg
- 16.00 Kaffeepause
- 16.30 **Arbeitskreise**
- 5. Mietermehrheiten**
Einführung von VorsRiLG Elmar Streyll, Krefeld; Leitung: RiBGH a.D. Hans-Jörg Kraemer, Bretten
- 6. Wertsicherungsklauseln in der Gewerberaumiete**
Einführung von RA Dr. Michael Schultz, Berlin; Leitung: RA Jürgen Fritz, Düsseldorf
- 7. Einfluss des Verbraucherinsolvenzverfahrens auf das Mietverhältnis**
Einführung von VizPräsAG Dr. Beate Flatow, Kiel; Leitung: Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen
- 8. Gibt es sichere Quotenabgeltungsklauseln?**
Einführung von Prof. Dr. Hubert Schmidt, Trier; Leitung: RA Norbert Eisenschmid, Berlin
- 19.00 gemeinsames Abendessen

Samstag, 9. April 2011

- 9.00 **Die Kosten der Unterkunft nach SGB II und XII**
Referent: Dr. Franz-Georg Rips, Erfstadt
- 9.45 **Die Bedeutung technischer Normen, des Stands der Technik und des verkehrsüblichen Zustands bei der Vermietung von Wohn- und Geschäftsräumen**
Referentin: Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg
Diskussion
- 10.45 Kaffeepause
- 11.15 **Vermieter und Mieter als Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen**
Referent: Prof. Dr. Markus Stoffels, Osnabrück
- 12.00 **Stand der Mietrechtsnovellierung**

nichtöffentlicher Teil

ca. 13.30 Mitgliederversammlung des Deutschen Mietgerichtstages e.V.

Tagungsbeitrag: 170,- € für Mitglieder des Deutschen Mietgerichtstages e.V., sonst 250,- €;
inkl. Kaffeepausen sowie Mittag- und Abendessen am 8. 4. 2011.

Anmeldung: Online unter www.mietgerichtstag.de oder schriftlich an Deutscher Mietgerichtstag e.V.,
Postfach 02 10 41, 10121 Berlin; Fax 030/2232346. Anmeldung von Nichtmitgliedern
erst ab 1. 3. 2011 möglich.

Hotel: Im Parkhotel, Strobelallee 41, 44139 Dortmund, steht ein Zimmerkontingent zum Abruf bereit.
Stichwort „Mietgerichtstag“. Telefon 02 31 / 12 04-230, Fax 02 31 / 12 04-555.

DStV-Pressemitteilung vom 23. 9. 2010

Solidaritätszuschlag ist verfassungsgemäß – jetzt ist die Regierung gefordert!

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 8. September 2010 (Az. 2 BvL 3/10) den Solidaritätszuschlag für verfassungsgemäß erklärt und die Vorlage des Niedersächsischen Finanzgerichts als unzulässig verworfen.

Dabei haben sich die Karlsruher Richter ausdrücklich gegen die Überlegungen ausgesprochen, dass der Solidaritätszuschlag als eine sogenannte Ergänzungsabgabe lediglich zeitlich befristet erhoben werden darf.

Die Entscheidung der Verfassungsrichter kommt nicht völlig überraschend, denn bereits im Jahre 2008 hat das Gericht eine Verfassungsbeschwerde gegen den Solidaritätszuschlag für einen anderen Veranlagungszeitraum abgelehnt. Der Deutsche Steuerberaterverband e.V. (DStV) hatte seine Mitglieder daher bereits im Vorfeld der Karlsruher Entscheidung auf die nicht allzu großen Erfolgsaussichten der verfassungsrechtlichen Überprüfung dieser „Zusatzsteuer“ hingewiesen.

Der heute veröffentlichte Beschluss macht wieder einmal deutlich, dass nicht jede politisch zweifelhafte Entscheidung zugleich gegen das Grundgesetz verstößt. Dennoch sollten die Parlamentarier die Entscheidung zum Anlass nehmen, 20 Jahre nach der Deutschen Einheit über die Berichtigung des Solidaritätszuschlages nachzudenken.

Der DStV spricht sich zudem nachdrücklich gegen eine Zersplitterung des deutschen Steuerrechts durch Beibehaltung oder gar Einführung weiterer Ergänzungsabgaben aus, wie teilweise unter dem Stichwort „Bildungs-Soli“ diskutiert wird. Das ausgewogene grundgesetzliche Finanzsystem darf hierdurch nicht unterlaufen werden. Unabhängig davon dienen Steuern der Deckung des allgemeinen Haushaltsbedarfs und sind gerade nicht zur Finanzierung konkreter Ausgaben bestimmt.

StGB NRW-Pressemitteilung vom 7. 2. 2011

Kommunen gegen überhöhte Beteiligung an Kosten der Deutschen Einheit

91 Städte und Gemeinden haben heute Kommunalverfassungsbeschwerde beim Verfassungsgerichtshof NRW in Münster eingelegt. Die Klage richtet sich gegen das Gesetz zur Abrechnung der Lasten der Deutschen Einheit mit den Kommunen, das Anfang 2010 mit den Stimmen der damaligen Mehrheitsfraktionen vom Landtag verabschiedet wurde.

„Wir wehren uns gegen die überhöhte Beteiligung der Kommunen an den Kosten der Deutschen Einheit. Die Kommunen in NRW fordern eine nachvollziehbare und inhaltlich überzeugende Abrechnung der einheitsbedingten Lasten“, erklärten der Geschäftsführer des Städtetages NRW, Dr. Stephan Articus, der Hauptgeschäftsführer des Landkreistages NRW, Dr. Martin Klein, und der Hauptgeschäftsführer des Städte- und Gemeindebundes NRW, Dr. Bernd Jürgen Schneider.

Obwohl das Land mittlerweile sogar Zahlungen aus dem Länderfinanzausgleich erhält (im Jahr 2010 mehr als 350 Millionen Euro), unterstellt es im Einheitslastenabrechnungsgesetz statt dessen Belastungen in Höhe von etwa 800 Millionen Euro jährlich, die es bis zum Jahr 2019 fortschreibt. Die Beteiligung der Kommunen an diesen fingierten Lasten würde bis zum Ende des Solidarpakts zu kommunalen Überzahlungen in einer Gesamthöhe von rund 2 Milliarden Euro führen, so die kommunalen Spitzenverbände.

„Angesichts der ohnehin schon desolaten Lage der Kommunalfinanzen ist diese Berechnung absolut inakzeptabel und führt alle Bemühungen zur Konsolidierung der kommunalen Haushalte ad absurdum“, so die Hauptgeschäftsführer weiter. Die Verfassungsbeschwerde werde daher von weiteren 142 Städten und Gemeinden finanziell und ideell unterstützt. Auch die Kreise haben ihre Solidarität erklärt.

„Wir begrüßen, dass die neue Landesregierung eine Stundung der Abrechnung der Einheitslasten bis zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs angekündigt hat. Ein Methodenwechsel zu Lasten der Kommunen – zwanzig Jahre nach Herstellung der Deutschen Einheit – widerspricht geltendem Recht und ist ‚Politik nach Kassenlage‘“, sagten die Hauptgeschäftsführer der kommunalen Spitzenverbände.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 120/2010 vom 29. 12. 2010

Abschaffung der Arbeitslosenhilfe zum 1. Januar 2005 verfassungsgemäß

Die Arbeitslosenhilfe war eine aus Steuermitteln finanzierte Entgeltersatzleistung bei Arbeitslosigkeit, die von der Bundesagentur für Arbeit im Auftrag des Bundes erbracht wurde. Neben weiteren Tatbestandsvoraussetzungen setzte die Gewährung von Arbeitslosenhilfe dem Grunde nach die Bedürftigkeit des Antragstellers voraus, während sich ihre Höhe nicht am Bedarf des Empfängers, sondern an dessen letztem Arbeitsentgelt orientierte, und sich auf einen bestimmten Prozentsatz eines pauschalierten Nettoarbeitsentgelts belief. Die Arbeitslosenhilfe wurde in Zeitabschnitten bewilligt; vor jeder erneuten Bewilligung waren sämtliche Leistungsvoraussetzungen des Anspruchs erneut zu prüfen. Nach § 428 Abs. 1 Satz 1, § 198 Satz 2 Nr. 3 SGB III bestand ferner die Möglichkeit, Arbeitslosenhilfe unter erleichterten Voraussetzungen in Anspruch zu nehmen: Auch solche Arbeitnehmer hatten Anspruch auf Arbeitslosenhilfe, die das 58. Lebensjahr vollendet hatten und die Regelvoraussetzungen des Anspruchs allein deshalb nicht erfüllten, weil sie nicht arbeitsbereit waren und nicht alle Möglichkeiten nutzen oder nutzen wollten, um ihre Beschäftigungslosigkeit zu beenden. Davon ging die Praxis aus, wenn der Arbeitslose gegenüber der Bundesagentur für Arbeit eine entsprechende Erklärung abgab.

Durch das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 wurden die Regelungen der Arbeitslosenhilfe dahin geändert, dass diese nur noch bis zum 31. Dezember 2004 bewilligt werden durfte; diese Änderung trat am 1. Januar 2004 in Kraft. Zudem wurde die Arbeitslosenhilfe ab dem 1. Januar 2005 vollständig aus dem Leistungskatalog der Arbeitsförderung gestrichen. An ihre Stelle ist das Arbeitslosengeld II nach den Vorschriften des SGB II - Grundsicherung für Arbeitsuchende - getreten, dessen Berechnung sich nicht mehr an dem früheren Einkommen des Hilfebefürhtigen, sondern grundsätzlich an dessen Bedarf orientiert.

Der 1946 geborene Beschwerdeführer bezog Arbeitslosenhilfe. Im Juni 2004 gab er eine Erklärung im Sinne von § 428 Abs. 1 Satz 1 SGB III ab und bezog sodann weiter Arbeitslosenhilfe bis zum Jahresende. Seinen Antrag auf Gewährung von Arbeitslosengeld II ab Januar 2005 lehnte der Leistungsträger mit der Begründung ab, das anzurechnende monatliche Einkommen übersteige den ermittelten Gesamtbedarf des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau. Die Klage des Beschwerdeführers auf Weiterzahlung der Arbeitslosenhilfe blieb vor den Sozialgerichten ohne Erfolg. Der Beschwerdeführer sieht sich durch die angegriffenen Entscheidungen und durch die Abschaffung der Arbeitslosenhilfe in seinem Grundrecht auf Eigentum verletzt und rügt ferner einen Verstoß gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes.

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers, soweit sie zulässig war, als unbegründet zurückgewiesen (Beschluss vom 7. 12. 2010 – 1 BvR 2628/07). Die Abschaffung der Arbeitslosenhilfe ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

1. Die Abschaffung der Arbeitslosenhilfe verletzt den Beschwerdeführer nicht in seinem Grundrecht auf Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG), da der gesetzliche Anspruch auf Arbeitslosenhilfe kein Eigentum im Sinne dieses Grundrechts ist. Dies gilt

auch für die Gewährung von Arbeitslosenhilfe unter den erleichterten Voraussetzungen des § 428 Abs. 1 Satz 1 SGB III. Sozialrechtliche Ansprüche genießen nur dann grundrechtlichen Eigentumsschutz, wenn es sich um vermögenswerte Rechtspositionen handelt, die der Existenzsicherung dienen und auf nicht unerheblichen Eigenleistungen ihres Inhabers beruhen.

Letzteres trifft auf den gesetzlichen Anspruch auf Arbeitslosenhilfe nicht zu. Es bestand kein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Beiträgen zur Arbeitslosenversicherung und den Aufwendungen für die Arbeitslosenhilfe. Die Beitragseinnahmen dienten allein der Finanzierung des Arbeitslosengeldes, nicht aber der Arbeitslosenhilfe, die im Auftrag des Bundes immer aus Steuermitteln erbracht wurde. Die Arbeitslosenhilfe war finanzrechtlich auch nicht als eine aus Beiträgen und Steuern mischfinanzierte Einheit konzipiert. Die grundlegenden Unterschiede zwischen dem Arbeitslosengeld und der Arbeitslosenhilfe schließen auch die Annahme aus, dass beide Leistungen in einem einheitlichen Gesamtanspruch verbunden waren. Während das Arbeitslosengeld eine zeitlich begrenzte Versicherungsleistung war, traf dies auf die grundsätzlich zeitlich unbefristet geleistete Arbeitslosenhilfe nicht zu, die zudem - anders als das Arbeitslosengeld - nur bei Bedürftigkeit unter Berücksichtigung des Vermögens gewährt wurde. Die Arbeitslosenhilfe war eine sozialpolitisch motivierte Leistung, die ohne Bezug auf die Beitragsleistung des Versicherten und nicht als modifizierte Fortsetzung des Arbeitslosengeldes geleistet wurde.

2. Die Abschaffung der Arbeitslosenhilfe verstößt nicht gegen das Vertrauensschutzprinzip, weil sie keine Rückwirkung entfaltete und der Beschwerdeführer auch nicht aus anderen Gründen vor einer Änderung der Rechtslage geschützt war.

Eine echte Rückwirkung, bei der ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewinkelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift oder seine zeitliche Anwendung auf einen Zeitpunkt vor der Gesetzesverkündung festlegt, liegt nicht vor. Denn sowohl die Befristung der Neu- oder Weiterbewilligung der Arbeitslosenhilfe bis zum 31. Dezember 2004 als auch ihre Abschaffung zum 1. Januar 2005 wirkten sich lediglich auf zukünftige Bewilligungsabschnitte aus.

Auch eine sog. unechte Rückwirkung, die vorliegt, wenn ein Gesetz auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet, ist nicht gegeben. Die Arbeitslosenhilfe wurde nur abschnittsweise und nur nach einer Neuprüfung der Anspruchsvoraussetzungen bewilligt. Ein Recht, das durch den Vertrauensschutzgrundsatz gegen seine nachträgliche Entwertung hätte geschützt werden können, entstand daher frühestens mit der jeweiligen Neu- oder Weiterbewilligung der Arbeitslosenhilfe und bezog sich nur auf die Zeit bis zum Ablauf des jeweiligen Bewilligungsabschnitts.

Das allgemeine Vertrauen des Bürgers in den Fortbestand einer Rechtslage und seine danach erwartete zukünftige Leistungsberechtigung ist keine verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition. Auch die Abgabe einer Erklärung nach § 428 Abs. 1 Satz 1 SGB III erweist sich nicht als Disposition des Arbeitslosen, die schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand des Anspruchs begründen konnte. Zudem bestand für den Beschwerdeführer von vornherein keine Grundlage für die Bildung schutzwürdigen Vertrauens mit dem Inhalt, dass Arbeitslosenhilfe über den 31. Dezember 2004 hinaus gewährt würde, weil die Befristung der Arbeitslosenhilfe bis zum 31. Dezember und ihr Wegfall ab dem 1. Januar 2005 bereits gesetzlich festgelegt waren, bevor er seine Erklärung nach § 428 Abs. 1 Satz 1 SGB III abgegeben hatte.

**Unsere Anzeigenpreisliste
im Internet: www.prewest.de
oder gmailt: info@prewest.de**

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 89/2010 vom 30. 9. 2010

Zeitliche Beschränkung der staatlichen Förderung von Strom aus solarer Strahlungsenergie auf ehemaligen Ackerflächen nicht verfassungswidrig

Das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz - EEG) enthält die Verpflichtung der Netzbetreiber, Strom aus Erneuerbaren Energien abzunehmen und in bestimmter Höhe zu vergüten. Durch dieses System wird die Erzeugung von Strom aus Solarstromanlagen von Seiten des Staates gefördert. Die Vergütung für Strom aus solarer Strahlungsenergie ist in § 32 EEG geregelt. Nach der bis zum 30. Juni 2010 geltenden Fassung bestand für Strom aus Solarstromanlagen auf früheren Ackerflächen eine Vergütungspflicht, wenn die Anlage vor dem 1. Januar 2015 errichtet worden war und sich auf Grünflächen befand, die zur Errichtung dieser Anlage im Bebauungsplan ausgewiesen waren. Zugunsten der Nutzung von Ackerflächen zur Nahrungs- und Futtermittelproduktion wurde diese Förderung durch das Erste Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 11. August 2010 zeitlich beschränkt. Die Neufassung des § 32 EEG sieht eine Vergütungspflicht für Strom aus solarer Strahlungsenergie auf früheren Ackerflächen nur noch vor, wenn diese Flächen zur Errichtung einer solchen Anlage in einem vor dem 25. März 2010 beschlossenen Bebauungsplan ausgewiesen sind und die Anlage vor dem 1. Januar 2011 in Betrieb genommen wurde.

Die Antragstellerin ist ein im Bereich der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie tätiges Unternehmen. Mit ihrem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Aussetzung des Vollzugs der Neufassung des § 32 EEG macht sie geltend, diese verstoße gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes in Verbindung mit ihrem Grundrecht auf Berufsfreiheit bzw. allgemeine Handlungsfreiheit. Infolge der Gesetzesänderung könnten 24 von ihr begonnene Projekte für Solarparks auf früheren Ackerflächen nicht abgeschlossen werden, weil die Übergangsfristen nicht eingehalten werden könnten.

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat den Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, weil eine von der Antragstellerin noch zu erhebende Verfassungsbeschwerde auf der Grundlage ihres bisherigen Vorbringens offensichtlich unbegründet wäre (Beschluss vom 23. 9. 2010 – 1 BvQ 28/10).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

Der mit der Neuregelung einhergehende Eingriff in die Berufs- oder allgemeine Handlungsfreiheit der Antragstellerin verstößt nicht gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes.

Dies gilt selbst dann, wenn die Neufassung des § 32 EEG für die Antragstellerin im Hinblick auf von ihr auf ehemaligen, aber bis zum 25. März 2010 noch nicht durch Bebauungsplan dafür ausgewiesenen Ackerflächen geplante Anlagen unechte Rückwirkung entfalten würde. Eine unechte Rückwirkung liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet. Die Grenzen ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit sind erst überschritten, wenn sie zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen. Die allgemeine Erwartung des Bürgers, das geltende Recht werde unverändert fortbestehen, ist verfassungsrechtlich nicht geschützt.

Der verfassungsrechtlich gewährleistete Vertrauensschutz steht der von der Antragstellerin beanstandeten Neuregelung nicht entgegen. Denn die Investitionen in Projekte auf ehemaligen Ackerflächen, für die zum 25. März 2010 noch nicht die bauplanungsrechtlichen Grundlagen geschaffen worden waren, beruhten auf einer ungesicherten Vertrauensgrundlage, da der Beschluss über die Aufstellung bzw. Änderung des Bebauungsplans noch ausstand.

Die Förderung durch die Vergütungspflicht hing schon nach der bisherigen Regelung von der Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans ab. Erst der Beschluss über den Bebauungsplan bot eine verlässliche Grundlage für Investitionen und infolgedessen für berechtigtes Vertrauen. Maßstab bei der Aufstellung und Änderung eines Bebauungsplans sind die städtebauliche Entwicklung und Ordnung, nicht die Interessen Einzelner an der baulichen Nutzbarkeit von Grundstücken. Es besteht daher kein Anspruch auf die Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans. Dieser wird von der Gemeinde unter Abwägung der öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander beschlossen, was dazu führen kann, dass ein Bebauungsplan für ein von einem Investor ins Auge gefasstes Vorhaben gerade auch angesichts vorrangiger naturschutzrechtlicher oder landwirtschaftlicher Belange nicht aufgestellt wird.

Die Neuregelung trifft somit potentielle Investoren in einer unter Vertrauensschutzgesichtspunkten ohnehin ungesicherten Situation. Die nunmehr eingeführte Befristung, die sich am Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Bebauungsplan ausrichtet, belastet den Betroffenen nicht unangemessen und dient dem legitimen gesetzgeberischen Ziel, den künftigen Verbrauch von Freiflächen für Photovoltaikanlagen zum Schutz von Natur und Landschaft und zugunsten der Nahrungs- und Futtermittelproduktion effektiv zu begrenzen. Die Wahl des 25. März 2010 als Stichtag stellt einen von Verfassungen wegen nicht zu beanstandenden Kompromiss des Gesetzgebers zwischen der Berücksichtigung berechtigter Vertrauensschutzerwartungen von der Befristung Betroffenen einerseits und dem legitimen Ziel, im Hinblick auf das Auslaufen der Altregelung zu erwartende Mitnahmeeffekte zu vermeiden, auf der anderen Seite dar.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9. 2. 2011

Kostengünstige Verbrauchsausweise sollen künftig für alle Hauseigentümer nutzbar werden Wir wollen eine vollständige Wahlfreiheit zwischen Verbrauchs- und Bedarfsausweisen

Mit der vom Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung durchgeführten Evaluierung von Energieausweisen für Gebäude wurden überraschende Ergebnisse vorgelegt. Dazu erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Verkehr, Bau und Stadtentwicklung der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Dirk Fischer und der zuständige Berichterstatter Volkmar Vogel:

„Es gilt, die Diskriminierung kostengünstiger Verbrauchsausweise gegenüber Bedarfsausweisen abzuschaffen. Die geltende Regelung für kleinere Gebäude ist laut Gutachten unnötig und nicht relevant. Wir wollen eine vollständige Wahlfreiheit zwischen Verbrauchs- und Bedarfsausweisen.“

Eigentümern von Wohngebäuden mit bis zu vier Wohnungen darf nicht länger die Pflicht zu teuren Bedarfsausweisen auferlegt werden. Das eingesparte Geld kann besser für Investitionen in die Energieeffizienz genutzt werden. So kommt man den Klimazielen näher als mit überflüssiger Bürokratie.

Die Baupolitiker der Koalitionsfraktionen haben nun das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung gebeten, zügig Konsequenzen aus der Evaluierung zu ziehen. Das Regelwerk für Energieausweise in der Energieeinsparverordnung soll entsprechend geändert werden.“

Hintergrund: Hauseigentümer sind seit 2007 verpflichtet, Kauf- oder Mietinteressenten den Energieausweis des jeweiligen Gebäudes vorzulegen. Damals wurde entschieden, dass für kleinere Gebäude mit bis zu vier Wohnungen der wesentlich teurere Bedarfsausweis vorzulegen ist. Verbrauchsausweisen wurde - insbesondere auch von der Deutschen Energiesparagentur - eine zu hohe Ungenauigkeit unterstellt. Die Evaluierung hat nun ergeben, dass die Energieausweise, die auf der Grundlage des gemessenen Energieverbrauchs erstellt wurden, we-



DESWOS

Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V.

Innere Kanalstr. 69, 50823 Köln, www.deswos.de

Die DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V. ist eine Organisation der Entwicklungshilfe mit Projekten in Asien, Afrika und Lateinamerika. Wir fördern die Traditionen der Selbsthilfe, der guten Nachbarschaft und des gemeinsamen Arbeitens.

Wir planen, finanzieren und bauen Häuser und Siedlungen, Straßen und Brunnen, Kindergärten, Schulen und Gesundheitsstationen. Wir helfen, dass Menschen aus eigener Kraft sicher wohnen, sich selbst versorgen und Einkommen zum Überleben schaffen können.

Projekt Indien Grundschule für Devadanapatti

Emanzipatorischer Schulunterricht für Dalit-Kinder in Devadanapatti, Tamil Nadu

„Die staatliche Schule quält unsere Kinder, die wenigen Schüler, die den weiten Weg zur Schule auf sich nehmen, werden von ihren Mitschülern diskriminiert und von den Lehrern schikaniert“, beklagt Herr M.S. Abdaheer, der Direktor vom SAWED TRUST. „Dies geschieht allein, weil sie Adivasi oder Dalits sind, Ureinwohner oder so genannte Unberührbare.“ Für die DESWOS und ihre indische Partnerorganisation SAWED TRUST ist klar: Diskriminierung lässt sich nicht allein per Gesetz abschaffen. Aber Bewusstsein lässt sich verändern, indem wir die Kinder schon bei ihrer Einschulung stärken - durch eine eigene Schule mit sensiblen Lehrern, die die Kinder für die staatliche Schule ertüchtigen. Gemeinsam fördern die DESWOS und SAWED TRUST den Bau eines Schulgebäudes für etwa 400 Adivasi- und Dalit-Grundschul Kinder.

Die Adivasi sind die Nachfahren der Ureinwohner Indiens, die sich meist in kleine Siedlungen in unzugänglichen Bergregionen zurückgezogen haben. Sie gelten als randständig, trotz eigener Sprache und lange überlieferter Kultur und gesellschaftlicher Organisation. Auch die Dalits sind in ländlichen Regionen in besondere Siedlungen verdrängt. Als „Unberührbare“ können sie nicht in den Hauptdörfern siedeln. So bleibt den beiden Gruppen der Zugang zu staatlichen Einrichtungen, wie auch der Schule, mit allerlei Tricks verwehrt.

In den Wäldern der Panimalai- und Sirumalai-Berge in Tamil Nadu leben die Dalits und Tribals mit ihren Familien in sehr entlegenen Dörfern, geradezu versteckt in den weitläufigen Waldgebieten. Den Behörden sind die Menschen so gleichgültig, dass sie ihnen jede Infrastruktur versagen. Es gibt keine Straßen und befestigte Dorfwege, weder Zugang zu sauberem Wasser noch Strom. Es gibt hier keine staatlichen Versorgungsläden mit den subventionierten Preisen und in den kleinen Dörfern erst recht keine Schulen. Die Familien sind im Zwiespalt: Sie leben in so verarmten Verhältnissen, dass sie ihre Kinder lieber bei der Hausarbeit oder auf dem Feld sehen als in einer staatlichen Schule, die ihren Kindern sozialen Stress bereitet. Die neue Grundschule wird deshalb das Bildungsvorhaben gemeinsam mit den Eltern angehen.

Wie sieht die Förderung aus?

- Die DESWOS baut mit SAWED ein Schulgebäude von 790 m² mit sechs Klassenräumen und vier kleineren Räumen für Schulleiter, Lehrer und Lernmaterial. Der Schulbesuch ist frei, die Uniformen werden gestellt.
- Der Unterricht erfolgt durch Lehrer, denen die Benachteiligung der Adivasi und Dalits sehr bewusst ist und die deshalb die Kinder kompensatorisch fördern und selbstbewusster machen.
- Der Unterricht wird zuerst in lokalen Sprachen gehalten, danach erst in der Amtssprache Tamilisch. Mädchen werden dabei besonders gefördert.

Verschaffen Sie den Adivasi- und Dalit-Kindern Zugang zu einer emanzipatorischen Schulbildung und damit zu mehr Selbstbewusstsein und Gleichberechtigung. Bitte spenden Sie für den Bau der Grundschule Devadanapatti! Herzlichen Dank.

DESWOS

**Konto 660 22 21 / Sparkasse KölnBonn (BLZ: 370 501 98)
Spendenstichwort: Grundschule Devadanapatti**

sentlich genauer sind als Bedarfsausweise. Bei Bedarfsausweisen lag die Fehlerquote bei 71 Prozent, bei Verbrauchsausweisen bei 34 Prozent.

BGH-Pressemitteilung Nr. 28/2011 vom 10. 2. 2011

Klagen gegen Flughäfen Frankfurt-Hahn und Lübeck wegen Beihilfen an Ryanair müssen neu verhandelt werden

Fluggesellschaften können aus unerlaubter Handlung und Wettbewerbsrecht gegen Flughäfen vorgehen, die Konkurrenten Beihilfen gewähren. Das hat der u. a. für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschieden (Urteil vom 10. 2. 2011 – I ZR 213/08 – Flughafen Lübeck; Urteil vom 10. 2. 2011 – I ZR 136/09 – Flughafen Frankfurt-Hahn).

Im Fall I ZR 136/09 wendet sich die Lufthansa gegen Konditionen, die der Flughafen Frankfurt-Hahn der Fluggesellschaft Ryanair eingeräumt hat, und die sie für unzulässige staatliche Beihilfen hält. Aufgrund der Beteiligungsverhältnisse ist der Flughafen ein öffentliches Unternehmen, so dass in Betracht kommt, dem Staat das Handeln des Flughafens zuzurechnen. Die Lufthansa verlangt Auskunft über die Ryanair gewährten Vorteile und Unterlassung, Ryanair „Marketing Support“ oder sonstige Zuschüsse zu gewähren.

Landgericht [Bad Kreuznach] und Berufungsgericht [OLG Koblenz] haben die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat angenommen, es bestehe keine Grundlage für Ansprüche der Klägerin gegen den Flughafen. Insbesondere komme Art. 88 Abs. 3 S. 3 EGV (jetzt Art. 108 Abs. 3 S. 3 AEUV), nach dem die Mitgliedstaaten ohne Genehmigung der Kommission keine Beihilfemaßnahmen durchführen dürfen, nicht als Anspruchsgrundlage in Betracht. Ob der Flughafen tatsächlich Beihilfen an Ryanair gewährt habe, bedürfe deshalb keiner Entscheidung.

Der Bundesgerichtshof hat das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben. Es kommt in Betracht, dass die Ansprüche der Lufthansa auf deliktsrechtlicher Grundlage (§ 823 Abs. 2 BGB) begründet sind. Das beihilferechtliche Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV ist ein Schutzgesetz, das auch im Interesse der Konkurrenten des Beihilfeempfängers besteht. Darüber hinaus ist es auch eine Marktverhaltensregelung i. S. des § 4 Nr. 11 UWG, so dass Verstöße gegen das Verbot wegen Rechtsbruchs unlauter sein können. Wer gegen das Durchführungsverbot verstößt, kann daher delikts- und wettbewerbsrechtlich auf Unterlassung, Auskunft, Beseitigung der Beeinträchtigung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Der wettbewerbsrechtliche Anspruch verjährt allerdings grundsätzlich in sechs Monaten (§ 11 UWG), während für den Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB die Regelverjährungsfrist von drei Jahren gilt.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union begründet das Durchführungsverbot Rechte der Einzelnen, die von den nationalen Gerichten zu beachten sind. Das Verbot hat gerade die Funktion, die Interessen derjenigen zu schützen, die von der Wettbewerbsverzerrung infolge der Beihilfe betroffen sind.

Gewährt ein staatlicher Flughafen unter Verstoß gegen das Durchführungsverbot einer Fluggesellschaft Beihilfen, so können daher deren Konkurrenten von dem Flughafen verlangen, die Beihilfe zurückzufordern.

Das Berufungsgericht hat nunmehr zu prüfen, ob die Ryanair eingeräumten Konditionen staatliche Beihilfen sind, die der Kommission anzumelden waren. Dabei wird es insbesondere darauf ankommen, ob die entsprechenden Handlungen des Flughafens dem Staat zurechenbar sind, ob andere Fluggesellschaften dieselben Konditionen wie Ryanair erhalten konnten und ob sich der Flughafen wie ein privater Eigentümer verhalten hat. Sollte das Berufungsgericht Beihilfen feststellen, darf es nicht darüber entscheiden, ob sie genehmigt werden können. Diese Beurteilung obliegt allein der Kommission. Die Kommission

hat zwar bereits ein Beihilfeprüfverfahren eingeleitet. Das Verfahren vor dem Berufungsgericht ist aber nicht auszusetzen, bis die Kommission eine Entscheidung getroffen hat.

Im Parallelfall hat Air Berlin wegen Beihilfen zugunsten von Ryanair gegen den Flughafen Lübeck geklagt.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 21. 10. 2010

EU-Parlament stärkt den Mittelstand Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug verabschiedet

Das EU-Parlament hat gestern mit deutlicher Mehrheit die Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug verabschiedet. Dazu erklärt der stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Dr. Günter Krings:

„Dies ist eine gute Nachricht für alle kleinen und mittelständischen Unternehmen. Sie werden von einer solchen schärferen Zahlungsregelung profitieren. Deutschland erholt sich gerade sehr erfolgreich von der Krise und die Wirtschaft wächst. Deshalb brauchen die Unternehmen Kapital, das sie investieren können und sind daher auch in besonderem Maße auf die fristgemäße Begleichung ihrer Rechnungen angewiesen. Es ist nicht länger hinzunehmen, dass Behörden oder Großunternehmen ihre Zahlungen immer weiter hinauszögern und sich so auf Kosten Mittelstands Zins- und Liquiditätsvorteile verschaffen. Die EU-Richtlinie wird nun im EU-Ministerrat behandelt. Wenn sie diese Hürde passiert hat, müssen wir sie zügig in unser deutsches Recht umsetzen.“

Hintergrund: Bislang wird im deutschen Recht bei Zahlungsverzug lediglich ein so genannter Verzugsschaden in Form von Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz fällig. Durch die Richtlinie wird der gesetzliche Verzugszinssatz auf 8 Prozentpunkte über dem Referenzzinssatz der Europäischen Zentralbank angehoben. Außerdem kann automatisch eine Beitreibungspauschale in Höhe von 40 € verlangt werden. Durch diese Verschärfungen soll die Liquidität der kleinen und mittelständischen Unternehmen um 180 Mrd. € ansteigen.

DStV-Pressemitteilung vom 27. 1. 2011

Körperschaftsteuerliche Sanierungsklausel vor dem Aus!

Die EU-Kommission hat am 26. Januar 2011 die Entscheidung bekannt gegeben, dass nach ihrer Ansicht die sog. „Sanierungsklausel“ im deutschen Körperschaftsteuerrecht gegen das europäische Beihilfeverbot verstößt. Die Finanzverwaltung ist daher verpflichtet, die aufgrund der Regelung nicht erhobenen Steuern nun von den betroffenen Unternehmen nachzufordern. Dies könnte die Übernahmeentscheidung von zahlreichen Investoren nachträglich wirtschaftlich entwerten und den Wirtschaftsstandort Deutschland nachhaltig schädigen, da ein vorhersehbares steuerliches Umfeld eine der Grundvoraussetzungen ist. Gerade hier steht Deutschland jedoch schon seit Jahren in der Kritik.

Durch die nun mit dem europäischen Recht für unvereinbar erklärte Norm sollte in der Finanzkrise die Übernahme von wirtschaftlich angeschlagenen Unternehmen erleichtert werden. Hierzu wurde - abweichend eines seit 2008 geltenden Grundsatzes des Körperschaftsteuerrechts - unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen, dass die Verluste der erworbenen Gesellschaft uneingeschränkt bestehen bleiben, auch wenn 25 % oder mehr der Gesellschaftsanteile verkauft werden. Durch diese Ausnahme sollten Investoren angelockt werden, um so auch Arbeitsplätze in Deutschland zu sichern.

Diese neue Grundregel zur Behandlung von Verlusten bei einem Gesellschafterwechsel steht in Fachkreisen seit Inkrafttreten in der Kritik. Insbesondere das Leistungsfähigkeitsprinzip als tragende Säule des deutschen Steuerrechts, das eine unbe-

schränkte Verrechnung von Verlusten erfordert, wurde bei Erlass der Norm bewusst außer Acht gelassen. Dies rächt sich nun, da die Kommission als Referenzrahmen gerade nicht diese Leitidee heranzieht, nach der eine Rechtfertigung der jetzt gekippten Regel denkbar gewesen wäre. Vielmehr stellt die Kommission zum Vergleich darauf ab, dass bei wirtschaftlich gesunden Unternehmen ein qualifizierter Gesellschafterwechsel zu einem (anteiligen) Verlustuntergang führt. Hieran konnte auch eine Nachbesserung des Gesetzgebers durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz nichts mehr ändern.

Die jetzt getroffene Entscheidung macht ferner deutlich, dass nationale Steuernormen künftig noch stärker einer europarechtlichen Kontrolle unterliegen. Mit Spannung muss man die Begründung der Kommission zu ihrer Entscheidung abwarten. Die bisher bekannte Argumentation lässt jedoch befürchten, dass weitere nationale Regelungen wie beispielsweise der teilweise Steuererlass in Sanierungsfällen im Wege einer Billigkeitsregelung der Finanzbehörden neu bewertet werden müssen.

Allerdings steht der Bundesrepublik noch die Überprüfung der Kommissionsentscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Union offen; ob sich das Finanzministerium hierzu entschließen kann, ist derzeit offen.

FDP-Bundestagsfraktion Presseinformation vom 8. 2. 2011

Grünes Mittelstandskonzept ist eine Mogelpackung

Zu dem so genannten Mittelstandskonzept der Grünen erklärt der finanzpolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Volker Wissing:

Das so genannte Mittelstandskonzept der Grünen ist eine Mogelpackung. Es kann nicht über deren mittelstandsfeindliche Politik hinwegtäuschen. Auf der einen Seite werden dem Mittelstand Entlastungen in Aussicht gestellt, welche auf der anderen schon längst durch zusätzliche, von den Grünen geplante Belastungen konterkariert sind. Die von den Grünen geplante Anhebung des Spitzensteuersatzes sowie die Einführung einer Vermögenssteuer führen gerade für kleine und mittelständische Unternehmen zu milliardenschweren Mehrbelastungen. Daran ändert auch grüne Symbolpolitik à la Mittelstandskonzept nichts.

Eine Schwalbe macht noch keinen Sommer und ein Mittelstandskonzept aus den Grünen keine mittelstandsfreundliche Partei.

Hinw. d. Red.: Die Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen hat am 14. 1. 2011 das Autorenpapier „Die grüne Vermögensabgabe“ veröffentlicht. Zuvor hatte man ein im Ergebnis 116 Seiten starkes DIW-Gutachten „Aufkommens- und Verteilungswirkungen einer grünen Vermögensabgabe“ beauftragt. Über www.gruene-bundestag.de sind die Unterlagen zu lesen/herunterzuladen. In einer Übergangszeit können die Dateien über info@prewest.de bei der Redaktion GuT abgerufen werden.

FDP-Bundestagsfraktion Presseinformation vom 7. 2. 2011

SPD ohne Maske – Strafen statt Anreize für Ärzte

Zu den Forderungen der SPD, Ärzte mit hohen Geldstrafen zu belegen, wenn sie Kassenpatienten lange auf Termine warten lassen, erklärt die stellvertretende Vorsitzende und gesundheitspolitische Sprecherin der FDP-Bundestagsfraktion Ulrike Flach:

Die SPD lässt den Knüppel aus dem Sack und offenbart ihr Bild der Ärzteschaft. Mit Strafen bis zu 25.000 Euro und dem Entzug der Zulassung sollen Ärzte belegt werden, die Kassenpatienten lange auf einen Termin warten lassen. Vielmehr sollen gesetzlich Versicherte vorrangig behandelt werden. Statt auf medizinische Notwendigkeit wird auf den Status des Versi-

cherten abgestellt. Die SPD zeigt damit, dass sie Ärzte nur als Abzocker sieht, die mit der staatlichen Knute auf Linie gebracht werden sollen.

Zudem bedeutet die Forderung der SPD enormen Druck auf die Ärzte, die, um den Strafen zu entgehen, ihren Patienten weniger Zeit widmen können. Das ist Fließbandmedizin und Durchschleusen von Menschen statt Zeit für sorgfältige Untersuchungen und Gespräche.

Die FDP-Bundestagsfraktion setzt auf Anreize, statt auf Strafen. Modelle, bei denen Kassen bei der Terminfindung beim Facharzt behilflich sind, gibt es bereits.

Ich bin froh, dass die SPD endlich unmaskiert auftritt und der Ärzteschaft deutlich macht, was von einer SPD in Bund und Ländern zu erwarten ist. Die Ärzte haben sehr bald die Möglichkeit, selbst zu wählen, ob sie Anreizmodelle oder den sozialdemokratischen Knüppel wollen.

BGH-Pressmitteilung Nr. 29/2011 vom 11. 2. 2011

BGH zur Zulässigkeit von Werbeanrufen Double-Opt-In-Verfahren

Die strengen Anforderungen, die das deutsche Recht an die Zulässigkeit von Werbeanrufen bei Verbrauchern stellt, sind mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar. Das hat der u. a. für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschieden (Urteil vom 10. 2. 2011 – I ZR 164/09 – Telefonaktion II).

Die AOK Plus, die Allgemeine Ortskrankenkasse für Sachsen und Thüringen, hatte sich im Jahr 2003 gegenüber der Verbraucherzentrale Sachsen verpflichtet, es zu unterlassen, Verbraucher ohne deren Einverständnis zu Werbezwecken anzufragen. Ferner hatte sie sich verpflichtet, für jeden Verstoß eine Vertragsstrafe von 5.000 € zu zahlen. Im September 2008 erhielten zwei Verbraucher Werbeanrufe von einem Call-Center, das von der AOK Plus beauftragt worden war. Die Verbraucherzentrale hat die AOK Plus daraufhin auf Zahlung von 10.000 € in Anspruch genommen.

Die beklagte AOK hat behauptet, die Einwilligung der Angerufenen im sog. Double-Opt-In-Verfahren erhalten zu haben: Die Verbraucher hätten an Online-Gewinnspielen teilgenommen, dort ihre Telefonnummer angegeben und durch Markieren eines Feldes ihr Einverständnis auch mit Telefonwerbung erklärt. Daraufhin sei ihnen eine E-Mail mit dem Hinweis auf die Einschreibung für das Gewinnspiel (sog. „Check-Mail“) an die angegebene E-Mail-Adresse übersandt worden, die sie durch Anklicken eines darin enthaltenen Links bestätigt hätten.

Die Klage der Verbraucherzentrale war vor dem Landgericht [Dresden] und dem OLG Dresden erfolgreich.

Der Bundesgerichtshof hat die Revision der Beklagten zurückgewiesen. Das deutsche Recht geht zwar damit, dass es unaufgeforderte Werbeanrufe stets als unzumutbare Belästigung und damit als unlauter einstuft, über die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken der Europäischen Union hinaus. Aufgrund einer in der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation enthaltenen Öffnungsklausel ist der deutsche Gesetzgeber aber berechtigt, Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern generell von deren vorherigem ausdrücklichen Einverständnis abhängig zu machen (sog. „opt in“).

Im Streitfall hatte - so der BGH - die beklagte AOK das Einverständnis der angerufenen Verbraucher nicht nachgewiesen. Für diesen Nachweis kommt insbesondere der Ausdruck einer E-Mail des angerufenen Verbrauchers in Betracht, in der er sich ausdrücklich mit der Werbung einverstanden erklärt. Die Speicherung der entsprechenden E-Mail ist dem Werbenden ohne weiteres möglich und zumutbar. Diesen Nachweis hat die beklagte AOK nicht geführt, sondern sich nur allgemein auf die Einhaltung des Double-Opt-In-Verfahrens berufen.

Dieses elektronisch durchgeführte Double-Opt-In-Verfahren ist von vornherein ungeeignet, um ein Einverständnis von Verbrauchern mit Werbeanrufern zu belegen. Zwar kann bei Vorlage der dabei angeforderten elektronischen Bestätigung angenommen werden, dass der - die Einwilligung in Werbeanrufe enthaltende - Teilnahmeantrag für das Online-Gewinnspiel tatsächlich von der angegebenen E-Mail-Adresse stammt. Damit ist aber nicht sichergestellt, dass es sich bei der angegebenen Telefonnummer tatsächlich um den Anschluss des Absenders der Bestätigungs-E-Mail handelt. Es kann zahlreiche Gründe für die versehentliche oder vorsätzliche Eintragung einer falschen Telefonnummer geben. Das Gesetz verlangt aber zwingend, dass der konkret angerufene Teilnehmer vor dem Werbeanruf ausdrücklich sein Einverständnis erklärt hat.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 10. 2. 2011

Der Pakt, den es gar nicht gibt

Anlaesslich der Weigerung des Bundeskanzleramtes, dem Bundestag den „Pakt fuer Wettbewerbsfaehigkeit“ zur Verfuegung zu stellen, erklart der europapolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Michael Roth:

Bundeskanzlerin Merkel stellt Rechte des Bundestages in Frage. Ganz Europa spricht ueber einen Pakt, den es offenkundig aber gar nicht gibt. Zumindest, wenn man dem Bundeskanzleramt Glauben schenken darf. Der von Bundeskanzlerin Angela Merkel initiierte und vom franzoesischen Praesidenten Sarkozy unterstuetzte „Pakt fuer Wettbewerbsfaehigkeit“ wurde bis heute nicht dem Deutschen Bundestag zugestellt. Das Kanzleramt begruetet dies damit, dass es ein zwischen den Ressorts abgestimmtes, schriftlich fixiertes Dokument nicht gibt.

Wenn es kein Konzept eines Paktes gibt, was haben dann Kanzlerin Merkel und Praesident Sarkozy am vergangenen Freitag in Bruessel den Staatschefs vorgestellt? Eine nicht ausgereifte, nicht abgestimmte, aber dennoch offensichtlich sehr konkrete Idee mit sechs Forderungen, ueber die mittlerweile ganz Europa spricht. Das Konzept war offensichtlich soweit gediehen, dass es auf dem Gipfel vorgestellt werden konnte - aber noch immer kann es dem Deutschen Bundestag nicht vorgelegt werden?

Dies ist nicht nur eine Brueskierung aller Parlamentarier, sondern ein Bruch aller gesetzlichen Vereinbarungen zwischen Bun-

desregierung und Bundestag, sollte es denn ein Papier geben, das an Vertreter europaeischer Regierungen oder auch EU-Institutionen weitergeleitet worden ist. Es stellt den beschaemen den Versuch der Volksverdummung dar zu behaupten, dass das, was auf einem Europaeischen Gipfel, in allen Mitgliedstaaten und im Europaeischen Parlament Gegenstand kontroverser Debatten ist, gar nicht existiert. Ausweislich der Verlautbarungen wurde auch juengst auf dem Treffen des „Weimarer Dreiecks“ darueber beraten. Wir fragen Frau Merkel, auf welcher Grundlage denn diskutiert wurde? Dies alles ist keine Petitesse. Es geht um eine zentrale europapolitische Fragestellung, die insbesondere die Rolle des Bundestages beruehrt.

Offenkundig hat Frau Merkel vergessen, was uns das Bundesverfassungsgericht aufgetragen hat. Die demokratische Legitimation europaeischen Handelns muss stets durch den Deutschen Bundestag gesichert werden. Und das setzt eine fruehestmoegliche und umfassende Unterrichtung durch die Bundesregierung voraus. Die Bundeskanzlerin ist dazu wohl weder bereit noch in der Lage. Die SPD-Bundestagsfraktion wird das nicht hinnehmen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 15. 2. 2011

Neues Kapitel in den deutsch-französischen Beziehungen Gemeinsame Erklärungen erarbeitet

Der Geschäftsführende Vorstand der CDU/CSU-Bundestagsfraktion ist am Dienstag in Paris mit der Fraktion der regierenden UMP zu ersten gemeinsamen Konsultationen auf dieser Ebene zusammengekommen. Zu dem Treffen erklärt der Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Volker Kauder:

„Mit unserem Treffen haben die Fraktionen von CDU/CSU und UMP ein neues Kapitel in den deutsch-französischen Beziehungen aufgeschlagen. Es ist der Beginn einer noch engeren Kooperation zwischen den Abgeordneten unserer nationalen Parlamente. Wir danken unseren Kollegen von der UMP, dass sie in den nächsten Jahren mit uns gemeinsam daran arbeiten wollen, den nationalen Parlamenten in Europa ein stärkeres Gewicht zu geben. Dieses Treffen war nur der Auftakt zu weiteren Begegnungen. Europa steht in den nächsten Monaten vor entscheidenden Weichenstellungen. Die Fraktionen wollen daran mitwirken.“

In unseren Gesprächen haben wir ein hohes Maß an Übereinstimmung erzielt. So sind wir uns einig, dass es eine engere

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 301345, Tel. 0228 / 476378, Fax 0228 / 470954. www.prewest.de; info@prewest.de

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 5/2009.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Neusser Straße 6, 41542 Dormagen. Tel. 02133 / 70208, 0151 / 58832838; Fax 02133 / 220429, ISDN 02133 / 220432. www.kluth-dtp.de; kontakt@kluth-dtp.de

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153, 41462 Neuss. Tel. 02131 / 12474-0; Fax 02131 / 12474-20. www.koch-druckerei.de; kontakt@koch-druckerei.de

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Preise (unverbindlich empfohlen): Einzelheft 16,00 €, Doppelheft 25,00 €, jew. inkl. 7% MwSt. zzgl. Porto. Jahresabonnement (Neuabonnements) ab 1. 1. 2008: 159,43 € einschl. 9,- € Versand und 10,43 € MwSt, zahlbar zu Beginn des Abonnementszeitraumes. Auslandsabonnement: 174,80 € (inkl. Versand und ggf. MwSt). Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige 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.

Abstimmung der Wirtschafts- und Sozialpolitik in Europa geben muss. Nur so werden wir es schaffen, die Wettbewerbsfähigkeit Europas in der Welt auch in Zukunft zu erhalten. Die gemeinsame Initiative von Bundeskanzlerin Angela Merkel und Frankreichs Staatspräsident Nicolas Sarkozy geht nach der Überzeugung beider Fraktionen in die richtige Richtung. Wir sind uns einig, dass etwa das Renteneintrittsalter in Europa angenähert werden muss. Auch die Schuldenpolitik muss begrenzt werden.

Wichtig war auch ein weiterer Punkt: Wir sind uns darin einig, dass Europa zu seinen Werten stehen muss und diese Werte auch in Zukunft die Grundlage der EU sein müssen. Europa beruht auf der christlich-abendländischen Tradition. Die Aufklärung, die von Frankreich ausgegangen ist, hat dieser Tradition eine neue Prägung gegeben.

Die Fraktionen waren sich einig, dass sich Europa für die Gewährleistung der Religionsfreiheit in der Welt einsetzen muss. Die Glaubensfreiheit muss aber auch innerhalb Europas ohne Abstriche gelten. Solange die Türkei hier keine Fortschritte macht, ist sie von einem EU-Beitritt nach der gemeinsamen Überzeugung von CDU/CSU und UMP weit entfernt.“

Hintergrund: Auf den gemeinsamen Sitzungen haben sich die Fraktionen von CDU/CSU und UMP in vier Bereichen gemeinsame Positionen formuliert. So wurden zur Frage nach den Grenzen für das Internet und zur Gleichstellung von Männern und Frauen abgestimmte Papiere verabschiedet. Im Bereich Internet ging es um die Bekämpfung von Kinderpornographie sowie den Schutz persönlicher Informationen. Bei der Gleichstellung von Männern und Frauen wurden Möglichkeiten für die bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie, die Erhöhung der Aufstiegschancen von Frauen und die Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen erörtert. Darüber hinaus ist über die Zukunft der Pflege gesprochen worden.

Gemeinsame Erklärungen wurden auch zur Annäherung des Westbalkans an die EU und zur Verteidigung der Religionsfreiheit erarbeitet.

Die Papiere sind auf der Homepage der CDU/CSU-Bundestagsfraktion abrufbar unter:

„Gleichstellung von Frauen und Männern 2011“

„Heranführung der Staaten des Westlichen Balkans an die EU – Wer beiträgt, muss beitragen“

„Religionsfreiheit weltweit durchsetzen – Handlungsbedarf für eine Europäische Außenpolitik“

„Souveränität und Verantwortung des Bürgers in der digitalen Gesellschaft“

An den Sitzungen nahmen zeitweise auch Mitglieder der französischen Regierung wie Ministerpräsident François Fillon teil. Zum Auftakt des Aufenthalts hatte der französische Staatspräsident Nicolas Sarkozy den Geschäftsführenden Vorstand am Montag im Elysée-Palast empfangen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 14.12.2010

**Gabriels Äußerung ist der Gipfel der Geschmacklosigkeit
Hohn, Spott und vor allem Neid – das scheint bei Gabriel
der Grund seiner prolligen Bemerkung zu sein – sind
absolut fehl am Platze**

Anlässlich der Aussage von SPD-Chef Sigmar Gabriel zum Afghanistan-Besuch von Verteidigungsminister Karl-Theodor zu Guttenberg mit seiner Frau Stephanie zu Guttenberg kritisiert die Vorsitzende der Gruppe der Frauen, Rita Pawelski, scharf die Äußerung des SPD-Chefs:

„Herr Gabriel muss sich bei den deutschen Truppen und deren Familien für die Unterstellung und das Klischee, dass sich die Soldaten so fern der Heimat und ihrer Familien mehr über einen Besuch von Frau Katzenberger gefreut hätten, entschul-

digen. Eine derart verachtende Äußerung ist der Gipfel der Geschmacklosigkeit und zeigt, was für ein Bild der SPD-Vorsitzende von Soldaten hat. Glaubt er wirklich, dass sie „scharf“ darauf sind, lieber mit einem „Pin-up-Girl“ zu reden als mit der Frau eines Ministers. Frau zu Guttenberg begleitet ihren Mann, um den Truppen zu danken und zu zeigen, dass hinter dem Einsatz mehr als eine politische Entscheidung steht. Dass ein Familienmitglied des Verteidigungsministers sich so kurz vor Weihnachten in ein Krisengebiet begibt, um den Soldaten einen persönlichen Dank zu überbringen, verlangt Respekt. Allem, was den jungen Frauen und Männern in Afghanistan ein Gefühl von Anerkennung gibt, gebührt Unterstützung und Achtung. Hohn, Spott und vor allem Neid - das scheint bei Gabriel der Grund seiner prolligen Bemerkung zu sein - sind absolut fehl am Platze.“

Hintergrund: Verteidigungsminister Karl-Theodor zu Guttenberg (CSU) hat gemeinsam mit seiner Ehefrau Stephanie in den vergangenen Tagen die deutschen Truppen in Afghanistan besucht. Mit dem Besuch des Verteidigungsministers in Begleitung seiner Frau, sollte nach eigenen Angaben ein Zeichen der Verbundenheit mit den Soldaten gesetzt werden. Der Minister ist bereits zum siebten Mal seit seinem Amtsantritt im Herbst 2009 am Hindukusch. Die Guttenbergs wurden von den Ministerpräsidenten Niedersachsens und Sachsen-Anhalts, David McAllister und Wolfgang Böhmer begleitet.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 17.2.2011

**Der gefährliche Autoritätsverlust
des Freiherrn zu Guttenberg**

Zu den Auswirkungen der gegen Karl-Theodor zu Guttenberg erhobenen Plagiatsvorwürfe im Zusammenhang mit seiner Doktorarbeit auf seine Amtsführung als Verteidigungsminister erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Gernot Erler:

Die Vorwürfe wiegen schwer und dürften kaum zu entkräften sein. In jedem Fall werden sie den Minister die kommenden Wochen beschäftigen, wenn wahrscheinlich immer neue Details über das Erstellen seiner Doktorarbeit ans Licht kommen.

Die Frage, ob Herr zu Guttenberg seinen akademischen Titel zu Recht führt oder nicht, muss zuerst die Universität beantworten, die ihm diesen Titel verliehen hat. Auch sie hat einen Ruf zu bewahren beziehungsweise zu verlieren.

Viel entscheidender ist jedoch die Frage, ob der Minister noch die notwendige Kraft, Konzentration und Autorität besitzt, seine Amtsgeschäfte ordentlich auszuführen und die anstehenden Herausforderungen „zum Wohle des deutschen Volkes“ - so verlangt es der Amtseid - zu bewältigen. Daran sind Zweifel angebracht, denn die Liste der Aufgaben ist lang und anspruchsvoll. Und Blaupausen, die der Minister einfach übernehmen könnte, stehen in diesem Fall - im Gegensatz zu seiner Dissertation - nicht zur Verfügung.

Einige Beispiele: Afghanistan: Deutschland und die internationale Gemeinschaft stehen vor einem entscheidenden Jahr. Die Übergabe der Sicherheitsverantwortung muss auch im deutschen Verantwortungsbereich in Kürze beginnen, um den eingeschlagenen und international beschlossenen Zeitplan einhalten zu können. In diesem Jahr werden die Weichen gestellt, ob Afghanistan ab 2014 in der Lage sein wird, selbst für seine Sicherheit zu sorgen. Hier ist ein Minister gefordert, der sich voll und ganz dieser immensen Herausforderung widmen kann.

Ungeklärte Todesfälle: Nach wie vor sind die Todesfälle auf der Gorch Fock und in Afghanistan kurz vor Weihnachten nicht vollständig aufgeklärt. Immer wieder gelangen einzelne, zum Teil auch unrichtige Details an die Öffentlichkeit. Minister zu Guttenberg ist gefordert, die Aufklärung endlich in

GuT

G 58438

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH,
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

seine eigenen Haende zu nehmen, um immer neue Spekulationen, die sich um den Tod der jungen Rekruten rangen, zu beenden.

Umsetzung der Bundeswehrreform: Die Bundeswehr steht vor ihrer groessten Reform seit ihrer Gruendung. Die Umstellung von einer Wehrpflichtarmee zu einer Freiwilligenarmee erledigt man nicht nebenbei. Schon jetzt zeigt sich, dass die angestrebten Freiwilligenzahlen nicht erreicht werden. Hier besteht dringender Handlungsbedarf, und wieder ist ein Minister gefordert, der sich dieser Aufgabe annimmt, um die Reform nicht bereits scheitern zu lassen, bevor sie richtig begonnen hat.

Ungeklarte Finanzierung: Nach wie vor gilt, dass die Bundeswehr bis 2014 ueber acht Milliarden Euro an Einsparungen zu erbringen hat. Wie dies gelingen soll - darauf bleibt zu Guttenberg bislang jede Antwort schuldig. Stattdessen laesst er seinen Generalinspekteur verkuenden, diese Einsparungen seien „nicht darstellbar“, und fordert vorsorglich schon mal eine Aufstockung seines Etats. Dabei hat er aber die Rechnung ohne den Finanzminister gemacht, der zu Recht darauf besteht, dass die vom Kabinett - also auch von zu Guttenberg - beschlossenen Vorgaben nach wie vor Gueltigkeit beanspruchen.

Zugegeben, es handelt sich um einen regelrechten Berg aufgetuermter Aufgaben, der seinem Bezwingen viel abverlangt und volle Handlungsfahigkeit voraussetzt. Die Bundesregierung leistet sich jedoch an der Spitze des Hauses einen Minister, der sich gerade im Dickicht des deutschen Promotionsrechts verheddert und sich dabei immer tiefer in Selbstverteidigungsgefechte verwickelt. Er laeuft dabei Gefahr, den notwendigen Ueberblick und seine bislang reichlich zur Schau gestellte Contenance zu verlieren.

Doch viel schlimmer duerfte sein, dass eine gefaehrliche Erosion seiner Amtsautoritaet begonnen hat, die sich fortsetzen wird und die zwangslaeufig die Frage aufwirft, wann der Zeitpunkt gekommen ist, an dem sich die Bundeskanzlerin fragen muss, wie lange sie dieser Entwicklung noch tatenlos zusehen kann. Denn ein Verteidigungsminister mit angeschlagener Autoritaet wird keine der genannten Aufgaben erfolgreich bewaeltigen koennen - dann zum Schaden unseres Landes.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 18.11.2010

Forderung Zoellners an Dreistigkeit nicht zu toppen Wer wie das Land Berlin staendig auf Kosten Dritter lebt, sollte der Letzte sein, der nach dem Verursacherprinzip ruft

Berlins Wissenschaftssenator Juergen Zoellner (SPD) hat gefordert, dass der Bund die Studienplaetze finanzieren solle, die nach Aussetzung der Wehrpflicht zusaetzlich benoetigt wuerden. Hierzu erklaren der bildungspolitische Sprecher der

CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Albert Rupprecht, und der zustaendige Berichterstatter, Tankred Schipanski:

„Wer wie das Land Berlin staendig auf Kosten Dritter lebt, sollte der Letzte sein, der nach dem Verursacherprinzip ruft. Wenn Berlins Wissenschaftssenator Juergen Zoellner „erwartet“, dass der Bund „nach dem Verursacherprinzip“ die Kosten der Studienplaetze fuer die nun nicht mehr Wehrpflichtigen uebernimmt, dann erwarten wir, dass das Land Berlin demnaechst auch „nach dem Verursacherprinzip“ fuer die Kosten der Nachqualifizierung der jungen Menschen aufkommt, die ohne Ausbildungsreife Berlins Schulen verlassen. Die Kosten, die Bund und Beitragszahlern hierdurch entstehen, uebersteigen die Kosten fuer die wenigen hundert zusaetzlichen Studienplaetze, die Berlin nun voruebergehend einzurichten hat, jedenfalls um ein Vielfaches.“

Hintergrund: Berlin ist mit knapp drei Milliarden Euro pro Jahr der groesste Transferempfaenger im Laenderfinanzausgleich. Durch die Aussetzung der Wehrpflicht werden demnaechst bundesweit etwa 60.000 junge Menschen ihr Studium frueher beginnen koennen, etwa 24.000 davon schon 2011. Die Quote der Schulabgaenger ohne Abschluss ist in Berlin mit 10,7 Prozent fast doppelt so hoch wie in Bayern (5,9) und Baden-Wuerttemberg (5,6).

Die Einbanddecke GuT-Jahrgaenge 2008–2009
Preis: 15,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt

Die drei Einbanddecken
2001–2003, 2004–2005, 2006–2007
Paketpreis: 40,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt
Einzelpreis je 15,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt

Die vier Einbanddecken
2001–2003, 2004–2005, 2006–2007, 2008–2009
Paketpreis: 50,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7% MwSt
Lieferung solange vorraetig.

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



Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn