Gewerbemiete Und Teileigentum

1-2/11

11. Jahrgang
Heft 57
Januar/Februar 2011
S. 1–122
Erscheinungsort Bonn

Beiträge

O. Riecke: Umlageschlüssel im Betriebskostenrecht
W. E. Joachim: Sonder- bzw. Spezialimmobilien

Wirtschaft und Verbände

Chr. Wulff: Waldkulturerbe
A. Merkel: 125 Jahre Dt. Landwirtschaftsgesellschaft
I. Aigner: Agrarpolitischer Bericht 2011
D. Bahr: Ehec-Ausbruch in Deutschland
R. Dahlke: EHEC – die neue Bedrohung?

Gewerbemiete

Fraport AG; Grundrechtsbindung (BVerfG)
Carsharing (BGH)
Preisgleitklausel (LG Augsburg / OLG München)
Abänderung der Beheizungspflicht (OLG Bamberg)
Maklerprovision (OLG Koblenz)
Goodwill freiberuflicher Praxis (BGH)
Fischereirecht (BGH)
Waldgenossenschaft (BGH)
Jagdrecht (BGH)
Landpacht (BGH)

Teileigentum

Wohnungsvermietung an Feriengäste (BGH)

Wettbewerb

D. Dingeldey: Internet – Umschau Februar 2011
Bonitätsbeurteilung (BGH)

Besteuerung

K.-Chr. Callsen: Steuern – Umschau Februar 2011
Grundsteuer; Leerstand (OVG Münster)

Magazin

Prewest • Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH • Bonn

Inhalt

Beiträge

O. Riecke,
Vereinbarungen und Änderungen von Umlageschlüsseln im Betriebskostenrecht **5**

W. E. Joachim,
Rechtliche Aspekte bei Sonder- bzw. Spezialimmobilien **15**

Wirtschaft und Verbände

Chr. Wulff,
Wir müssen für unser Waldkulturerbe streiten – Rede zur Eröffnung des „Internationalen Jahres der Wälder 2011“ am 21. März 2011 in Berlin – **18**

A. Merkel,
125 Jahre Deutsche Landwirtschaftsgesellschaft Rede beim Festakt zum 125-jährigen Bestehen der Deutschen Landwirtschaftsgesellschaft (DLG) am 15. Dezember 2010 in Berlin **20**

I. Aigner,
Zum Agrarpolitischen Bericht 2011 der Bundesregierung – Rede vor dem Deutschen Bundestag am 11. Mai 2011 in Berlin – **22**

D. Bahr,
Zum Ehec-Ausbruch in Deutschland – Aktueller Sachstand nach dem Bund-Länder-Gespräch – Rede vor dem Deutschen Bundestag am 8. Juni 2011 in Berlin – **23**

I. Aigner,
Zum Ehec-Ausbruch in Deutschland – Aktueller Sachstand nach dem Bund-Länder-Gespräch – Rede vor dem Deutschen Bundestag am 8. Juni 2011 in Berlin – **24**

R. Dahlke,
EHEC – die neue Bedrohung? **25**

Gewerbemiete

Flughafenbetrieb der Fraport AG; Grundrechtsbindung; Beeinträchtigung des Flugbetriebs durch Demonstranten; Abwehrrecht; Hausrecht; Versammlungsfreiheit (BVerfG) **28**

Kauf; bebautes Grundstück, Mieterträge und aufzuwendende Betriebskosten als Beschaffenheit des Grundstücks; Mangel; Kaufpreisminderung; Schadensersatz des Käufers (BGH) **41**

Carsharing; Transparenz der Haftungsklausel im Teilnutzungsvertrag; Unfallschaden; Selbstbehalt (BGH) **44**

Gewerberaummiete; Preisgleitklausel; Index-Konkretisierung; Vereinbarung über Zulässigkeit einer Mieterhöhung (LG Augsburg / OLG München) **46**

Gewerberaummiete; Nebenkosten; NK-Vorauszahlung; Umlage der Verwaltungskosten; überraschende Klausel; Transparenzgebot; Wirtschaftlichkeitsgebot (BGH) **48**

Gewerberaummiete; Schriftform; Abänderung der Beheizungspflicht des Vermieters; Lebensmittelmarkt; befristeter Kündigungsausschluss; Rechtsanwaltskosten zur Kündigungsabwehr (OLG Bamberg) **50**

Maklerprovision; Verflechtung; Immobilientochter der Bank des Verkäufers als Maklerin für den Käufer; Maklerklausel im notariellen Kaufvertrag (OLG Koblenz) **51**

Goodwill einer freiberuflichen Praxis; Zahnarzt; Gemeinschaftspraxis; Zugewinnausgleich (BGH) **52**

Ehe; Einkommensteuer; Anspruch auf Zustimmung zur Zusammenveranlagung gegen den Insolvenzverwalter (BGH) **57**

Gewerbliche Zwischenvermietung; Zahlungsunfähigkeit; Direktzahlung des Endmieters an den Vermieter; Gläubigerbenachteiligung; inkongruente Deckung (BGH) **59**

Prozessrecht

– Anforderungen an das Berufungsurteil zur revisionsrechtlichen Nachprüfung (BGH) **61**

– Räumungszwangsvollstreckung; Vollstreckungsschutz; Befürchtung persönlicher und wirtschaftlicher Härten (BGH) **62**

Fischereirecht; Streitwert der Klage zur Abwehr einer Störung (BGH) **63**

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 7/2011.

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: 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. Abonnementskündigungen 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.

Gemeindewald; Neue Bundesländer; Thüringen; Waldgenossenschaft; Gerechtigkeitseigentümer; Eigentum des Volkes; Gemeindeeigentum; Grundbuchberichtigung; Bestandsschutz (BGH) **63**

Forstflächen-Privatisierung; vorrangige Berechtigung eines Erwerbsinteressenten; Waldverkauf; Altberechtigte; Akzessorietät von Erwerbsberechtigung und Ausgleichsleistung; Willkürverbot (BGH) **64**

Jagdrecht; Wildschaden an Baumbepflanzungen einer Forstwirtschaft; Methodenwahl zur Schadensbemessung; Kostenwertmethode; gerichtliche Beauftragung eines weiteren Sachverständigen (BGH) **66**

Jagdpacht; Wildschäden bei landwirtschaftlich genutzten Flächen; Nachmeldung neuer Schäden; Revisionszulassung (BGH) **69**

Jagd; Treibjagd; Verkehrssicherungspflichten des Veranstalters gegenüber Jagdteilnehmern und Dritten; jagdgerechtes Verhalten; Unfallverhütung; Geländereiter im Wald; Schussgeräusche; Scheuen des Pferdes (BGH) **72**

Landwirtschaftliche Besitzung; Hof im Sinne der Höfeordnung; Wirtschaftswert (BGH) **74**

Erwerb landwirtschaftlicher Flächen durch den Berechtigten nach dem Ausgleichsleistungsgesetz; Privatisierung; Kaufpreisermittlung (BGH) **76**

Landwirtschaftlicher Grundstücksverkehr; Betriebsaufspaltung; Grundstückserwerber und Betriebsgesellschaft auf überlassenem Grundstück in Verbundenheit zum Betreiben von Landwirtschaft als landwirtschaftlicher Familienbetrieb; ungesunde Bodenverteilung; Rechtsform-Offenheit; Anschlussrechtsbeschwerde (BGH) **77**

Landwirtschaftlicher Grundstücksverkehr; Genehmigung; nichtlandwirtschaftliche Nutzung; Errichtung einer Windkraftanlage (BGH) **80**

Windkraftanlage; Errichtung im Außenbereich; Änderung des Flächennutzungsplans nach der Entscheidungsreife über den Bauantrag (BGH) **81**

Landwirtschaftlicher Gewerbebetrieb; Mehrwege-Entschädigung; enteignungsbedingter freihändiger Neuerwerb von Ersatzland; Straßenbau; landwirtschaftliche Flächen; Arrondierungsschaden (BGH) **83**

Landpacht; identitätswahrende Umwandlung einer BGB-Gesellschaft auf der Pächterseite; Kündigung des Verpächters; befristeter Pachtvertrag; Schriftformmangel (BGH – nur Leits.) **85**

Landpacht; Anpassung des Pachtzinses; Anpassungsklausel; Divergenzrechtsbeschwerde (BGH) **85**

Landpachtsache; Mitwirkung ehrenamtlicher Richter am Verfahren; Laufzeitverlängerung des Pachtvertrags; Schriftform; Grundstücksveräußerung (BGH) **86**

Landpacht; außerordentliche fristlose Kündigung; Zahlungsverzug mit der Jahrespacht; Kündigungserklärung innerhalb angemessener Frist (BGH) **88**

Landwirtschaftssache; Landpacht; Kündigung; Insolvenz des Pächters; unerlaubte Unterverpachtung; Berufungsbegründung bei voneinander unabhängigen Teilen des Streitstoffs (BGH) **89**

Landpacht; Bodenkontamination; Wiederherstellungspflicht des Pächters (BGH) **90**

Landpacht; Bodenkontamination durch Dritte; Grenzen der Wiederherstellungspflicht des Pächters; Giftmüll (BGH) **93**

Landpacht; GAP-Reform; formularpachtvertragliche Pflicht zur unentgeltlichen Übertragung zugeteilter Zahlungsansprüche an den nachfolgenden Bewirtschafter (BGH) **95**

Teileigentum

Vermietung der Eigentumswohnung an wechselnde Feriengäste (BGH) **98**

Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet – Umschau Februar 2011 **99**

Kreditgefährdung; Bonitätsbeurteilung; Inkasso-Dienst; Wirtschaftsauskunftei; Gaststättengewerbe; Objektverwaltung; Eingriff in den Gewerbebetrieb (BGH) **100**

Wettbewerb; rechtsmissbräuchlicher Insolvenzantrag; Konkurrenz (BGH) **102**

Wettbewerb; Marktzugang; vorgelagerter Markt; Kfz-Vertragswerkstatt; freie Werkstatt; Nutzfahrzeug-Instandsetzung, Wartung; Fahrzeugmarken; Vertriebssystem; Vertragsfreiheit (BGH) **104**

Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Steuern – Umschau Februar 2011 **106**

Grundsteuer; Steuererlass; strukturell bedingter Leerstand; Ertragsminderung; Atypik (OVG Münster) **108**

Rückwirkende Anwendung des § 11 Abs. 2 Satz 3 EStG bei im Voraus geleisteten Erbbauzinsen (BFH Leits. u.a.) **109**

Steuerberatung; pflichtwidrige Zulassung der Bestandskraft des Steuerbescheids; Verjährungsfristbeginn des Ersatzanspruchs des Mandanten; nichtige Steuernorm; Spekulationsgewinn bei Wertpapierveräußerung (BGH) **110**

Magazin

Politik und Recht **111**

Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2008-2009

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

Sonderpreise für GuT-Einbanddecken und Bestelladresse in diesem Heft Seite 122

Lieferung solange vorrätig.

Kuselit

Online-Datenbank mit über 2,7 Mio. Quellennachweisen
785 aktuell ausgewertete Zeitschriften
Ein Werkstattbericht

Unter der Prämisse p = w/t arbeitet der kleine Verlag mit Sitz im nordpfälzischen Ort Etschberg seit 1998 kontinuierlich an der Rechtsbibliographie Kuselit-R, um Juristen, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und relevanten Berufsgruppen die Recherche fachaffiner Literatur effizient und transparent zu gestalten. Denn auch hier gilt: Leistung ist der Quotient aus Arbeit und Zeit.

Im Gründungsjahr 1998 warb Kuselit mit 200 ausgewerteten juristischen Fachzeitschriften bei 200.000 Quellennachweisen. Eine Dekade später hält die Datenbank einen Fundus von 2,2 Mio. Fundstellen und 750 aktuell ausgewerteten Zeitschriften zur Recherche bereit.

Wurde man in der renommierten Verlagswelt zunächst skeptisch beurteilt, so konnte Kuselit im Laufe der Zeit als „Verlag für die Verlage“ überzeugen: Täglich finden sich im Briefkasten durchschnittlich 30 aktuelle Fachzeitschriften von über 70 kooperierenden juristischen Fachverlagen.

Noch am gleichen Tag gelangen die Zeitschriften zur bibliographischen Auswertung. Die manuell erfassten, zitierfähigen Fundstellen sind binnen 24 Stunden geprüft, ggf. korrigiert und um spezifische Hinweise aus Fußnoten, evtl. fehlende Aktenzeichen, Urteilsanmerkungen etc. ergänzt. Schließlich werden sie noch einer umfassenden inhaltlichen Qualitätskontrolle unterzogen. Hier erfährt jede Quelle (insbes. Aufsätze) spezifische Zuordnungen nach Rechtsgebieten, relevanten Normen, Stichworten, Ländercodes bzw. OLG-Bezirken.

Die in diesem Verfahren aufbereiteten Daten finden ihren dauerhaften Platz in der zweimal wöchentlich aktualisierten Kuselit-Online-Datenbank, die in Kooperation mit der Firma jurmatiX verwaltet und gepflegt wird.

Von der Aktualität und feingliedrigen systematischen Filterung der Fundstellen profitieren insbesondere Nutzer des Kuselit-ZID-Profildienstes. Zweimal wöchentlich informiert der ZID Profil per E-Mail-Link nach individuell erstellten Nutzer-Profilen, so dass spezielle Themen oder Rechtsgebiete, ausgewählte Zeitschriften oder das Interesse an regionalen Schwerpunkten aktuell und konsequent verfolgt werden können.

Sind die Fundstellen erst einmal identifiziert, können Fachbeiträge in Form der kompletten Zeitschrift über den ZID-Shop bestellt werden. Hier setzt Kuselit einen Akzent gegenüber kommerziellen Dokumentenlieferdiensten und stellt den besonderen Wert des vollständigen Printmediums in den Vordergrund.

Zukünftig will sich der Verlag noch intensiver mit der Erschließung von Büchern, Kommentaren und Loseblattwerken befassen und somit dem gesetzten Ziel, „gewachsene Bibliotheksbestände zu spiegeln“, wieder einen Schritt näher kommen. Schon jetzt sind zahlreiche Kommentare, Monographien, Jahrbücher und Festschriften in Kuselit-Online recherchierbar.

Hinweis des Prewest Verlags / der GuT-Redaktion:

Unter www.kuselit.de sind weitere Infos nachzulesen, die hier nicht ebenfalls wiedergegeben werden können. – Kuselit wertet die GuT seit Heft 1 vollständig und immer unmittelbar nach Erscheinen der Hefte aus. Auch WuM, die redaktionell von uns betreut wird, wird seit 1990 (als ‚WoM‘) in der online-Datenbank ausgewertet. Insgesamt sind die redaktionelle Arbeit oder eine Quellen-Recherche heutzutage auch auf die Nutzung von Datenbanken angewiesen, und dies auch im Sinne der Leser oder der Mandanten. Kuselit ist u.E. absolut unverzichtbar und Frau Ulrike Metzger und Herrn Gerd Schliebe sei herzlich für ihre wertvolle Hilfe gedankt.

Gewerbemiete und Teileigentum

11. Jahrgang 2011 Zitat: GuT Heft 57 · Januar/Februar 2011

Dr. Olaf Riecke, Hamburg

Vereinbarungen und Änderungen von Umlageschlüsseln im Betriebskostenrecht

I. Mietwohnung im Geschosswohnungsbau und Gewerbemiete
1. einvernehmliche Regelung bei erstmaliger Festlegung des Umlageschlüssels
2. einvernehmliche Änderung
3. einseitige Änderungen durch den Vermieter
3.1 nach HKVO
3.2 bei Einführung von Wärmecontracting
3.3 im Übrigen
4. Leerstand und Änderung des Umlageschlüssels
4.1 Gewerbemiete
4.2 Wohnraummiete

II. Besonderheiten bei vermietetem Sondereigentum
1. Änderung durch – ggf. nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG erzwungene – Vereinbarung der Wohnungseigentümer
2. Änderung durch einen Beschluss
• der auf einer Anpassungsvereinbarung/ Öffnungsklausel beruht
• der auf § 16 Abs. 3 WEG beruht
• der nach § 21 Abs. 4 WEG erzwungen wurde
3. Folgen der Änderungen für den Mietvertrag
3.1 einvernehmliche Regelungen
3.2 Verweisungsklauseln
3.3 Schutz des vermietenden Wohnungseigentümers?
4. Wohnungseigentumsrechtliche Schlüssel im Mietvertrag
• Abflussprinzip
• Miteigentumsanteile

I. Mietwohnungen im Geschosswohnungsbau und Gewerbemiete

1. Einvernehmliche Regelung bei erstmaliger Festlegung des Umlageschlüssels

§ 556a BGB, der ab 1. 9. 2001[1] an die Stelle der §§ 4 Abs. 5 und 10 Abs. 1 MHRG getreten ist, regelt die Priorität einer – auch stillschweigend[2] möglichen – Vereinbarung der Mietvertragsparteien. Lediglich subsidiär sieht das Gesetz den Abrechnungsmaßstab „Wohnfläche" vor.[3]

Die Regelung des § 556a Abs. 1 BGB soll insoweit unvollständige Mietverträge ergänzen[4] und das Bestimmungsrecht des Vermieters einschränken.[5]

Hierzu ist die Regelung nur bedingt geeignet, da ein Verweis darauf fehlt, welche Flächen zu Grunde zu legen sind und nach welcher Methode diese berechnet werden sollen. Während § 556 Abs. 1 S. 3 BGB bei den Betriebskosten auf die Betriebskostenverordnung vom 25. 11. 2003 verweist, fehlt in § 556a BGB ein Verweis z. B. auf die Wohnflächenverordnung. Der Gesetzgeber hält jedenfalls die Umlage nach dem Flächenmaßstab (wie immer er zu berechnen ist) gegenüber der Umlage z. B. nach Personenzahl für praxistauglicher, zumal sich die Personenzahl – häufig auch unerkannt für den Vermieter – ändern kann.[6] Abgemildert wird dieses Manko durch die – insoweit verfehlte[7] – 10%-Rechtsprechung des BGH zu der Verteilung von Betriebskosten bei Flächendifferenzen,[8] weil in der Regel nach der im Vertrag genannten Fläche – gemeint dem daraus zu errechnenden Anteil an der Gesamtfläche – abgerechnet werden darf. Bei einer Eigentumswohnung soll der sich aus der Teilungserklärung ergebende Flächenanteil maßgeblich sein.[9]

Schon früh hat etwa *Langenberg*[10] darauf verwiesen, dass selbst eine Verweisung auf die §§ 42–44 der Zweiten Berechnungsverordnung für mehr Rechtssicherheit gesorgt hätte.

Als Alternative hätte auch eine Verweisung auf die außer Kraft gesetzte DIN 283[11] genügt.

Ebenfalls hat sich *von Seldeneck*[12] skeptisch geäußert wegen fehlender Determinierung der Wohnfläche. Seine Befürchtung, dass die Regelung so verstanden werden könne, dass nur die für den Wohnraum entstandenen Teilkosten nach Fläche verteilt werden sollen, hat sich allerdings nicht bestätigt. Die Konsequenz wäre nämlich gewesen, dass in jeden Fall ein Vorwegabzug der Kosten für Gewerbeeinheiten erforderlich wäre. Dies wird vom BGH[13] jedoch nicht verlangt, es denn, die gewerbli-

RiAG Dr. Olaf Riecke hat zum Deutschen Mietgerichtstag 2011 in Dortmund am 8. 4. 2011 im AK 4 zum Thema „Vereinbarung und Änderung von Umlagevereinbarungen im Betriebskostenrecht" referiert.

1) Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 556a Rn. 2.
2) Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 556a Rn. 8.
3) Vgl. Schmid DWW 2010, 242.
4) Die wirksame ggf. konkludente – vgl. Emmerich in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 535 Rn. 67 – Abwälzung der Betriebskostenart wird hier vorausgesetzt.
5) Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 556a Rn. 3.
6) BT-Drucksache 14/4553 S. 51.
7) Vgl. Beyer FS Blank (2006), S. 66 bei Fn. 56; Beyer WuM 2010, 614.
8) BGH ZMR 2008, 31 = WuM 2007, 684: Weicht die im Mietvertrag vereinbarte Wohnfläche von der tatsächlichen Wohnfläche ab, so ist der Abrechnung von Betriebskosten die vereinbarte Wohnfläche zugrunde zu legen, wenn die Abweichung nicht mehr als 10% beträgt.
9) Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 556a Rn. 23.
10) NZM 2001, 214.
11) Vgl. BGH WuM 2009, 344 = MDR 2009, 860; LG München II v. 25. 6. 2002, 12 S 1885/02 bei JURIS.
12) NZM 2001, 365.
13) ZMR 2006, 358 = WuM 2006, 200.

che Nutzung führe zu einer ins Gewicht fallenden Mehrbelastung bei der Wohnraummiete.

Diese vom BGH angesprochene Mehrbelastung muss im Rahmen einer abstrakt generellen Betrachtungsweise gegebenenfalls vom Gericht geklärt werden. Dies bedeutet, dass auf die typische Nutzung durch ein bestimmtes Gewerbe und nicht etwa auf den konkreten Verbrauch eines bestimmten gewerblichen Mieters und der durch ihn verursachten Kosten abzustellen ist. Letzteres wäre nicht praxisgerecht.

Schmid[14] will hier die sog. 10%-Rechtsprechung des BGH fruchtbar machen und bei einer – typischen – Mehrbelastung von bis zu 10% noch von fehlender Erheblichkeit ausgehen.

Für eine 3%-Grenze spart sich das LG Aachen[15] aus.

Umstritten ist auch weiterhin, ob nach einer Art Rosinentheorie bereits dann ein Vorwegabzug erfolgen muss, wenn für vereinzelte Betriebskostenarten die gewerbliche Nutzung deutliche Mehrkosten verursacht, die allerdings ganz oder teilweise durch Minderkosten bei anderen Positionen kompensiert werden.

Auch insoweit empfiehlt sich eine einvernehmliche Regelung im Mietvertrag, die künftigen Streit vermeidet. Denn eine generelle Anpassung kommt nur unter den strengen Voraussetzungen des § 313 BGB (Geschäftsgrundlage) in Betracht.[16]

In der Praxis bewährt haben sich deshalb konkrete Vereinbarungen in Formularmietverträgen.

So heißt es in § 10 des Hamburger Mietvertrags für Wohnraum:

> „1. Der Mieter trägt von den Betriebskosten einen Anteil von …% oder, – sofern der Anteil nicht festgelegt ist – nach dem Verhältnis der Wohnfläche seiner Wohnung zur Summe der Wohn- und Nutzflächen aller Wohn- und Gewerberäume der Wirtschaftseinheit, es sei denn, dass ein Mieter von Wohnraum unbillig mit Kosten belastet wird, die durch die gewerbliche Nutzung des Grundstücks veranlasst werden. In diesem Fall ist der Vermieter verpflichtet, soweit dies möglich ist, die Betriebskosten, die nicht für Wohnraum entstanden sind, vorweg abzuziehen."

Eine Ausnahme gilt bei preisgebundenem Wohnraum. Hier sind die §§ 21–25 NMVO zu beachten.

Gem. § 21 Abs. 2 NMVO ist ein Vorwegabzug des Wasserverbrauchs vorzunehmen, der nicht „mit der üblichen Benutzung der Wohnungen zusammenhängt". Im Übrigen hat eine Abrechnung nach dem erfassten unterschiedlichen Wasserverbrauch oder – wenn nicht ermittelt – nach dem Verhältnis der Wohnflächen zu erfolgen.

Auch in diesem Bereich empfiehlt es sich jedoch, bereits im Mietvertrag den Verteilungsschlüssel präzise zu regeln. Umstritten ist jedenfalls, wie weit das Recht zur Festlegung des Umlageschlüssels nach § 315 BGB einseitig vom Vermieter ausgeübt werden kann.[17] Fehlen Wasserzähler, so besteht die Möglichkeit für den Vermieter, den Umlagemaßstab nicht nach Fläche, sondern auch nach einem Maßstab „der dem unterschiedlichen Verbrauch der Wohnparteien Rechnung trägt nach billigem Ermessen zu bestimmen.[18] Auf der sichereren Seite ist der Vermieter, wenn er den in § 21 Abs. 2 NMVO bereits vorgegebenen Umlageschlüssel nach Wohnfläche wählt.[19]

Gem. § 22a Abs. 2 NMVO können die Kosten der Müllbeseitigung nach Verursachung oder Wohnfläche umgelegt werden.

Auch hier bietet sich eine einvernehmliche vertragliche Regelung an. Durch die „Öffnungsklausel"[20] erhält der Vermieter sonst die Möglichkeit, einseitig, nach § 10 Wohnungsbindungsgesetz einen neuen Maßstab einzuführen, der sich an der angefallenen Müllmenge orientiert.[21]

§ 24 Abs. 2 NMVO regelt für die Kosten maschineller Aufzüge subsidiär den Wohnflächenmaßstab „sofern nicht im Einvernehmen mit allen Mietern ein anderer Umlagemaßstab vereinbart ist".

Die Besonderheit liegt hier darin, dass die vertragliche Zustimmung aller (!) Mieter für einen von der Wohnfläche als Umlageschlüssel abweichenden Maßstab erforderlich ist. Dies wird im Geschosswohnungsbau nur bei *Erst*vermietung problemlos umzusetzen sein.

Ähnliches gilt nach § 24a NMVO für die Kosten von Gemeinschaftsantennen oder Breitbandkabel.

Nach § 25 NMVO sind die Betriebs- und Instandhaltungskosten der Einrichtungen für die Wäschepflege nur auf die „Benutzer der Einrichtung" umzulegen. (Irgend-)Ein *Gebrauchs*maßstab ist hier zwingend vorgegeben.

Anders als nach § 20 NMVO darf hier eben nicht auf alle Mieter der Kostenbetrag verteilt werden, der auch Instandhaltungskosten umfassen kann.

Der Vermieter ist in diesem Fall gehalten, z. B. durch Waschmünzen die tatsächliche Nutzungszahl der Waschseinrichtung zu ermitteln und diese wiederum in Relation zu den Gesamtkosten abzurechnen.

2. Einvernehmliche Änderungen des Umlageschlüssels

Ein solcher Änderungsvertrag sollte ausdrücklich und beweisbar/schriftlich geschlossen werden; ein konkludenter Vertragsschluss wird als möglich angesehen,[22] wenn auf beiden Seiten ein entsprechendes Erklärungsbewusstsein vorhanden ist[23] und nicht nur mieterseitig die Betriebskostenabrechnungen mit neuem Schlüssel – z. B. weil mit Guthaben endend – über Jahre vom Mieter hingenommen werden.[24]

Nach Ansicht des BGH[25] kann nur bei Vorliegen von besonderen Umständen bei einer jahrelangen anstandslosen Zahlung der Nebenkostenabrechnungen auf eine stillschweigende Vertragsanpassung geschlossen werden.

Erforderlich für einen konkludenten Änderungsvertrag[26] ist, dass der Vermieter nach den Gesamtumständen davon ausgehen kann, dass der Mieter mit einer Änderung des Umlageschlüssels einverstanden ist. Hiervon kann allenfalls ausgegangen werden, wenn sich aus den übersandten Abrechnungen für den redlichen Mieter entnehmen lässt, dass der Vermieter den Willen hatte, dauerhaft vom bisherigen Umlageschlüssel abzuweichen. Derartiges hat der BGH[27] angenommen, wenn nach einem Vermieterwechsel der neue Vermieter/Erwerber völlig abweichend vom bisherigen Modus seine Abrechnungen erstellt hatte.

---

14) Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Auflage, Rn 4183.
15) WuM 2006, 615 = INFO M 2007, 62.
16) Emmerich in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 535 Rn. 71; Kinne in FS Blank (2006) , S. 249, 265 ff.
17) Für strenge Kontrolle: LG Aachen WuM 1991, 503, AG Lippstadt WuM 1995, 594; anderer Ansicht: AG Köln ZMR 1997, 30.
18) OLG Hamm ZMR 1984, 14 = WuM 1983, 315.
19) AG Hamburg ZMR 1989, 25; OLG Hamm ZMR 1984, 14 = WuM 1983, 315.
20) Vgl. Heix in Wohnungsbaurecht § 22 a NMVO 1970 Anm. 3.
21) BR-Drucksache 377/92 S. 23.
22) BGH WuM 2005, 774 = NJW-RR 2006, 154.
23) AG Düsseldorf Urteil vom 11. 10. 2010, 41 C 6789/10 bei JURIS: Die Wirksamkeit einer Vertragsänderung setzt wie bei jedem Vertrag immer einen entsprechenden rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien voraus. In der Regel kommt dieser Wille im Rahmen einer Betriebskostennachforderung jedoch nicht klar zum Ausdruck, da der Mieter ein Rechenwerk ohne Hinweis auf die Abweichung vom Mietvertrag erhält. Für ihn ist kein Angebot auf Abschluss eines Abänderungsvertrages erkennbar.
24) Vgl. AG Wetzlar, Urteil vom 6. 1. 2011, 38 C 901/10 für den Fall einer Abrechnung nach Personenanzahl statt Wohnfläche über 7 Abrechnungsperioden. Rückkehr zum alten Schlüssel soll Vermieter verwehrt sein.
25) ZMR 2008, 107 mit Anm. Schmid = WuM 2007, 694.
26) Vgl. Peruzzo, Heizkostenabrechnung nach Verbrauch, 6. Aufl. 2009, § 6 Rn. 163.
27) BGH NJW-RR 2000, 1463 unter II.

Vor diesem Hintergrund liegt es auf der Hand, dass eine bloße Zahlung des Mieters – erst recht eine solche durch Lastschrifteinzug – auf eine der bisherigen Vertragsregelung nicht entsprechende Abrechnung noch keine konkludente Zustimmung zur Vertragsänderung beinhaltet.

Diese strengen Anforderungen an die konkludente Vertragsänderung gelten auch dann, wenn diese im Ergebnis rechtlich oder wirtschaftlich für den Mieter günstig ist.[28]

3. Einseitige Änderungen durch den Vermieter[29]

3.1 nach den Bestimmungen der Heizkostenverordnung

Nach § 6 Abs. 4 HKVO bleibt die Wahl der Abrechnungsmaßstäbe nach § 6 Abs. 2 sowie § 7 Abs. 1 S. 1, §§ 8 und 9 HKVO dem Gebäudeeigentümer überlassen.[30]

Nach dem „Auffangtatbestand" kann eine solche Änderung aus „sachgerechten Gründen" jeweils für *künftige* Abrechnungszeiträume, d. h. zu deren Beginn,[31] erfolgen.

Nach Lammel[32] kann der vermietende Gebäudeeigentümer im Rahmen der Vorerfassung bis zu 100%[33] verbrauchsabhängig abrechnen. Hierfür müsste sonst nach § 10 HKVO eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung mit dem Mieter getroffen werden.

Ein solches einseitiges Änderungsrecht ist jedoch nicht generell gegeben – insbesondere nicht, wenn eine mit der HKVO konforme Regelung mit dem Mieter bereits vereinbart ist. Es müssen zumindest alternativ folgende Voraussetzungen gegeben sein:

1. Einführung einer Vorerfassung nach Nutzergruppen[34]

2. Durchführung von baulichen Maßnahmen, die nachhaltig Einsparungen von Heizenergie bewirken[35]

3. aus anderen sachgerechten Gründen nach deren erstmaliger Bestimmung[36]

Diese Abänderungsmöglichkeit ist nicht mehr zeitlich oder zahlenmäßig begrenzt.[37]

Eine aus – in der Heizkostenverordnung nicht näher umschriebenen – sachgerechten Gründen erforderliche Abänderung des einmal gewählten Umlageschlüssels soll nicht weiter durch die HKVO behindert werden.[38] Die Änderungsmöglichkeit bei Vorerfassung war früher an anderer Stelle (§ 12 Abs. 3 HKVO a. F.) geregelt. Mit der Änderungsmöglichkeit wegen baulicher Maßnahmen, die zur Energieeinsparung führten, werden diejenigen Maßnahmen erfasst, die bereits der aufgehobene § 4 Abs. 3 ModEnG erwähnte.[39] Auch wenn das ModEnG per 1. 1. 2002 aufgehoben wurde, hat es über diese Neufassung der HKVO weiterhin praktische Bedeutung.

Es bezieht sich auf bauliche Maßnahmen, insbesondere zur

1. wesentlichen Verbesserung der Wärmedämmung

2. wesentlichen Verminderung des Energieverlusts und des Energieverbrauchs

3. Änderung von zentralen Heizungs- und Warmwasseranlagen innerhalb des Gebäudes für den Anschluss an die Fernwärmeversorgung

4. Rückgewinnung von Wärme

5. Nutzung von Energie durch Wärmepumpen und Solaranlagen.

Jede dieser Maßnahmen berechtigt – zumindest theoretisch – zur Änderung des Umlageschlüssels. Dies bedeutet, dass nicht alle Maßnahmen z. B. im Paket durchgeführt werden müssen.[40] Die Umsetzung der einseitigen Änderung des Verteilerschlüssels muss i. d. R. schriftlich, zumindest aber auch ausdrücklich dem Mieter mitgeteilt werden.[41]

Wenn es in § 6 Abs. 4 S. 3 HKVO heißt, dass die Änderungen nur mit Wirkung zum Beginn eines Abrechnungszeitraumes zulässig sind, so kann hiermit nur ein künftiger Abrechnungszeitraum gemeint sein. Dies ergibt sich bereits aus den Maßnahmen, die das Gesetz zum Anlass eines einseitigen Änderungsrechtes des Vermieters nimmt.

Wenn § 6 Abs. 4 HKVO vom Gebäudeeigentümer spricht, sind damit auch die in § 1 Abs. 2 HKVO ihm gleichstehenden Vermieter oder Dienstleister gemeint.

3.2 bei Einführung von Wärmecontracting

Hier genügt als zugrunde liegende Vereinbarung bereits ein Verweis im Mietvertrag auf § 2 der Betriebskostenverordnung oder die Vorgängerregelung in Anlage 3 zu § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung. Entscheidend ist, dass der Verweis auf eine Norm erfolgt, die ihrerseits „Wärmelieferung" bereits erwähnt.

Wenn eine wirksame Grund-Klausel existiert, wonach die Kosten des Contracting auf den Mieter umgelegt werden dürfen, hat der Gebäudeeigentümer/Vermieter ebenfalls die in Ziff. 3.1 erwähnten Möglichkeiten nach der Heizkostenverordnung.[42] Spätestens seit dem Urteil des BGH vom 28. 11. 2007[43] steht fest, dass der Vermieter – wenn auch unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes – von einer Zentralheizung auf Fernwärme umstellen darf. Gefordert wird lediglich, dass bei Abschluss des Wärmelieferungsvertrages auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis Rücksicht genommen wurde. Diese Pflicht besteht auch lediglich dann, wenn der Übergang zum Wärmecontracting *nach* Mietbeginn erfolgt. Hat der Vermieter bereits zuvor einen ungünstigen, langfristigen Vertrag abgeschlossen, treffen ihn allenfalls Aufklärungspflichten bei Vertragsschluss. Wenn keine Möglichkeit besteht, zu einem kostengünstigeren Anbieter zu wechseln, ist der neue Mieter im Übrigen weitgehend schutzlos.[44]

3.3 im Übrigen

Der Vermieter kann sich ein einseitiges Änderungsrecht durch einen vertraglichen präzise eingeschränkten Änderungsvorbehalt[45] sichern. Im Formularmietvertrag muss dieser der Regelung des § 308 Nr. 4 BGB gerecht werden, d. h. die Änderung muss unter Berücksichtigung der Interessen des Vermieters für den Mieter als anderen Vertragsteil zumutbar sein.

Der Änderungsvorbehalt als Vereinbarung nach § 556a Abs. 1 BGB verstößt insbesondere nicht gegen die Unabdingbarkeitsreglegung des § 556a Abs. 3 BGB. Eine entsprechende Regelung findet sich in § 10 Nr. 2 des Hamburger Mietvertrages:

> „Führt der vereinbarte Verteilungsmaßstab zu *grob* unbilligen Ergebnissen, ist der Vermieter berechtigt und verpflichtet, den Maßstab nach billigem Ermessen zu ändern, hinsichtlich der Heizkosten jedoch nur entsprechend den Be-

28) Vgl. AG Dachau ZMR 1998, 441 = DWW 1998, 181 für versehentlich nicht abgerechnete Betriebskosten.
29) Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 556a Rn. 37 ff.
30) Peruzzo, Heizkostenabrechnung nach Verbrauch, 6. Aufl. 2009, § 6 Rn. 162.
31) Für geringfügige Rückwirkung bei Einbau der Messgeräte im Sommer ausschließlich für Heizkosten Peruzzo, Heizkostenabrechnung nach Verbrauch, 6. Aufl. 2009, § 6 Rn. 171; a. A. zu Recht Lammel in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 6 HeizkostenVO Rn. 51.
32) Heizkostenverordnung Kommentar 3. Auflage § 6 Rn 88.
33) Vgl. bereits Jennißen ZMR 1982, 228.
34) Peruzzo, Heizkostenabrechnung nach Verbrauch, 6. Aufl. 2009, § 6 Rn. 167, Lammel in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 6 HeizkostenVO Rn. 47.
35) Peruzzo, Heizkostenabrechnung nach Verbrauch, 6. Aufl. 2009, § 6 Rn. 169, Lammel in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 6 HeizkostenVO Rn. 46.
36) Peruzzo, Heizkostenabrechnung nach Verbrauch, 6. Aufl. 2009, § 6 Rn. 170, Lammel in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 6 HeizkostenVO Rn. 48.
37) Peruzzo, Heizkostenabrechnung nach Verbrauch, 6. Aufl. 2009, § 6 Rn. 163, 170 auch zur alten Rechtslage.
38) BR-Drucksache 570/08, S. 12.
39) BR-Drucksache 632/80 S. 28; Peruzzo, Heizkostenabrechnung nach Verbrauch, 6. Aufl. 2009, § 6 Rn. 168.
40) Lammel HKVO § 6 Rn 96.
41) BGH ZMR 2004, 343 = WuM 2004, 150/151.
42) Vgl. Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn 6030.
43) BGH ZMR 2008, 195 = WuM 2008, 29.
44) Vgl. Schmid ZMR 2008, 599.
45) Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 556a Rn. 13.

stimmungen der Heizkostenverordnung. Der Vermieter kann durch schriftliche Erklärung bestimmen, dass die Kosten der Müllabfuhr nach einem Maßstab umgelegt werden, der der unterschiedlichen Müllverursachung Rechnung trägt. Auf Verlangen des Vermieters hat der Mieter selbst einen Entsorgungsvertrag mit dem entsprechenden Unternehmen abzuschließen."

Vom Änderungsvorbehalt soll nur bei Vorliegen eines *sachlichen Grundes* Gebrauch gemacht werden können.[46] Das überzeugt nicht: Wenn der neue Maßstab angemessener ist und der Billigkeit entspricht, wird meist auch der sachliche Grund nicht verneint werden können.

Gemäß § 556a Abs. 2 BGB können bestimmte Betriebskostenarten vom Vermieter in den Grenzen der §§ 315, 316 BGB abweichend umgelegt werden,[47] wenn der Vermieter dies im Voraus[48] durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung festlegt. Dies gilt, sofern bisher diese Kosten nicht gesondert oder verbrauchsunabhängig abgerechnet wurden und nunmehr (auch)[49] verbrauchs- oder verursachungsabhängig abgerechnet werden kann und soll. Verlangt wird, dass der neue Umlageschlüssel *angemessener sein muss*, als der bisherige laut Mietvertrag[50]. Damit scheidet eine Umstellung auf Personenzahl aus. Dieser Maßstab ist weder verursachungsabhängig noch angemessen.[51] Selbst eine Änderung der Mietstruktur ist so denkbar. Dann werden bisher in der Miete enthaltene Positionen herausgerechnet, zur Vorauszahlung gemacht und anschließend verbrauchsabhängig abgerechnet.

4. Leerstand und Änderung des Umlageschlüssels

4.1 Gewerbemiete

Der gewerbliche Vermieter muss nicht zunächst auf Zustimmung des Mieters zu einer Vertragsanpassung klagen; bei Änderung der Geschäftsgrundlage kann er direkt die nach dem veränderten Vertragsinhalt geschuldete Leistung beanspruchen. Da § 556a BGB nur für *Wohn*raummietverhältnisse gilt, ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Vermieter eine Änderung des vertraglich vereinbarten Verteilungsschlüssels beanspruchen kann, nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden. Der geltend gemachte Anspruch auf Anpassung des Verteilungsschlüssels an die geänderten Verhältnisse (dauerhafter Leerstand eines Teils der Immobilie) ist aus § 313 Abs. 1 BGB wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage herzuleiten.[52] Dem Vermieter muss dann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zuzumuten sein.

Die Geschäftsgrundlage eines Vertrages wird durch die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände gebildet, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut.[53]

Haben die Parteien etwa die Umlage auch der verbrauchsabhängigen Stromkosten nach der von den jeweiligen Mietern genutzten Fläche vereinbart und sind sie dabei davon ausgegangen, dass die in die Berechnung eingestellten Flächenangaben den tatsächlich von dem Kläger in dem Objekt vermieteten Flächen entsprechen, so war Geschäftsgrundlage der Parteien mithin allein die Vorstellung, mittels der an den vermieteten Flächen orientierten Kostenverteilung auch den anfallenden tatsächlichen Verbrauch in etwa zutreffend zu erfassen. Dafür, dass es Geschäftsgrundlage der Parteien war, die jetzt ungenutzte Fläche nur so weit bei der Verteilung der verbrauchsabhängigen Kosten zu berücksichtigen, als dort tatsächlich ein Verbrauch anfiel, spricht auch, wenn die Kosten etwa der Gas-Zentralheizung ohne Berücksichtigung der auf diese Räume entfallenden Fläche umgelegt worden sind.

An dem so vereinbarten Verteilungsschlüssel ist der Vermieter zwar grundsätzlich festzuhalten, weil der Vermieter durch die Vereinbarung eines verbrauchsunabhängigen Maßstabes das Leerstandsrisiko übernommen hat.[54] Gleichwohl ist in Ausnahmefällen nach der Bestimmung über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) und dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ein Abweichen von dem einmal vereinbarten Umlagemaßstab geboten, wenn es andernfalls zu einer groben Unbilligkeit kommen würde. Dies setzt mindestens voraus, dass sich der Verteilungsschlüssel nicht nur vorübergehend als unbillig erweist.

Durch den dauerhaften Leerstand ergibt sich eine ganz wesentliche Verschiebung der Anteile der übrigen Mieter, die es als grob unbillig erscheinen lässt, es bei dem vereinbarten Verteilungsmaßstab zu belassen. Denn dieser führt dazu, dass entgegen der Zweckrichtung des ursprünglich vereinbarten Verteilungsschlüssels nunmehr dauerhaft wesentliche Anteile des von den Mietern verbrauchten Stroms *von dem Vermieter* zu tragen sind. Es muss feststehen, dass in dem Leerstandsbereich nur noch Strom in geringfügiger Menge verbraucht wird.

Nach dem den geänderten Verhältnis angepassten Verteilungsschlüssel ist schließlich nicht erst ab dem Zeitpunkt abzurechnen, an dem der Vermieter eine Änderung verlangt hat. Eine dahingehende Einschränkung sieht § 556a BGB zwar zum Schutz des Mieters bei *Wohn*raummietverhältnissen vor.[55] Eine Übertragung auf das gewerbliche Mietrecht ist aber nicht geboten, weil § 556a BGB Ausdruck des „sozialen" Mietrechts ist, für dessen Anwendung im Recht der Geschäftsraummiete kein Bedürfnis besteht. Auch die Vertragsanpassung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage kann grundsätzlich ab dem Zeitpunkt verlangt werden, ab dem sich die Geschäftsgrundlage geändert hat.[56]

4.2 Wohnraummiete

Zum Anspruch des Wohnungsvermieters auf Abänderung des vereinbarten Umlageschlüssels wegen Wohnungsleerstand hat der BGH[57] entschieden:

1. Wenn die („kalten") Betriebskosten vereinbarungsgemäß nach dem Verhältnis der Fläche der Mietwohnung zur Gesamtwohnfläche umzulegen sind, hat der Vermieter die auf leerstehende Wohnungen entfallenden Betriebskosten grundsätzlich selbst zu tragen; dies gilt auch für verbrauchsabhängige Betriebskosten, die wegen fehlender Erfassung des Verbrauchs der einzelnen Mieter nach der Wohnfläche abgerechnet werden.

2. Ein Anspruch des Vermieters auf eine Abänderung des vertraglich vereinbarten Flächenschlüssels wegen des Leerstands von Wohnungen kann unter den Voraussetzungen einer Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) bestehen.

Im konkreten Fall hatten die Parteien durch die jahrelang einvernehmlich praktizierte Art und Weise der Abrechnung stillschweigend vereinbart, dass die Betriebskosten (mit Ausnahme der Kosten für Heizung und Warmwasser) nach dem Anteil der Fläche der Mietwohnung an der Gesamtwohnfläche umzulegen sind.

Will der Vermieter den vereinbarten Verteilungsschlüssel für die Umlegung der Betriebskosten ändern, so ist dies – abgesehen von der Ausnahmeregelung des § 556a Abs. 2 BGB – nur im Wege einer Vertragsänderung zulässig, für die es der Zustimmung des Mieters bedarf.

---

46) Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 556a Rn. 13.
47) Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 556a Rn. 38.
48) Vgl. OLG Frankfurt ZMR 2004, 182.
49) Schmid ZMR 2001, 761, 762.
50) AG Münster WuM 1994, 613.
51) Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 556a Rn. 40 mwN.
52) Vgl. dazu Lindner-Figura, Geschäftsraummiete, Kap. 11, Rn. 134; Sternel, Mietrecht aktuell, Kap. V Rn. 204.
53) Vgl. etwa BGH WuM 2010, 384 m.w.N.; BGH NJW-RR 2006, 1037; BGHZ 120, 10.
54) Vgl. BGH WuM 2006, 440; Sternel, Mietrecht aktuell, Kap. V Rn. 204.
55) Sternel WuM 2003, 243, 246.
56) OLG Düsseldorf vom 28. 10. 2010, I-24 U 28/10.
57) BGH ZMR 2006, 758 = WuM 2006, 440 mit Anm. Wall.

Ob und unter welchen konkreten Voraussetzungen der Vermieter bei einem Leerstand von Wohnungen die Zustimmung des Mieters zu einer Änderung des vereinbarten Flächenschlüssels dahingehend verlangen kann, dass die Flächen leerstehender Wohnungen in die Umlegung bestimmter – insbesondere verbrauchsabhängiger – Betriebskosten nicht einbezogen werden, war umstritten.[58] Als mögliche Rechtsgrundlage für einen derartigen Anspruch kommen die Bestimmung über eine Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) und der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben in Betracht, die in der Regel nicht erfüllt sind.

Maßgebend für diese Beurteilung ist, dass der Vermieter das Vermietungsrisiko und damit das Leerstandsrisiko selbst zu tragen hat. Aufgrund dieser Risikoverteilung, die aus der gesetzgeberischen Wertung in § 556a BGB abzuleiten ist, aber auch schon vor dieser Neuregelung allgemein anerkannt war, kann der Vermieter die auf leerstehende Wohnungen entfallenden Betriebskosten grundsätzlich nicht auf die Mieter abwälzen, wenn die Betriebskosten nach dem Verhältnis der Fläche der Mietwohnung zur Gesamtwohnfläche umzulegen sind. Dies gilt nicht nur für verbrauchsunabhängige Betriebskosten, sondern auch für verbrauchsabhängige, die wegen fehlender Erfassung des Verbrauchs der einzelnen Mieter nach der Wohnfläche abgerechnet werden.

Der Vermieter hat grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass leerstehende Wohnungen zu seinen Gunsten aus der Umlegung bestimmter Betriebskosten auszuklammern wären.

Anders entschied allerdings früher das AG Charlottenburg:[59]

Dem Vermieter steht gegen den Wohnungsmieter in einem Mehrfamilienhaus ein Anspruch auf Änderung des Mietvertrages dahin zu, dass bei der Umlage der Kosten der Be- und Entwässerung mit Ausnahme des Niederschlagswassers, der Müllabfuhr hinsichtlich des Haushaltsmülls, der Hausbeleuchtung mit Ausnahme der Außenbeleuchtung und des Fahrstuhlstroms leerstehende Wohnungen unberücksichtigt bleiben.

Der Vermieter hat gegen den Mieter einen Anspruch auf Änderung des mietvertraglich vereinbarten Verteilungsschlüssels der Betriebskosten aus den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB, wenn ein einseitiges Änderungsrecht des Vermieters nach den §§ 315, 316 BGB jedenfalls dann ausgeschlossen ist, weil ein vertraglich vereinbarter Abrechnungsmaßstab besteht.

Weitere Voraussetzung für einen derartigen Anpassungsanspruch des Vermieters zur Änderung des Verteilerschlüssels ist, dass der begehrte künftige Verteilerschlüssel zulässig ist und ihn, den Vermieter, die Beibehaltung des bisherigen Schlüssels unbillig belasten würde.

Die Beibehaltung des bisherigen Verteilerschlüssels würde den Kläger unbillig belasten. Denn vorliegend besteht ein größerer und *längerer Leerstand*, der ausreicht, eine unbillige Belastung des Vermieters anzunehmen. Seit mehreren Jahren besteht eine konstante Leerstandssituation von 20% der Wohnungsfläche, durch die der Kläger jährlich über € 1800,00 an anteiligen Betriebskosten tragen muss.

Es ist aufgrund des bestehenden Leerstands eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung der Vertragsanpassung dem Kläger nicht abzusprechen. Denn der gesamte jährliche Betriebskostenanteil von über € 1800,00, der infolge Leerstands auf den Kläger entfällt, kann nicht als unbedeutend angesehen werden, zumal der Kläger mit einem solchen Betrag u. U. jeweils über Jahre belastet wäre, wenn der Verteilerschlüssel bei gleichbleibendem Leerstand beibehalten würde.

Dass die begehrte Änderung des Mietvertrages *un*praktikabel sein mag und für künftige Betriebskostenabrechnungen ein erhöhtes Risiko streitiger Verfahren begründen kann, weil die Betriebskostenabrechnungen etwaige Änderungen der Leerstandssituation berücksichtigen müssten, begründet keinen berechtigten Einwand hiergegen. Ein eventueller erhöhter Abrechnungsaufwand würde allenfalls den Vermieter treffen; ein solcher Mehraufwand würde nicht zu Lasten des Mieters gehen.

Umstritten ist, ob eine *individual*vertragliche Regelung, dass der Mieter die Kosten bei Leerstand trägt, mit § 557 Abs. 4 BGB kollidiert. Langenberg[60] hält eine solche Regelung für nichtig. Schmid[61] sieht hierin keine variable Mieterhöhung und verlangt lediglich, dass die Überführung des Leerstandsrisikos transparent dargestellt wird.[62] Für nicht verbrauchsabhängige Kosten in der Wohnraummiete folgt die h.M.[63] wohl Langenberg.

II. Besonderheiten bei vermietetem Sondereigentum[64]

1. Änderung durch – ggf. nach § 10 Abs. 2 *S. 3* WEG[65] erzwungene – Vereinbarung der Wohnungseigentümer

Die Wohnungseigentümer können gem. § 10 Abs. 2 *S. 2* WEG durch Vereinbarung den bisherigen Umlageschlüssel – wenn nicht zwingende gesetzliche Regelung entgegenstehen – grundsätzlich frei ändern.

Eine solche Vereinbarung ist ein zivilrechtlicher Vertrag, dem *sämtliche* – in der Regel im Grundbuch eingetragenen – Wohnungseigentümer zustimmen müssen. Eine solche Vereinbarung ist zwar formfrei wirksam, hat jedoch Wirkung gegenüber Rechtsnachfolgern nur im Falle einer Eintragung in das Grundbuch (§ 10 Abs. 3 WEG).

Hat die Vereinbarung den Umlageschlüssel zum Gegenstand, könnte sie bei fehlender Wirkung gegenüber den Rechtsnachfolgern auch nicht unter den bisherigen Vertragsschließenden fortgelten. Dies ergibt sich schon aus der Natur des Umlageschlüssels, der nur *einheitlich* für sämtliche Sondereigentumseinheiten gelten kann.

Selbst wenn eine solche Vereinbarung gegen Bestimmungen der Heizkostenverordnung verstößt, ist sie nicht nichtig, sondern wird – nach richtiger Auffassung – von den derzeitigen Bestimmungen der Heizkostenverordnung lediglich überlagert.[66] Durch eine Vereinbarung können die Wohnungseigentümer nicht nur dispositive gesetzliche Regelungen abbedingen oder weiter ausgestalten, sondern auch z. B. die bisherige Gemeinschaftsordnung oder die aktuelle Beschlusslage ändern.

Der komplette Wegfall einer nicht im Grundbuch eingetragenen Vereinbarung über den Umlageschlüssel nach Eintritt des Erwerbers kann dadurch vermieden werden, dass der Erwerber sich der bisherigen schuldrechtlichen Vereinbarung unterwirft. Tut er dies nicht, scheidet ein teilweises Aufrechterhalten der Alt-Vereinbarung i. d. R. schon deshalb aus, weil die Kostenverteilung einheitlich zu erfolgen hat.

Einzig denkbarer Ausnahmefall wäre hier eine Mehrhausanlage mit vollständig getrennten Abrechnungskreisen. Bei entsprechender Vorerfassung könnten hier innerhalb der Einzelhäuser die Kosten nach unterschiedlichen Maßstäben – zum Teil nach der Alt- Vereinbarung, zum Teil nach Gesetz – erfolgen.

Da auch konkludente (formfreie) Vereinbarungen möglich sind, wird bei der Kostenverteilung verlangt, dass vor der still-

58) Dazu Rips in Betriebskostenkommentar, § 556 BGB Rdnr. 214 ff. m.w.Nachw.; Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiete, 5. Aufl., F Rdnr. 7 ff., 41 ff.; Pfeifer, Betriebskosten bei Wohn- und Geschäftsraummiete, S. 130 ff. m.w.Nachw.; Blank/Börstinghaus, Miete, 2. Aufl., BGB § 556 a Rdnr. 9 f.; Sternel, WuM 2003, 243, 245 ff.; Schach, GE 2002, 375 ff.; Blank, DWW 1992, 65, 68 f.

59) GE 2005, 623.

60) WuM 2002, 589.

61) Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Aufl. Rn. 4010a.

62) Vgl. OLG Hamburg WuM 2001, 343.

63) Statt vieler Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 556a Rn. 27.

64) Vgl. Drasdo ZMR 2008, 421, 426.

65) Vgl. Lammel in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 3 HeizkostenVO Rn. 18 Fn. 17, der allerdings die Überschreitung einer 50%-Grenze bei der individuellen Mehrbelastung statt der von der h. M. – KG ZfIR 2004, 681 mit Anm. Riecke – geforderten 25% postuliert. Zu den strengeren Voraussetzungen vor Inkrafttreten des § 10 Abs. 2 Satz 3 vgl. auch OLG Schleswig ZMR 2006, 889 = GuT 2006, 157.

66) Abramenko, ZWE 2007, 61.

schweigenden Willenskundgebung die Wohnungseigentümer in Kenntnis ihrer bisherigen Vereinbarungen noch über den Kostenverteilerschlüssel beraten haben. So hat etwa das OLG Hamburg[67] entschieden, dass besondere Anforderungen an ein stillschweigendes Verhalten zu stellen seien; insbesondere genüge nicht jede einseitige Übereinkunft der Wohnungseigentümer. Es kann nicht allein aus dem Umstand, dass über Jahre hinweg (falsche) Jahresabrechnungen von den Wohnungseigentümern genehmigt worden sind, bei denen bestimmte Betriebskosten entgegen WEG oder Teilungserklärung von bestimmten Eigentümern nicht mitgetragen wurden, auf den rechtsgeschäftlichen Willen der Mitwohnungseigentümer zur dauerhaften Abänderung des Kostenverteilerschlüssels insoweit geschlossen werden.[68] Insbesondere muss sich aus der stillschweigenden Regelung ergeben, dass damit nicht nur deren Wirkung für die Vergangenheit ausgesprochen wird, sondern ihr auch Zukunftswirkung beigemessen wird. Gerade bei Vereinbarungen über den Umlageschlüssel wird dies zu verlangen sein.[69] Problematisch kann im Einzelfall auch die Abgrenzung zwischen einer solchen – ausdrücklichen oder stillschweigenden – Vereinbarung und dem sog. *all*stimmigen Beschluss sein.

Ob eine Vereinbarung oder ein solcher allstimmiger Beschluss (Zustimmung aller Wohnungseigentümer) anzunehmen ist, muss im Einzelfall durch Auslegung ermittelt werden.

Bezogen auf den Umlageschlüssel ist hier zu berücksichtigen, dass bei Verteilung der Betriebskosten die Gemeinschaft *ohne* Grundbucheintragung schon mit *einfacher* Mehrheit nach § 16 Abs. 3 WEG eine neue Kostenverteilung beschließen kann. Dies spricht dafür, dass im Zweifel keine Vereinbarung, sondern lediglich ein Beschluss in solchen Fällen gewollt ist.

Anderes gilt, wenn für den Beschlussgegenstand keine Beschlusskompetenz[70] besteht und die Vereinbarung als *einziges* Regelungsinstrument in Betracht kommt.

Im Rahmen der Auslegung soll im Zweifel der mutmaßliche Wille der Wohnungseigentümer dahin gehen, eine rechtswirksame Regelung zu treffen. Dies ist jedoch nicht mehr als ein Indiz.[71] Zu beachten ist jedoch immer, dass eine Vereinbarung auf einer Eigentümerversammlung[72] zwingend voraussetzt, dass tatsächlich sämtliche Wohnungseigentümer anwesend sind (*Universal*versammlung) oder bei Stellvertretung die Vollmachten sich nicht nur auf die in der Tagesordnung genannten Beschlussgegenstände beziehen, sondern umfassend auch zum Abschluss von Vereinbarungen (Verträgen) ermächtigen. Im Zweifel ist die Vollmachtsurkunde nicht in diesem Sinne auszulegen. In diesem Zusammenhang ist nämlich zu berücksichtigen, dass der vollmachtgebende Wohnungseigentümer gefasste Beschlüsse – auch wenn sein Vertreter diesen zugestimmt hat – noch erfolgreich binnen Monatsfrist gem. den §§ 43 Nr. 4, 46 WEG anfechten[73] kann, während eine Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 S. 2 WEG – abgesehen von Anfechtungsgründen aus den §§ 119, 123 BGB – sofort wirksam und bindend ist.

Eine Änderung des Kostenverteilerschlüssels kann im Einzelfall auch von einem benachteiligten Wohnungseigentümer gegenüber seinen Mitwohnungseigentümern über die Regelung des § 10 Abs. 2 *S. 3* WEG erzwungen werden,[74] und zwar auch bei Existenz einer Öffnungsklausel.[75] Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn etwa durch Ausbau von Dachgeschossen oder Souterrainräumen weitere Wohnflächen geschaffen werden. Durch die Regelung des § 10 Abs. 2 S. 3 WEG hat der Gesetzgeber zwar die *Maßstäbe für den Änderungsanspruch abgesenkt*[76]. Bezogen auf den Umlageschlüssel wird jetzt eine Mindestmehrbelastung des benachteiligten Wohnungseigentümers i. H. v. 25% verlangt. Dies geht zurück auf eine Entscheidung des Kammergerichts,[77] der das Landgericht Nürnberg-Fürth[78] gefolgt ist, dessen Entscheidung wiederum vom BGH[79] bestätigt wurde.

Die Regelungen in 16 Abs. 3 und § 16 Abs. 4 WEG stehen einer derartigen durch – ggf. gerichtliche Ersetzung der – Zustimmungserklärungen (§ 894 ZPO) zu erreichenden Vereinbarung nicht entgegen, sind insbesondere nicht lex specialis.[80] Im Regelfall hat der benachteiligte Wohnungseigentümer allerdings keinen Anspruch auf Optimalanpassung. Lediglich wenn ein Fall der Ermessensreduzierung auf Null vorliegt, kann er einen bestimmten Umlageschlüssel gegen die übrigen Wohnungseigentümer durchsetzen.[81]

Das Amtsgericht Hannover[82] entschied ausdrücklich:

„Wurden einige Wohnungseigentumseinheiten durch Dachausbau bis zu 90% vergrößert, hat ein einzelner Eigentümer einen Anspruch auf Änderung des Kostenverteilerschlüssels, sofern nunmehr die Wohn- oder Nutzflächen um mehr als 25% von den Miteigentumsanteilen abweichen."

Kommt es nicht zu einer für die mietvertragliche Kostenumlegung angemessenen Vereinbarung – zB bei nur einem Aufzug in einer Mehrhausanlage[83] – bleibt es bei der Umlage nach Miteigentumsanteilen (§ 16 Abs. 2 WEG).

Erst jüngst hat der BGH[84] entschieden, dass eine abändernde Vereinbarung über § 10 Abs. 2 S. 3 WEG nicht erzwungen werden kann, selbst wenn die Mehrbelastung bei den umzulegenden Kosten rund 94% beträgt, wenn man auf die Wohnfläche abstellt, und rund 70% wenn man auf die Nutzflächenanteile abstellt, weil das Maß der Belastung nicht das alleinige Kriterium für die Beurteilung der Unbilligkeit des Festhaltens am vereinbarten Kostenverteilerschlüssel ist. Im konkreten Fall hat der BGH es nicht beanstandet, dass die Kostenverteilung unverändert blieb, weil nach der Teilungserklärung eine verschie-

67) OLG Hamburg ZMR 2006, 298 ff.
68) Vgl. auch OLG Hamburg ZMR 2003, 870 ff. = OLGR Hamburg 2004, 165.
69) Vgl. auch OLG Zweibrücken ZMR 1999, 853 ff. = OLGR Zweibrücken 2000, 136; OLG Hamburg ZMR 2003, 870 ff. = OLGR Hamburg 2004, 165.
70) BGH ZMR 2000, 771 = WuM 2000, 620.
71) Riecke/Schmidt/Elzer, Die erfolgreiche Eigentümerversammlung 4. Auflage, Rn. 69.
72) Vgl. dazu Harz/Kääb/Riecke/Schmid, Handbuch des Fachanwalts, 3. Auflage, Kapitel 20.
73) Vgl. Riecke/Schmidt/Elzer Die erfolgreiche Eigentümerversammlung 4. Aufl., Rn. 906.
74) Aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG lässt sich aber kein Anspruch eines Wohnungseigentümers auf Zustimmung zur Änderung des Kaltwasser-Verteilungsschlüssels dahingehend herleiten, dass grundsätzlich nach Personen abgerechnet wird, mit Ausnahme der Wohnungen, in denen sich separate Wasseruhren zwecks Erfassung des Verbrauchs befinden, AG Pinneberg ZMR 2008, 578.
75) OLG Schleswig ZMR 2006, 889 = GuT 2006, 157: Die Pflicht besteht auch dann, wenn die Teilungserklärung eine Öffnungsklausel enthält. Jedenfalls dann, wenn ein Wohnungseigentümer mehrmals vergeblich versucht hat, die Wohnungseigentümerversammlung zur Änderung des Verteilungsschlüssels zu bewegen, kann ihm nicht entgegengehalten werden, er müsse vor Anrufung des Wohnungseigentumsgerichts die Wohnungseigentümerversammlung erneut damit befassen.
76) Elzer in Riecke/Schmid, Fachanwaltskommentar, 3. Aufl. § 10 WEG Rn. 184. Nach früherer Rechtsprechung war ein Anspruch auf Änderung nur gegeben, wenn *außergewöhnliche* Umstände ein Festhalten an der geltenden Regelung als *grob unbillig* und damit als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben erscheinen lassen. Heute genügt es, wenn ein Festhalten an der geltenden Regelung aus *schwerwiegenden* Gründen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls – insbesondere der Rechte und Interessen der anderen Wohnungseigentümer – *unbillig* erscheint.
77) KG ZfIR 2004, 681 mit Anm. Riecke = ZMR 2004, 705 mit Anm. Winkler, S. 930; KG aaO: Im Anschluss an Jennißen (Verwalterabrechnung nach dem WEG, 5. Aufl., S. 30) hält der Senat jedenfalls einen Änderungsanspruch für gegeben, wenn die Wohn- oder Nutzfläche vom Miteigentumsanteil *mehr als 25% abweicht.*
78) LG Nürnberg-Fürth ZMR 2010, 399.
79) BGH ZMR 2010, 778 = WuM 2010, 520.
80) LG Hamburg ZMR 2010 , 635.
81) AG Hamburg-Wandsbek ZMR 2010, 237.
82) AG Hannover ZMR 2009, 234.
83) BayObLG ZMR 2005, 639 = ZWE 2005, 230 = WuM 2005, 148 KL: Verfügt in einer Mehrhausanlage nur ein Teil der Häuser über einen Aufzug, so sind gleichwohl die Aufzugskosten auf alle Wohnungseigentümer umzulegen, wenn nicht eine andere Kostenverteilung klar und eindeutig vereinbart ist.
84) BGH Urteil vom 17. 12. 2010, V ZR 131/10, GuT 2010, 460.

denartige Nutzung der Sondereigentumseinheit zugelassen war. Der BGH hat ausdrücklich auf die Nutzungsmöglichkeit nicht auf die tatsächliche Nutzung insoweit abgestellt.

2. Änderungen durch einen Beschluss

2.1 der auf einer vereinbarten Anpassungsvereinbarung/Öffnungsklausel beruht

Eine solche sog. Öffnungsklausel kann sich auch im Wege der Auslegung z. B. der Gemeinschaftsordnung entnehmen lassen. Elzer spricht insoweit von „beschlussoffenen Vereinbarungen".[85] Diese Öffnungsklauseln sind rechtlich Anpassungsvereinbarungen im Sinne des § 10 Abs. 2 S. 2 WEG.

Die Wohnungseigentümer können eine spezielle Öffnungsklausel für den Umlageschlüssel vereinbaren. Für seine Änderung genügt allerdings auch eine allgemeine Öffnungsklausel, der zufolge sämtliche das Verhältnis der Wohnungseigentümer zueinander betreffende Angelegenheiten fortan durch einfache oder qualifizierte Mehrheitsbeschlüsse neu geregelt werden dürfen. Die Wohnungseigentümer haben die Möglichkeit, das Vertragsprinzip durch das Mehrheitsprinzip im Wege einer solchen Anpassungsvereinbarung zu ersetzen.

Zur Wirkung gegenüber Sondernachfolgern muss auch diese Anpassungsvereinbarung/Öffnungsklausel nach § 10 Abs. 3 WEG im Grundbuch eingetragen sein.

Eine Zustimmung dinglich Berechtigter (insbesondere Banken) ist nicht notwendig. Die Gemeinschaft ersetzt hier lediglich das Regelungsinstrumentarium „Vereinbarung" durch den „Beschluss". Eine rechtliche Beeinträchtigung im Sinne des § 876 BGB ist darin noch nicht zu sehen. Ein Rechtsnachteil entsteht dinglich berechtigten Dritten erst durch die aufgrund der Öffnungsklausel gefassten Beschlüsse.

Die sog. verdeckte oder versteckte Öffnungsklausel ist lediglich ein Sonderfall. Das Kammergericht[86] hatte eine solche (verdeckte) Öffnungsklausel angenommen, und zwar für eine Regelung in der Gemeinschaftsordnung, wonach der ausbauberechtigte Wohnungseigentümer nach Baubeginn zu 50% an den Bewirtschaftungskosten der Wohnanlage zu beteiligen war.

Während Vereinbarungen in Beschlussangelegenheiten nach herrschender Meinung eintragungsbedürftig und eintragungsfähig sind,[87] wird für Beschlüsse mit Vereinbarungsinhalt eine Eintragungsfähigkeit abgelehnt.

Lediglich Elzer[88] vertritt die Auffassung, dass Beschlüsse aufgrund von Öffnungsklauseln rechtlich noch immer materiell Vereinbarungen darstellen.

Der Gesetzgeber hat durch § 10 Abs. 4 S. 2 WEG klarstellen wollen, dass es insoweit sich um nicht eintragungsfähige Beschlüsse handelt.[89] Der Gesetzgeber befürchtete eine Überlastung der Grundbuchämter und eine Unübersichtlichkeit und damit eine Minderung des Informationsgehalts des Grundbuchs.

2.2 Änderung durch Beschluss, der auf § 16 Abs. 3 WEG beruht

Infolge der Regelung des § 16 Abs. 3 WEG besteht die Möglichkeit, durch – ordnungsgemäß anzukündigenden[90] – einfachen Mehrheitsbeschluss den Umlageschlüssel zu ändern. Über den Wortlaut der Vorschrift hinaus[91] kann nicht nur der gesetzliche Verteilerschlüssel nach Miteigentumsanteilen (§ 16 Abs. 2 WEG), sondern auch eine Kostenverteilungsregelung in der Gemeinschaftsordnung durch einfachen Mehrheitsbeschluss geändert werden.

Der BGH[92] hat im Ergebnis einen Erst-Recht-Schluss aus der gesetzlichen Formulierung „abweichend von Abs. 2" gezogen und für die Betriebskosten im Sinne des § 556 BGB eine allumfassende Beschlusskompetenz zur Änderung der Kostenverteilung bejaht.

Bereits das LG München I[93] hatte aus der Regelung des § 16 Abs. 5 WEG gefolgert, dass auch von einem in der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung vereinbarten Umlageschlüssel durch Mehrheitsbeschluss abgewichen werden kann.

Eine solche Änderung des Umlageschlüssels über einen Mehrheitsbeschluss nach § 16 Abs. 3 WEG muss transparent[94] gestaltet werden. Hierfür genügt es nicht, in einer Jahresabrechnung oder einem Wirtschaftsplan lediglich einen neuen Umlageschlüssel zugrunde zu legen. Auch wenn Beschlusskompetenz für eine rückwirkende Änderung des Umlageschlüssels besteht, entspricht dies nicht den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung.[95] Ein entsprechender Beschluss kann jedoch bestandskräftig werden, müsste jedoch auf Anfechtung hin vom Gericht – zumindest für abgelaufene oder bereits laufende Wirtschaftsjahre – für ungültig erklärt werden.

Lässt der Beschluss eine durchführbare Regelung noch erkennen, ist er indes nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar[96]. Es ist insoweit danach zu differenzieren, ob der inhaltlich nicht hinreichend bestimmte Beschluss einen erkennbaren, ggfs. unvollständigen Inhalt hat oder ob dieser – trotz Auslegung – in sich widersprüchlich bzw. auch vollkommen nichtssagend ist (sog. „Perplexität").

Umstritten ist insoweit, ob ein derartiger Beschluss eines *sachlichen Grundes* bedarf, um nicht gegen das Willkürgebot zu verstoßen. Im Regelfall werden sich die Kriterien „sachlicher Grund" und „ordnungsmäßige Verwaltung" weitgehend decken. Es ist kaum ein Änderungsbeschluss denkbar, für den es einen sachlichen Grund gibt, aber der nicht ordnungsmäßiger Verwaltung genügt. Dennoch entschieden das LG Düsseldorf[97] und das LG München I,[98] dass die Änderungen der Kostenverteilung eines sachlichen Grundes bedürfen, und ein solcher insbesondere darin liege, wenn den unterschiedlichen Gebrauchsmöglichkeiten für die Eigentümer Rechnung getragen werde. Das AG Nürnberg[99] verlangt sogar ausdrücklich für das „Ob" und „Wie" der Änderung jeweils einen sachlichen Grund neben dem Fehlen einer ungerechtfertigten Benachteiligung Einzelner. Dagegen entschied das LG Nürnberg-Fürth,[100] dass kein gesonderter sachlicher Grund erforderlich sei.

85) Riecke/Schmid WE-Recht 3. Aufl., § 10 Rn 83.
86) KG ZMR 2002, 147 = WuM 2001, 570.
87) Elzer in Riecke/Schmid WE-Recht 3. Aufl., § 10 Rn 320.
88) Riecke/Schmid WE-Recht 3. Aufl., § 10 Rn 166 und 287.
89) BT-Drucksache 16/887 S. 20.
90) OLG Düsseldorf ZMR 2005, 895 = WuM 2005, 670 KL: Enthält die Einladung zu einer Wohnungseigentümerversammlung lediglich den Tagesordnungspunkt „Hausgeldabrechnung", so müssen die Geladenen grundsätzlich nicht mit einem Beschluss rechnen, der die in der Teilungserklärung festgelegte Kostenverteilung bzgl. des Aufzugs dahin ändert, dass nur noch ein Haus in der Mehrhausanlage damit belastet wird und nicht – wie zuvor – die Gemeinschaft.
91) Zu eng am Wortlaut klebend AG Hamburg ZMR 2009, 321 = Info M 2009, 75 = WE 2009, 151.
92) BGH ZMR 2010, 775 = WuM 2010, 524.
93) LG München I ZMR 2010, 66 = NZM 2010, 248.
94) „zuordnungsfähige Kosten" ist zu unbestimmt; vgl. OLG Oldenburg ZMR 2005, 814: Die Verwendung solcher nicht hinreichend bestimmter Begriffe führt zur Nichtigkeit des betreffenden Beschlusses sowie auch zur Anfechtbarkeit/Nichtigkeit weiterer – hinreichend bestimmter – Regelungen in separaten Beschlüssen, die auf der als anfechtbar bzw. nichtig anzusehenden Regelung beruhen.
95) BGH ZMR 2010, 775 = WuM 2010, 524.
96) LG Hamburg, Urteil vom 30. 6. 2010, 318 S 138/09, DWE 2010, 108 unter Hinweis auf OLG Hamburg ZMR 2008, 225. Dem Beschluss der Eigentümer ließ sich entnehmen, dass die dort konkret bezeichneten Kosten ab einem Stichtag in der Gemeinschaft nach der „tatsächlichen Flächennutzung" verteilt werden sollen, wobei dafür die bisherigen Flächen für die Grundkosten der Heizungskosten herangezogen wurden.
97) LG Düsseldorf ZMR 2010, 59 = INFO M 2010, 38.
98) LG München I ZMR 2010, 66 = NZM 2010, 248.
99) AG Nürnberg, Urteil vom 27. 10. 2010, 30 C 40157/10.
100) LG Nürnberg-Fürth ZMR 2009, 638 = NJW-RR 2009, 884.

Dokumentation, Analyse, Entwicklung
GuT
Gewerbemiete und Teileigentum

Die Wohnungseigentümer können[101] nach § 16 Abs. 3 WEG mehrheitlich z. B. die Aufzugskosten[102] in einzelnen Häusern einer Mehrhausanlage nach Stockwerken differenziert festlegen. Nicht jedoch dürfen Hausmeister- und Hausreinigungskosten nach Einheiten verteilt werden, da sonst Eigentümer mit größeren Miteigentumsanteilen sich auf Kosten anderer schadlos halten.[103]

Der neue Umlageschlüssel soll nicht einmal zwingend besser[104] sein müssen als der bisherige.

2. 3 Änderung durch einen Beschluss, der nach § 21 Abs. 4 WEG erzwungen wurde

Bei einer solchen Beschlussfassung ist als ein Abwägungskriterium von den Wohnungseigentümern mit zu berücksichtigen, wenn eine Sondereigentumseinheit vermietet ist. Die Vermietung steht aber einer Änderung des Umlageschlüssels nicht per se entgegen. Die Wohnungseigentümer werden allerdings zu bedenken haben, ob die von ihnen eingeführte Änderung des Umlageschlüssels dem vermietenden Wohnungseigentümer die Möglichkeiten zur einseitigen Änderung über § 556a Abs. 2 BGB bzw. § 6 Abs. 4 S. 2 Heizkostenverordnung gegenüber dem Mieter offen lässt. Ob der Vermieter im Einzelfall einen Änderungsvorbehalt im Mietvertrag geregelt hat, ist nicht von entscheidender Bedeutung; soweit der vermietende Wohnungseigentümer von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, kann er dies jedenfalls nicht als Abwägungskriterium gegen eine Änderung bzw. für das Beibehalten der bisherigen, mit seinem Mietvertrag identischen Kostenverteilungsregelung ins Feld führen.[105]

Das Verwaltungsermessen der Wohnungseigentümer führt im Regelfall dazu, dass der einzelne Eigentümer keine Neuregelung des Umlageschlüssels erzwingen kann, wenn weder die Voraussetzung des § 10 Abs. 2 S. 3 WEG (s. o.) gegeben ist, noch durch eine Ermessensreduktion lediglich die von ihm gewünschte Art der Umlage ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht.

Eine Änderung der Kostenverteilung als Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung kommt daher insbesondere dann in Betracht, wenn etwa nach den Landesbauordnungen[106] der Einbau von Kaltwasserzählern vorgeschrieben ist. In Konsequenz dieser öffentlich-rechtlichen Verpflichtung entspricht dann allein die verbrauchsabhängige Abrechnung noch ordnungsmäßiger Verwaltung. Entsprechendes gilt, wenn die Eigentümergemeinschaft über Erfassungsgeräte verfügt, deren Einsatz – nach ggf. erforderlicher Eichung – in Kombination mit einem verbrauchsabhängigen Verteilerschlüssel nur konsequent ist.

3. Folgen der Änderungen für den Mietvertrag

3. 1 einvernehmliche Regelungen

Der vermietende Wohnungseigentümer und sein Mieter können im Rahmen der Vertragsfreiheit jederzeit die Anpassung des mietvertraglich vereinbarten oder gesetzlichen Umlageschlüssels an den Umlageschlüssel, der in der jeweiligen Eigentümergemeinschaft zum fraglichen Zeitpunkt gilt, vereinbaren.

Für vermietetes Wohnungseigentum/Teileigentum gilt insoweit nichts vom normalen Mietrecht Abweichendes.[107]

Lediglich nach der Methode der „wohnungsbezogenen Kostenerfassung“[108] bedarf es einer solchen einvernehmlichen Änderung des Verteilungsmaßstabes nicht. Nach dieser Auffassung hat der Wohnungseigentümer, anders als der Eigentümer eines Mehrfamilienhauses, nichts zu verteilen, weil er nur eine Mietpartei hat. Insoweit sei er aus wirtschaftlicher und rechtlicher Sicht wie ein Eigentümer eines Einfamilienhauses zu behandeln. Insoweit gelte ein eigener Betriebskostenbegriff.

3. 2. Verweisungsklauseln

3. 2. 1 Allgemeine Verweisungsklausel

Durch eine solche Klausel soll ein permanenter Gleichlauf zwischen dem Umlageschlüssel innerhalb der Wohnungseigentümergemeinschaft einerseits und zwischen dem vermietenden Wohnungseigentümer und seiner Mietpartei andererseits hergestellt werden.

Abramenko[109] hält es für möglich, den Mieter vertraglich an die Jahresabrechnung des WEG-Verwalters – soweit es sich um umlagefähige Positionen/Kosten handelt – zu binden.

Gänzlich unzulässig sind mietvertragliche Vereinbarungen, wonach für das Mietverhältnis die Verwalterabrechnung maßgeblich sein soll.[110] Solche Klauseln beinhalten nämlich auch nicht umlagefähige Positionen.

Will der vermietende Wohnungseigentümer nur die umlagefähigen Kosten aus der Einzelabrechnung des WEG-Verwalters auf den Mieter umlegen, muss sich aus der Klausel auch ergeben, ob die Verwalterabrechnung nach dem – vermeintlich gesetzlich vorgegebenen – Abflussprinzip erstellt wurde und die Miteigentumsanteile als Umlageschlüssel dort noch gelten.[111]

Bezweifelt wird, dass die allgemeine Verweisungsklausel wegen der Kenntnis des Mieters davon, dass er eine „Eigentumswohnung“ (Wohnungseigentum) mietet, als überraschende Klausel i. S. d. § 305 c BGB anzusehen ist. Dennoch wird im Ergebnis zu Recht eine allgemeine dynamische Verweisungsklausel in Formularmietverträgen überwiegend als nichtig angesehen.[112]

Die dynamische Verweisungsklausel verstößt etwa nach Sternel[113] wegen der Einbeziehung künftiger Änderungen von Abrechnungsmodus und Verteilerschlüssel innerhalb der Eigentümergemeinschaft schon gegen § 305 c Abs. 1 BGB.

Die vom Mieter verlangte Pauschaleinwilligung in Gesamtakte der Eigentümergemeinschaft verstößt jedenfalls gegen § 307 BGB. Hieran können auch Klauselzusätze wie „sofern der Mieter hierdurch nicht unbillig benachteiligt wird“ nichts ändern.[114] Sie verschleiern lediglich, dass das Verbot geltungserhaltener Reduktion hier umgangen werden soll.

Das Landgericht Hamburg[115] hat die pauschale Verweisung auf die Jahresabrechnung nach § 28 WEG als Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1 und 2 sowie Abs. 2 Nr. 1 BGB eingestuft. Hierbei musste die dortige Vertragsklausel richtigerweise auf die „von der Eigentümerversammlung beschlossene Jahresabrechnung“ bezogen werden. Der bloße Abrechnungsentwurf des

---

101) *A.A. für einen Einzelfall* AG Nürnberg, Urteil vom 27. 10. 2010, 30 C 40157/10, zur Veröffentlichung in ZMR 2011 vorgesehen: Durch das Stockwerk allein wird nicht festgelegt, von welchen Wohnungen aus in welchem Umfang der Aufzug tatsächlich genutzt wird, da es jedem möglich ist, zu Fuß zu gehen. Zudem wird die Nutzungshäufigkeit auch dadurch beeinflusst, wie viele Personen in einer Wohnung leben und wie oft am Tag sie das Haus verlassen. All dies werde durch einen allein (!) am Stockwerk orientierten Maßstab nicht berücksichtigt.

102) Vgl. dazu AG Dresden ZMR 2008, 248, Rn. 4 und 19 f. nach JURIS, zur Umlegung nach Miteigentumsanteilen einschließlich der Gewerberäume im Souterrain.

103) LG Nürnberg-Fürth ZMR 2009, 638 = NJW-RR 2009, 884.

104) Vgl. AG Recklinghausen ZMR 2010, 242 = WuM 2009, 546.

105) Vgl. Riecke/Schmid WE-Recht 3. Aufl., Anhang zu § 16 Rn 55 ff. sowie § 16 Rn 86 b.

106) Hamburg: § 45 Abs. 4 HBauO und Mecklenburg-Vorpommern: § 40 Abs. 2 BauO M-V.

107) Horst DWW 2011, 3 unter III. 1.

108) Blank NZM 2004, 365; vgl. auch LG Mannheim WuM 1996, 630; *dagegen* zutreffend Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011), § 556 Rn. 113, weil der Schutz des Mieters sonst verkürzt würde.

109) Zur vertraglichen Bindung des Mieters an die Betriebskostenabrechnung des Wohnungseigentumsverwalters ZMR 1999, 676 ff.

110) LG Wiesbaden ZMR 1999, 409.

111) Vgl. auch Sternel Mietrecht aktuell, 4. Auflage, Kap. V Rn. 328.

112) LG Hamburg ZMR 2009, 288 (mit Anm. Riecke/Breiholdt) = WuM 2008, 727; Langenberg NZM 2004, 361, 365.

113) Sternel, Mietrecht I Rn 329.

114) Vgl. Rips in Eisenschmid/Rips/Wall 2. Aufl. Rn. 2311 für Altregelung vor MietRRefG; *a.A.* Schmid in MünchKomm § 556a Rn. 23: einseitige Änderung möglich, wenn Entsprechendes vereinbart ist.

115) LG Hamburg ZMR 2009, 288 ff. (mit Anm. Riecke/Breiholdt) = WuM 2008, 727.

WEG-Verwalters hat keine entsprechende Rechtsqualität. Auf derselben Linie liegt eine Entscheidung des Amtsgericht Elmshorn.[116]

In § 10 Ziff. 1 des Hamburger Mietvertrags heißt es nunmehr:

„Bei vermieteten Eigentumswohnungen trägt der Mieter denjenigen Anteil an den Kosten gemäß § 2 Betriebskostenverordnung, die die Einzelabrechnung des Wohnungseigentumsverwalters vorgibt, sofern der Mieter hierdurch nicht unbillig benachteiligt wird. Daneben trägt er die weiteren Betriebskosten, die außerhalb dieser Abrechnung unmittelbar auf die Wohnung entfallen (z. B. Grundsteuer)."

Auch diese Klausel[117] stellt zu Unrecht auf eine „Verwalterabrechnung" ab, ohne näher zu bestimmen, ob diese – ggf. bestandskräftig – von der Eigentümerversammlung beschlossen worden sein muss.

Die Klausel geht auch mit keinem Wort darauf ein, ob z. B. die Grundsteuer,[118] die ja wohl nach dem Leistungsprinzip zugeordnet werden soll, in einer Art Abrechnungsmix mit Kosten kombiniert werden darf, die nach dem Abflussprinzip abgerechnet wurden. Schon diese Art der Abrechnung ist umstritten.[119]

Aufgrund der neuen Beschlusskompetenzen z. B. nach § 16 Abs. 3 WEG würde es dem Mieter nicht einmal nützen, wenn dem Mietvertrag die bisherigen beschlossenen Einzelabrechnungen für seinen vermietenden Wohnungseigentümer beigefügt würden.

Die Wohnungseigentümergemeinschaft könnte theoretisch auf jeder Versammlung für das nächste Wirtschaftsjahr einen abweichenden Verteilerschlüssel beschließen und diesen Beschluss bestandskräftig werden lassen. Durch die vorstehend wiedergegebene Klausel des § 10 Ziff. 2 Hamburger Mietvertrags wird zumindest erreicht, dass die Grundsteuer bei vermieteten Eigentumswohnungen nicht nach dem allgemeinen Verteilerschlüssel verteilt werden muss, sondern, soweit auf diese Mietwohnung entfallend, zu 100% auf den Mieter umgelegt werden kann. Dieser Auffassung hat sich inzwischen auch das Landgericht Hamburg[120] angeschlossen und festgestellt:

„Es bedarf nicht der Quadratmeter-Anteilsberechnung der Menge aller Grundsteuerbescheide der Wohnanlage anstelle der Umlage des Betrags aus dem Grundsteuerbescheid allein der vermieteten Eigentumswohnung."

Die Gegenmeinung verweist darauf, dass „eine Harmonisierungsklausel nicht überraschend sein könne".[121] Vertretbar erscheint es, eine eingeschränkte transparente dynamische formularvertragliche Verweisungsklausel als wirksamen *Änderungsvorbehalt*[122] einzustufen, wenn die Klausel für den Mieter erkennbar gegenständlich auf die vereinbarten Betriebskosten beschränkt ist, es zu einer einheitlichen Abrechnung entweder nach Leistungsprinzip oder nach dem Abflussprinzip kommt, und aus der Klausel für den Mieter erkennbar ist, dass er auch an künftige Änderungen des Umlageschlüssels innerhalb der Eigentümergemeinschaft gebunden werden soll, wobei obendrein sichergestellt ist, dass diese Änderungen durch Beschluss oder Vereinbarungen der Wohnungseigentümer dem Mieter vor Beginn des jeweiligen Abrechnungszeitraums auch bekannt gemacht werden müssen, um ihm gegenüber wirksam zu sein. Das Gebrauchmachen von diesem Änderungsvorbehalt soll ggf. noch von einem „sachlichen Grund"[123] abhängen.

Es kann nicht angehen, dass der Mieter erst nach Ablauf des Abrechnungszeitraums über die Abrechnung erfährt, dass die mit ihm als umlagefähig vereinbarten Betriebskosten nach einem völlig anderen Schlüssel abgerechnet wurden. Außerdem muss die Vertragsänderung für den Mieter zumutbar sein. Dies gilt für Gebrauchsregelungen ebenso wie für Umlageschlüssel.[124]

Zumutbarkeit wird jedenfalls bei der Änderung des Umlageschlüssels zu verneinen sein, wenn die Eigentümergemeinschaft nachträglich eine Kostenverteilung beschließt oder vereinbart, wonach die vermieteten Einheiten mit einer höheren Kostenquote belastet werden zu Gunsten der selbstnutzenden Wohnungseigentümer.

Unter dem Gesichtspunkt der Transparenz bereits ist es erforderlich, eine Änderungsklausel mit Zukunftswirkung (dynamische Verweisung) deutlich als solche zu formulieren und die künftige Änderung unter den Vorbehalt zu stellen, dass der Mieter „nicht unbillig benachteiligt wird".[125]

Die Änderung durch die Wohnungseigentümerversammlung muss entweder auf einem sachlichen Grund beruhen oder zumindest ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen. Falls dies nicht der Fall ist, reicht weder die dynamische Verweisungsklausel noch ein vertraglicher Änderungsvorbehalt. Vielmehr ist der vermietende Sondereigentümer verpflichtet, entsprechende Beschlüsse fristwahrend im Interesse seines Mieters anzufechten.

3. 3. Schutz des vermietenden Wohnungseigentümers

Der Wohnungseigentümer ist einerseits durch die Möglichkeit der Beschlussanfechtung nach §§ 43 Nr. 4, 46 WEG gegen willkürliche Änderungen des Umlageschlüssels geschützt und kann so durch die Beschlussanfechtung eine Kongruenz zwischen wohnungseigentumsrechtlicher Abrechnung nach § 28 WEG und mietrechtlicher Abrechnung nach den §§ 556 ff. BGB bewahren.

Außerdem kann er versuchen, durch eine eingeschränkte, ausdrückliche dynamische Verweisungsklausel mit Änderungsvorbehalt im Mietvertrag die Voraussetzungen für eine Umsetzung einer nicht erfolgreich abzuwehrenden Änderung der Kostenverteilung innerhalb der Eigentümergemeinschaft auch gegenüber dem Mieter durchzusetzen.[126]

4. Wohnungseigentumsrechtliche Schlüssel im Mietvertrag

Abflussprinzip

Um das Ziel einer Abrechnungskongruenz auch nur ansatzweise zu erreichen, muss zunächst einmal wirksam das im WEG – außerhalb der Heiz- und Warmwasserkostenabrechnung[127] – noch vorherrschende Abflussprinzip[128] in den Mietvertrag Eingang finden, denn im Mietrecht gilt grundsätzlich das Leistungsprinzip.[129] Selbst bei Abrechnung nach dem Abfluss-

116) AG Elmshorn ZMR 2005, 820 = WuM 2008, 727.
117) Vgl. zu einer dies nicht gesondert regelnden Klausel BGH ZMR 2004, 662 = WuM 2004, 404: Nach ihrem Wortlaut kann die Klausel von einem verständigen Mieter nicht anders verstanden werden, als dass – mit Ausnahme der Heizungs- und Warmwasserkosten – alle Betriebskosten nach dem Verhältnis der Wohn- und Nutzflächen des Hauses umgelegt werden, mithin auch die Grundsteuer.
118) Eßling, Zur Grundsteuerumlage bei einer vermieteten Eigentumswohnung, WuM 2011, 25. Vgl. jetzt auch BGH WuM 2011, 281.
119) AG Hamburg-Blankenese ZMR 2010, 613 ff.: Die mietrechtliche Betriebskostenabrechnung ist unter dem Gesichtspunkt der Maßstabskontinuität grundsätzlich einheitlich nach dem Leistungsprinzip zu erstellen. Es dürfen nicht einzelne Positionen für ein bestimmtes Wirtschaftsjahr in derselben Abrechnung nach verschiedenen Prinzipien abgerechnet werden.
120) LG Hamburg WuM 2011, 23. Vgl. dazu jetzt auch BGH WuM 2011, 281.
121) Elzer/Riecke in Harz/Kääb/Riecke/Schmid, Handbuch des Fachanwalts, 3. Auflage, Kapitel 2, Rn. 81.
122) Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 556a Rn. 12 ff.; Schmid in PWW § 556a Rn. 12.
123) Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 556a Rn. 13, BGH WuM 1993, 109, LG Hamburg ZMR 1998, 36.
124) Zur Hausordnung vgl. Armbrüster in Festschrift Blank 2006, S. 583.
125) Elzer/Riecke in Harz/Kääb/Riecke/Schmid, Handbuch des Fachanwalts 3. Auflage, Kapitel 2, Rn 246.
126) Vgl. Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Auflage, Rn 4074 ff. sowie Rn 4115.
127) Vgl. LG Hamburg ZMR 2009, 530 mit Anm. Stadie-Garrn.
128) Zu den sogar 4 möglichen Abrechnungsmethoden vgl. Emmerich in Staudinger (Neubearbeitung 2011) § 535 Rn. 77b sowie Streyl WuM 2010, 545, 548 unter VIII. Im WEG gilt die Variante der Ausgabenabrechnung, nicht der „Abrechnung nach Rechnungen", egal ob nach Rechnungsdatum oder Fälligkeit.
129) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, Rn. 3198; Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011), § 556 Rn. 117.

prinzip soll bei *Mieterwechsel*[130] grundsätzlich eine verbrauchs- und verursachungsgenaue Abrechnung nach dem Leistungsprinzip (= Zeitabgrenzungsprinzip[131]) zu erfolgen haben.[132]

Da der BGH[133] zumindest im Mietrecht auch eine Abrechnung nach dem Abflussprinzip – sowohl für verbrauchsabhängige als auch verbrauchs*un*abhängige Kosten[134] – zulässt, kann dieses Prinzip auch 1 zu 1 in den Mietvertrag übernommen werden. Zwar hat der BGH noch nicht die Frage entschieden, wie bei einem Mieterwechsel zu verfahren ist. Da dies jedoch bei größeren Anlagen der Normalfall ist, würde das Zulassen einer formularvertraglichen Absprache über die Geltung des Abflussprinzips wertlos sein, wenn bei jedem Mieterwechsel dann gesonderte Abrechnungen nach dem Leistungsprinzip zu erstellen wären. Nach Langenberg[135] soll eine Abrechnung auf dieser Basis jedenfalls vorgenommen werden können, wenn keine Besonderheiten vorlagen und es sich nur um umlagefähige Positionen als Teil der Jahresabrechnung handelt.[136]

Einen Abrechnungsmix (= Methodenmix[137]) dergestalt, dass einige Betriebskostenpositionen nach dem Abflussprinzip, andere nach dem Leistungsprinzip abgerechnet werden, akzeptieren etwa Streyl,[138] Schach[139] sowie M. J. Schmid.[140] Während Langenberg[141] hiergegen massive Bedenken hat und darauf verweist, dass der Vermieter dann zwischen den Methoden hin und her wechseln könne, was die Möglichkeit zur Manipulation des Abrechnungsergebnisses jedenfalls dann eröffne, wenn die Ausschlussfrist hierdurch faktisch nicht zum Tragen kommt.

Der letztgenannten Auffassung hat sich das Amtsgericht Hamburg-Blankenese[142] angeschlossen.[143]

Nach Weitemeyer[144] können allerdings nur *bereits beschlossene* Jahresabrechnungen nach § 28 WEG Grundlage der Mieterabrechnung sein. Das überzeugt nicht, da der Wohnungseigentümer darauf als Vermieter keinen derartigen Einfluss hat, dass eine Beschlussfassung innerhalb der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB immer zustande kommt. Außerdem ist dann ungeklärt, wie bei gerichtlich nach den §§ 43 Nr. 4, 46 WEG rechtskräftig mit ex-tunc-Wirkung für ungültig erklärten Beschlüssen zu verfahren ist.

Miteigentumsanteile (MEA) als Umlageschlüssel

Gemäß § 16 Abs. 2 WEG stellen die Miteigentumsanteile den für die Einzelabrechnung des Wohnungseigentümers maßgeblichen Umlageschlüssel (allgemeiner Verteilerschlüssel) dar. Im Zuge der Vertragsfreiheit ist es möglich, die Miteigentumsanteile – auch wenn sie nicht der Wohnfläche entsprechen – als Umlageschlüssel in den Mietvertrag (auch Formularvertrag) aufzunehmen. Um Irritationen zu vermeiden, sollte der Anteil des Mieters an den Betriebskosten in Prozent angegeben werden und etwa in Klammern zur Erläuterung die Anzahl der MEA.

Das WEG enthält keine Norm darüber, wie die Größe der Miteigentumsanteile festgelegt werden müsste.

Die Wohnungseigentümer haben insoweit ein Ermessen.[145] Dies bedeutet, dass die Bestimmung der einzelnen Miteigentumsanteile sich am Verkehrswert orientieren kann, an der Wohnfläche oder anderen Kriterien. Selbst eine Veränderung des Wohnungseigentums, z. B. durch Ausbau von Dachgeschossen, führt nicht zur Änderung der Miteigentumsanteile ohne entsprechende Vereinbarung.

Ist die Bestimmung der Miteigentumsquoten schon von Beginn an verfehlt, so muss zur sachgerechten Kostenverteilung keine Änderung der Miteigentumsanteile erfolgen. Es genügt in jedem Fall durch Beschluss nach § 16 Abs. 3 WEG oder Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 WEG die Kostenverteilung zu korrigieren.

Eine Änderung der Miteigentumsanteile über § 10 Abs. 2 S. 3 WEG ist gar nicht möglich.[146]

Ob nach Miteigentumsanteilen auch die Heiz- und Warmwasserkosten abzurechnen sind, wenn es an einem Umsetzungsbeschluss der Wohnungseigentümer fehlt, ist umstritten.

Muster

Mietvertrag für Eigentumswohnungen (Wohnungseigentum)

§ 1 (Mieträume) ...

§ 2 (Miete + Betriebskostenumlage)

§ x (Umlageschlüssel)

1. Der Mieter trägt die gesamte auf die von ihm gemietete Eigentumswohnung entfallende Grundsteuer, das heißt nicht einen Anteil aus den Grundsteuerbeträgen für alle Eigentumswohnungen.
2. Der Mieter trägt von den in § 2 Nr. 1 (ohne Grundsteuer), Nr. 2–17 BetrKVO genannten Betriebskosten den Anteil, der nach der (beschlossenen) Verwalterabrechnung (nach § 28 WEG) auf das von ihm gemietete Wohnungseigentum entfällt, sofern er hierdurch nicht unbillig belastet wird. Dasselbe gilt für die nach der HeizkostenVO abzurechnenden Warmwasser- und Heizkosten.
3. Die in Ziff. 2 genannte Abrechnung erfolgt – mit Ausnahme der Warmwasser- und Heizkosten – nach dem Abflussprinzip, d. h. alle im Abrechnungsjahr tatsächlich bezahlten Rechnungen/geleisteten Zahlungen werden umgelegt.
4. Die in Ziffer 2 erwähnte Verweisung auf die Verwalterabrechnung bedeutet, dass auch Änderungen des Umlageschlüssels durch Vereinbarung (§ 10 Abs. 2 WEG) oder Beschluss (§ 16 Abs. 3 WEG) gegenüber dem Mieter wirken, sofern der Vermieter den Mieter vor Beginn des nach dem neuen Umlageschlüssel abzurechnenden Wirtschaftsjahres hierüber informiert.
5. Dem Mieter wird auf Wunsch die letzte Jahresabrechnung der WEG X-Str. 15 vom Vermieter ausgehändigt. (Derzeit wird mit folgenden Umlageschlüsseln abgerechnet: 500/10.000stel MEA bei Betriebskosten; 50 % Verbrauch, 50% Wohnfläche bei Warmwasser und Heizung.)

www.prewest.de

130) Vgl. Streyl WuM 2010, 548 unter VII., 549/550 unter XI. und Milger NZM 2008, 861.
131) Streyl WuM 2010, 545, 546; Langenberg WuM 2009, 19.
132) Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011), § 556 Rn. 117 und § 556a Rn. 32; vgl. auch AG Bremen WuM 2009, 671 für Nachforderung des Versorgers fürs Vorjahr; Streyl WuM 2010, 545, 549.
133) BGH ZMR 2008, 444 = WuM 2008, 223; BGH WuM 2008, 404.
134) Vgl. Milger NZM 2008,761; vgl. auch BGH WuM 2010, 33 zu aperiodischen Kosten.
135) Langenberg WuM 2009, 21.
136) Muster einer Jahresabrechnung vgl. Casser/Schultheis ZMR 2011, 85 ff.
137) Streyl WuM 2010, 548 unter IX.
138) Streyl WuM 2010, 549 bei Fn. 50. Das Problem „vergessener Rechnungen" wird vor dem Hintergrund der Abrechnungsfrist unter X. von ihm erörtert.
139) Schach, Grundeigentum 2008, 445.
140) Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 11. Auflage, Rn 3200.
141) Langenberg, Betriebskostenrecht, 5. Auflage, G Rn 111.
142) AG Hamburg-Blankenese ZMR 2010, 613, 615; vgl. dazu Streyl WuM 2010, 549.
143) Das LG Hamburg hatte sich mit dieser Frage nicht zu befassen, da die zugelassene Berufung vom Vermieter nicht eingelegt wurde.
144) Weitemeyer in Staudinger (Neubearbeitung 2011), § 556 Rn. 86; *a.A.* Riecke WuM 2003, 309; LG Itzehoe ZMR 2003, 38; Schmid in Anm. zu OLG Düsseldorf ZMR 2000, 452.
145) OLG Düsseldorf ZMR 2004, 613 = ZfIR 2004, 817.
146) Elzer in Riecke/Schmid WE-Recht 3. Aufl., § 3 WEG Rn 17.

Wenn der Mieter eines Wohnungseigentümers eine Abrechnung nach der Heizkostenverordnung verlangt und zu beanspruchen hat,[147] kann der vermietende Wohnungseigentümer gerichtlich gegenüber der Eigentümergemeinschaft zumindest die entsprechende Umsetzung der Heizkostenverordnung erzwingen/durchsetzen.[148] Zu beachten ist, dass die Heizkostenverordnung nicht als Verbotsgesetz zur Nichtigkeit entgegenstehender Regelungen der Wohnungseigentümer führt. Die Normen der Heizkostenverordnung werden für die Wohnungseigentümer erst dann verbindlich, wenn ein entsprechender Beschluss oder eine solche Vereinbarung getroffen wird.[149] Wenn kein Wohnungseigentümer die Voraussetzungen für eine verbrauchsorientierte Abrechnung nach der Heizkostenverordnung nach § 21 Abs. 4 WEG durchsetzt, gelten zunächst die Regelungen des WEG bzw. der Teilungserklärung oder Gemeinschaftsordnung weiter.

Gemäß § 43 Nr. 1 WEG muss der die entsprechende Abrechnung begehrende Eigentümer ggf. seinen Anspruch gerichtlich durchsetzen.

Wenn die Wohnungseigentümergemeinschaft den Umsetzungsbeschluss oder eine ähnliche Vereinbarung getroffen hat, überlagert die Heizkostenverordnung – solange sie gilt – abweichende Regelungen der Wohnungseigentümergemeinschaft.

147) AG Düsseldorf WuM 1988, 171.
148) Vgl. Lammel Heizkostenverordnung, 3. Auflage, § 3 Rn 50.
149) BayObLG ZMR 1988, 349 = WuM 1988, 332: Besteht keine mit der Heizkostenverordnung in Einklang stehende Regelung über den Verteilungsschlüssel für Heiz- und Warmwasserkosten, so müssen die Wohnungseigentümer zunächst eine solche Regelung schaffen, damit die Heizkostenverordnung für die Gemeinschaft verbindlich wird. Keine Nichtigkeit eines Eigentümerbeschlusses über die Kostenverteilung, wenn diese der Heizkostenverordnung nicht entspricht; Lammel Heizkostenverordnung, 3. Auflage § 3 Rn 6. Eine *Ausnahme* stellt evtl. § 7 Abs. 1 Satz 2 Heizkostenverordnung dar, der zwingend eine Abrechnung zu 70% nach Verbrauch vorschreibt (wenngleich es von der betroffenen Gebäudeklasse nach Auskunft großer Messdienstunternehmen kaum Mietobjekte gibt).

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

Rechtliche Aspekte bei Sonder- bzw. Spezialimmobilien

I. Einleitung: Begriffsdefinition bzw. Begriffsbildung

Sonder- bzw. Spezialimmobilien rücken zunehmend in das Blickfeld der Immobilienwirtschaft. Die rechtlichen Aspekte werden von der Immobilienrechtsliteratur und Rechtsprechung ständig systematisiert und aktualisiert. Aktuell ist auf ein Praktikerhandbuch von Bieber/Eupen hinzuweisen: Mietrecht in Einkaufszentren und anderen Spezialimmobilien.[1] Nachfolgend wird dieses Werk näher besprochen. Dabei werden rechtliche Aspekte zu den immer wichtiger werdenden Spezialimmobilien aufgegriffen und entfaltet.

1. Abgrenzung von Gewerbeimmobilien

Das zu besprechende Werk setzt sich intensiv mit den bei Vermietung und Nutzung von Spezialimmobilien auftauchenden Rechtsfragen auseinander. Regelmäßig geben die Autoren praxistaugliche Antworten. In der Immobilienwirtschaft und (juristischen) Fachliteratur haben sich die – in ihren Einzelheiten unklaren – Begriffe „Spezial-“ bzw. „Sonderimmobilien“ etabliert. Eine anerkannte juristische Definition findet sich nicht. Unter „Spezial-“ bzw. „Sonderimmobilien“ sind Gewerbeimmobilien zu fassen, welche unter vertraglicher Berücksichtigung besonderer, ausgewählter rechtlicher Aspekte vermietet werden.[2] Von anderen Gewerbeimmobilien unterscheiden sich Sonderimmobilien (Synonym zu Spezialimmobilien) dadurch, dass sich im jeweiligen Mietvertrag vertragliche Ausgestaltungen finden, die den Besonderheiten der Immobilien, deren Arten, Erscheinungsformen, Nutzungen und Funktionsfähigkeit Rechnung tragen. Wie andere Gewerbeimmobilien sollen sie der Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr und der Gewinnerzielung dienen.[3]

2. Frequenzimmobilien

Damit tritt ein Aspekt in das Blickfeld, und zwar der besondere Bezug und die „Öffnung“ der Immobilie auf Publikumsverkehr. Sie sollen wie „Magnete“ wirken und „Menschenmassen anziehen“. So taucht der Begriff der „Frequenzimmobilie“ auf. Sie sollen aufgrund ihrer mannigfaltigen Attraktivität Menschen in großer Zahl anziehen, zum Verweilen und zum Konsum bewegen. Vorzugsweise Gewerbe- bzw. Spezialimmobilien wie Einkaufszentren, Flughäfen, Bahnhöfe, (Fußball-, Sport-) Stadien und Arenen kommen dafür in Betracht.[4]

3. Spezialimmobilien und Unterteilungen

Wie der Buchtitel bereits nahe legt, bilden den Schwerpunkt die Ausführungen zum

a) Einkaufszentrum (EKZ) bzw. Shopping Center (SC). Nach einer knappen Einführung (1 S.) wird das SC dargestellt auf S. 2 bis 194; der „Rest“ von S. 195 bis 299 erstreckt sich auf das

b) Factory-Outlet-Center (FOC), S. 195 bis 206, die

c) Hotelimmobilien, S. 207 bis 226,

d) Seniorenimmobilien, S. 227 bis 256,

e) Airportimmobilien, S. 257 bis 272 und auf

f) Grundstücke, S. 273 bis 299.

Schwerpunktsetzung

Die Autoren setzen eindeutig Schwerpunkte, zuvörderst auf das Einkaufszentrum.

*) 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) Bieber/Eupen, Mietrecht in Einkaufszentren und anderen Spezialimmobilien, München 2010.
2) Eggersberger, Spezialimmobilien, in: Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummiete, 2. Aufl. 2008, Kap. 23 Rn. 2, 3; Bieber/Eupen, S. 1 Rn. 1 m.w.N.
3) Zu diesem funktions- und zweckorientierten Immobilienbegriff Falk/Falk, Handbuch der Gewerbe- und Spezialimmobilien, 2006, S. 26.
4) Joachim, Frequenzimmobilien – Alles unter einem Dach, in: Immobilien Manager 5/1999, 10, 11 ff.

Daneben tritt die Unter-Schwerpunktsetzung, welche auf dem „Sondermarkt“ darstellenden Hotel- und den in Wachstum und Bedeutung ständig zunehmenden Seniorenimmobilien liegt.

Die Arbeit orientiert sich bei Begriffsbildungen, statistischen Erhebungen, historischen Entwicklungen, SC-Typen, -Management und -Revitalisierung an den grundlegenden Arbeiten von Falk[5], Eggersberger[6] und dem Rezensenten.[7] Die „Einführung“ des zu besprechenden Werks macht genau mit demselben Immobilien-Leit-Artikel aus „Die Welt“ auf wie zuvor die „Einleitung“ bei Eggersberger.[8] In der Immobilien- und EKZ-Branche finden sich immer wieder medienwirksame „Meilensteine“[9], ohne dass man sich anderer Immobilienrechts-Autoren direkt bedienen muss. Insbesondere die Kapitel „Ertragsrisiko und Zweckstörungen“, S. 45 ff, „Betriebspflicht“, S. 60 ff, „Konkurrenzschutz“, S. 76 ff, „Sortimentsbindung“, S. 95 ff, „Untervermietung“, S. 105 ff, „Werbegemeinschaft“, S. 179 ff offenbaren eine gewisse Nähe zu diversen (z.T. zuvor zitierten) Vorarbeiten des Rezensenten. Auch für den Abschnitt über Hotelimmobilien folgen Aufbau, Gliederung und Inhalt durchaus (vom Verfasser dieser Zeilen entwickelten) bekannten Mustern. Diese Beobachtung gilt namentlich für die Kapitel „Vertragstypen“, S. 208 ff, hier vor allem „Miet-/Pachtvertrag“, „Managementvertrag“, S. 218 ff, „Franchisevertrag“, S. 222 ff sowie „Auswirkungen der Ertragsrisikoverteilung bei den verschiedenen Vertragsformen“, S. 226.

II. Shopping Center (SC) bzw. Einkaufszentrum (EKZ)

Angesichts dieser „Vorbemerkungen“ überzeugt das Praktikerbuch des öfteren mit aktuellen Marktbeobachtungen. Rechtsprechung und Literatur werden durchgängig berücksichtigt und verarbeitet. Demgemäß wird die Anmietung eines Ladenlokals vom „Reißbrett“ unter umfassender Berücksichtigung der Judikatur zum Umfang des Schriftformerfordernisses und zur Heilung eines eventuellen Schriftformmangels aufbereitet.

1. Miete – BGH: Vergleichsmethode

Die Besonderheiten bei der Miete werden anschaulich herausgearbeitet, S. 31 ff. Allerdings erweist sich die Darstellung der „Ertragskraftorientierten Pachtwertfindung“ = EOP-Methode als zu lang(atmig), handelt es sich doch ersichtlich um ein „Auslaufmodell“. Denn der BGH ermittelt in ständiger Rechtsprechung die ortsübliche Marktmiete anhand der Vergleichsmethode[10], d.h. er bestimmt den Marktwert, oft durch Hinzuziehung entsprechender Sachverständiger.

2. Risikoverteilungen, insbesondere „Unmittelbarkeitsformel“

Bei Beurteilung eines Sachmangels i.S.d. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB beim SC kommt es in der Tat auf Risikoverteilungen und dabei auf die im Einzelfall schwer handhabbare Unmittelbarkeitsformel an; allerdings eröffnet sie Wertungsspielräume zur Findung und Begründung der gerechten Einzelfallentscheidung.[11]

Demnach ist herrschende Meinung: Wenn entgegen den Erwartungen der EKZ-Vertragsparteien das SC vom Publikum nicht angenommen wird und es im Zeitablauf nur eine für den SC Mieter unattraktive Käuferschicht anzieht, bedeutet dies nach dem Unmittelbarkeitskriterium, dass nur eine mittelbare Beeinträchtigung vorliegt und mithin kein Mangel gegeben ist. Auch unter anderen denkbaren rechtlichen Aspekten werden grundsätzlich dem frustrierten Mieter keine Ansprüche zugebilligt, und zwar keine zugesicherte Eigenschaft oder Störung der Geschäftsgrundlage, Ansprüche aus vorvertraglicher Pflichtverletzung wegen fehlender Kundenakzeptanz, enttäuschter Gewinnerwartung, wegen relevanten Leerstands, nachteiliger Mieterzusammensetzung („Branchenmix“), vollmundiger Anpreisungen im SC-Vertragstext, etwa der Präambel oder in Prospekten. Die Verfasser stellen bekannte Zusammenhänge aktuell, vollständig und systematisierend dar, allerdings ohne zusätzlichen und wesentlichen Erkenntnisgewinn.

3. Am Rande: „Formale Betrachtungen zum Stil“

Stilblüten finden sich mitunter in den Darlegungen, etwa „von daher“ (von woher sonst?) oder „… jedoch ist eine Bejahung zu verneinen.“ Dies alles findet sich z. B. auf S. 37. Auch der dort niedergelegte „erst-recht-Schluß“ geht fehl.

4. Konkurrenzschutz im EKZ

Aktuell und zutreffend legen die Verfasser den Konkurrenzschutz im EKZ dar, S. 76 bis 95. Dabei gehen sie auf die von Einzelfallentscheidungen geprägte Rechtsprechung ein. Wie bereits zuvor vom Rezensenten gefordert, schließen sie sich dem Petitum an: Wegen der umstrittenen Reichweite des – auch: vertragsimmanenten – Konkurrenzschutzes und der Besonderheiten im EKZ sollte der SC-Vertrag durch eindeutige Regelungen Klarheit schaffen, S. 94 f. Die anschließende erörterte Sortimentsbindungsklausel zitiert wörtlich die vom Rezensenten seinerzeit vorgeschlagene.[12] Gut vertretbar empfiehlt es sich den Autoren zufolge – trotz h.M. in Rechtsprechung und Literatur –, bei einer Klauselkombination von Sortimentsbindung, Vereinbarung einer Betriebspflicht und Konkurrenzschutzausschluss vorsichtig vorzugehen, so zusammenfassend mit Praxishinweis und Musterklausel auf S. 104. Eine Einzelfallbeurteilung ist angezeigt, welche auf das jeweilige SC, seine Angebotsvielfalt, Branchen- und Mieterstruktur eingeht. Die EKZ-Kautelarjurisprudenz ist zu Recht gefordert; von zu (wen? Und wie?) „knebelnden Klausel-Kombinationen“ ist eher abzuraten.

5. Untervermietung im SC

Zu ausführlich geraten sind die Ausführungen zur Erteilung der Erlaubnis zur Untervermietung im SC, S. 109 ff. Das OLG Dresden hat in der Berufungsinstanz festgehalten, dass dem Vermieter Informationen zur Person, Bonität und Zuverlässigkeit des potentiellen Untermieters, der wesentlichen Bedingungen des Untermietverhältnisses, wie Zweck des vorgesehenen Gewerbes und Miethöhe anzugeben sind.[13] Der BGH hat das im wesentlichen bestätigt und betont, dass der SC Mieter dem SC Vermieter den Dritten nicht nur namentlich nennen, sondern vielmehr nähere Personenangaben tätigen muss, nicht zuletzt wegen der Bedeutung von persönlichen Verhältnissen gerade im EKZ.[14] Die mitunter „strategisch“ motivierte Untermietergestellung darf nicht zur systematischen „Aushöhlung“ bzw. „Unterminierung“ des SC-Erscheinungsbilds bzw. -Gesamtcharakters führen. Einer vom Gewerbemietvertrag abweichenden Risikoverteilung ist entgegenzutreten, derzufolge der Vermieter das zusätzliche Risiko trägt, dass der Wert des EKZ aufgrund von Abänderungen oder Angebotsart, -vielfalt und -umfang nachhaltig negativ beeinträchtigt wird.[15] Mit Recht argumentieren die Verfasser, wonach das Bedürfnis des SC Vermieters unabhängig von dem Bestehen einer Betriebspflicht zu bejahen ist, weitreichende Informationen über die wirtschaftlichen Verhältnisse eines vorgesehenen Untermieters zu bekommen. Demgemäß fällt der Praxishinweis auf S. 115 überzeugend aus.

---

5) Falk/Falk, Handbuch der Gewerbe- und Spezialimmobilien, 2006; Falk/Bays, Shopping Center Handbuch, 2009; Falk, Fachlexikon Immobilienwirtschaft, 3. Aufl. 2004.
6) Eggersberger, Spezialimmobilien, in: Lindner-Figura/Opree/Stellmann, Geschäftsraummiete, aaO.
7) Joachim, NZM 2000, 785; ders., NZM 2008, 511; ders., GuT 2005, 99 und 135 und öfters.
8) „Investoren bevorzugen neuerdings Sonderimmobilien“, in: Die Welt vom 26. 7. 2004.
9) „Meilensteine“, in: Financial Times Deutschland (FTD) vom 29. 4. 2010, S. 5.
10) BGHZ 141, 257 = NJW 1999, 3187 (3190) = WuM 1999, 527; NZM 2004, 741 = GuT 2004, 15.
11) BGH, NZM 2000, 492 = WuM 2000, 593; NZM 2000, 1005; Joachim, BB 1988, 779 (780); ders., NZM 2000, 789 (794); ders., GuT 2005, 99 (106); ders., GuT 2005, 135 (136).
12) Joachim, NZM 2000, 785.
13) OLG Dresden, NZM 2004, 461 = GuT 2005, 170. Vgl. dazu die Rezension von Joachim, NZM 2004, 892.
14) BGH, NJW 2007, 288 = NZM 2007, 127 = GuT 2007, 19.
15) So ausdrücklich zuvor Joachim, NZM 2004, 892, 893 ff.

6. Betriebskosten im SC

Die Besonderheiten zu den Betriebskosten im SC, einer tatsächlich wie rechtlich komplexen Materie, legen die Autoren auf S. 133 bis 168 eingehend und nachvollziehbar dar. Bei den Rechtsfolgen bei unwirksamer Umlegung gelangen sie zu einer gut vertretbaren Lösung, S. 167 f. Dabei stört allerdings die – häufig verwendete (etwa S. 103 Rn. 25; S. 194 Rn. 47) – „Floskel": „nach hiesiger Auffassung".

7. SC-Werbegemeinschaft

Ein wichtiges „Scharnier" eines nachhaltig erfolgreich betriebenen SC stellt die funktionierende Werbegemeinschaft dar. Die Autoren behandeln sie entsprechend ausführlich auf S. 179 bis 194. Mit seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2006 hat der BGH zur Rechtsklarheit und -sicherheit hinsichtlich einer formularvertraglich vereinbarten Beitrittspflicht eines Mieters beigetragen, und zwar unter Anerkennung des praxisrelevanten Bedürfnisses des Vermieters zum Beitritt aller Mieter zu einer SC-Werbegemeinschaft.[16] Allerdings erteilt der BGH der formularvertraglich vorgesehenen Rechtsform der GbR eine deutliche Absage, und zwar unter Hinweis auf die unbeschränkte und persönliche Haftung des Mieters für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Nähere Angaben zu anderen Rechtsformen tätigt der BGH nicht, abgesehen von „anderen Organisationsformen". Die Autoren schlagen dazu vor: Um das Haftungsrisiko auf die Werbegesellschaft zu beschränken, kommt die Gründung einer KG, einer GmbH, eines (nicht) eingetragenen Vereins in Betracht, S. 184. Zweifelhaft ist, ob umfangreiche Formalitäten, Formerfordernisse und sonstige (juristische) Hürden in der „EKZ-Realität" tatsächlich praktikabel sind.[17] Die – von den Gerichten zunehmend kontrollierte – SC-Rechtsrealität wird auch insoweit einen „gangbaren Weg für die SC-Praxis" weisen.

III. Factory Outlet Center (FOC)

Das Factory Outlet Center (FOC) wird nur in einem im Wesentlichen durch das öffentliche Recht bestimmten Überblick dargelegt, S. 195 bis 206. Im Zentrum steht dabei die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit. Zukünftig erlangen die – kurz thematisierten – Sortimentsbeschränkungen sowie das interkommunale Abstimmungsgebot nach § 2 Abs. 2 BauGB tiefergehende Bedeutung. Die Besonderheiten bei der FOC-Mietvertragsgestaltung hätten ausführlicher beleuchtet werden können, etwa zu den – erwähnten – Sortimentsregelungen.

IV. Hotelimmobilien

Die Hotelimmobilien werden auf S. 207 bis 226 im Überblick behandelt. Die wesentlichen Vertragstypen und deren Abgrenzung werden vorgetragen, und zwar Miet-, Pachtvertrag. Dabei stützt man sich im Wesentlichen – auch – auf Vorarbeiten des Rezensenten.[18] Gleiches gilt für den Managementvertrag sowie aktuelle Mischformen, Betreiberverträge bzw. Operating Agreements genannt.[19] Die Ausführungen zum Franchisevertrag entstammen ebenfalls der Hotelrechtsliteratur, S. 222. Die Hotel- und Bankenbranchen bedienen sich zunehmend einzelfalloptimierter Mischformen von Betreiber- und Vermarktungsverträgen, S. 226.

V. Seniorenimmobilien

Die Seniorenimmobilien werden auf S. 227 bis 256 behandelt. Dabei stehen u. a. die Abgrenzung des Betreuten Wohnens zu Seniorenpflegeimmobilien im Sinn des HeimG des Bundes bzw. der Landesheimgesetze im Zentrum der Erörterungen. Die mietrechtlichen Aspekte beim Betreuten Wohnen werden aktuell und anschaulich behandelt, S. 237 ff. Recht gut gelungene Ausführungen finden sich zu den betreuungsrechtlichen Gesichtspunkten beim Betreuten Wohnen, S. 243 ff. Der BGH hat im Jahr 2006 klargestellt, dass eine isolierte und getrennte ordentliche Kündigung des Betreuungsvertrags nicht möglich ist und dass dem Mieter bzw. dem Betreuten die außerordentliche Kündigung nur des Betreuungsvertrags unbenommen bleibt, wenn denn die Fortsetzung des Servicevertrags – unter Berücksichtigung der Tragfähigkeit des Gesamtkonzepts – für ihn untragbar bzw. unzumutbar ist.[20] So ist eine Kündigung aus wichtigem Grund unter den tatbestandlichen Voraussetzungen gemäß § 626 BGB zulässig. Die Autoren sehen diese als gegeben an (erneut: „nach hiesiger Auffassung", S. 250 Rn. 48), wenn eine potenzielle Gesundheitsgefährdung für den Mieter zu bejahen ist.

Ein Überblick über das Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz (WBVG), welches am 1. 10. 2009 in Kraft getreten ist, rundet den Überblick ab. Es ist als Verbraucherschutzgesetz konzipiert und beinhaltet das Heimvertragsrecht.

VI. Airportimmobilien sowie Bahnhofsimmobilien

Auf S. 257 bis 272 sind die Airportimmobilien näher dargelegt. U. a. werden die mietvertraglichen Besonderheiten beim „Airport Retailing" herausgestellt. Die SC-Praxis spricht insofern – bezeichnenderweise – vom „EKZ mit eigenem Flugplatz bzw. Flugverkehr".

Ausführungen zu Bahnhofsimmobilien finden sich – leider – nicht. Hierbei handelt es sich um eine weitere Erscheinungsform der Spezialimmobilie, welche in der Immobilienpraxis mehr Bedeutung erlang. Hingewiesen sei auf die „Shopping Center mit Gleisanschluss", etwa – als „Lokomotive vorneweg" – der Hauptbahnhof in Leipzig sowie die „(Shopping) Arkaden" in Hannover und Köln. Andere Bahnhöfe ziehen nach. Hier sind jeweils besondere juristische Betrachtungen zum öffentlichen und sodann zum privaten Recht angezeigt.

VII. Grundstücksrecht

Die in verschiedenen Praktikerhandbüchern anzutreffenden Rechtsausführungen zu den Grundstücken auf S. 273 bis 299, u. a. zu Mietverhältnissen und hier zum bodenrechtlichen Ausgleichsanspruch gemäß § 24 Abs. 2 S. 1, 2 BBodSchG, runden das Buch ab.

VIII. Zusammenfassung

In der Gesamtbetrachtung liegt ein aktuelles Praktikerhandbuch vor. In wesentlichen Teilbereichen – so zum EKZ und zur Hotellerie – bewegt es sich auf „bekannten Bahnen", welche in zahlreichen Zeitschriftenbeiträgen „vorgespurt" worden sind. Weitere „Spezialausführungen" zu Sonderimmobilien mögen künftig in eigenen Kapiteln folgen, etwa zu den Bahnhofsimmobilien.

Gute Verbreitung in Praxis und Theorie ist dem Werk dennoch zu wünschen.

Zu „Gewerbemiete und Teileigentum" (GuT) Ausgabe Nov./Dez. 2009 erschien die Beilage 51a zu Heft 51:

Mario H. Kraus,

Konfrontation, Kooperation, Kommunalmediation?

Stellenwert einvernehmlicher Streitbeilegung in städtischen Siedlungsräumen

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

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

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

16) BGH, NJW 2006, 3057 = NZM 2006, 775 = GuT 2006, 224; vgl. dazu die Rezension von Joachim, NJW 2006, 3059.
17) Näher Joachim, NJW 2006, 3059.
18) Joachim, NZM 2001, 162; ders., GuT 2003, 119; ferner Eggersberger, in: Lindner-Figura, Kap. 23, Rn. 117 ff.
19) Joachim, DWiR 1992, 397; ders. DWiR 1992, 455; ders., GuT 2003, 119.
20) BGH, NJW 2006, 1276 = NZM 2006, 290 = GuT 2006, 119.

Wirtschaft und Verbände

Bundespräsident Christian Wulff, Berlin

Wir müssen für unser Waldkulturerbe streiten

– Rede zur Eröffnung des „Internationalen Jahres der Wälder 2011“ am 21. März 2011 in Berlin –

Was würde in unserem Leben fehlen ohne den Wald?

Auf diese Frage gibt es so viele Antworten wie Bäume auf der Welt – also in jedem Fall: ungezählte. Hochkulturelle und eher profane. Solche mit existenzieller Bedeutung für die gesamte Menschheit und ganz persönliche.

Die meisten hier im Saal verbinden „Wald“ vermutlich mit Erinnerungen an sonntägliche Spaziergänge, mit dem Duft von Laub, Pilzen, Moos, mit Ruhe und Gelassenheit. „Ich ging im Walde / So für mich hin, / Und nichts zu suchen, / Das war mein Sinn“, schrieb Johann Wolfgang von Goethe. Entschleunigung, würde man das heute neudeutsch nennen. Beim Internet-Hype oder der Immobilienblase hätte ein Blick aus dem Fenster genügt. Bäume wachsen langsam, sie wachsen nicht in den Himmel und: Sie können um ein Vielfaches älter werden als wir Menschen.

Sollten Sie schon mal selbst erlebt haben, wie ein Baum gefällt wurde, dann haben Sie sicher das Erschrecken gespürt: wie wenige Minuten reichen, um einen Baum zu fällen und zu entrinden, der in Jahrzehnten, vielleicht Jahrhunderten gewachsen ist. Wenn Bäume sprechen könnten... Viele der sogenannten „tausendjährigen Eichen“, die wir heute in Deutschland bewundern können, sind zwar in Wahrheit eher fünf- oder sechshundert Jahre alt. Aber sicher stand die eine oder andere von ihnen schon, als Martin Luther im Jahre 1532 meinte: „Holz ist der größten und nöthigsten Dinge eines in der Welt, des man bedarf und nicht entbehren kann.“

Dieser Satz stimmt noch heute – auch wenn wir hier in der industrialisierten und urbanisierten Welt meist gar keinen alltäglichen Kontakt mehr zum Wald haben. Ohne das Holz, das er liefert, hätte vermutlich auch Ihr Vormittag ganz anders ausgesehen. Holz steckt im Bettrahmen und im Tapetenkleister, im Taschentuch und in der Zahnpasta, in der Morgenzeitung und im Pappbecher für den Kaffee auf dem Weg zur Arbeit. Es steckt in diesem Rednerpult und in meinem Redemanuskript. Und wo befinden wir uns gerade? In der Holzmarktstraße!

Seit Hunderten von Generationen nutzen wir Menschen den Wald. Man kann sogar behaupten: Ohne ihn hätte sich unsere menschliche Kultur so nicht entwickeln können. Aus seinem Holz wurde – und wird bis heute – Feuer. Und mit dessen Hitze aus Körnern Nahrung, aus Stein Metall, aus Sand Glas, aus Ton Ziegel. Mit Holz baute man Wagen und Schiffe, Behausungen und Werkzeuge. Der Wald ist Lebensraum für Wildtiere, Nahrungsquelle für Bienen und Viehherden. Er bringt Beeren und Pilze, Gewürze und Heilpflanzen hervor. Wir gewinnen aus ihm Harz und Terpentin, Kautschuk und Öle, Gerbstoffe und Cellulose. Eisen- und Glashütten, Kalkbrennereien, Ziegeleien, Salinen wären ohne die Versorgung mit Brennstoff aus nahen Wäldern undenkbar gewesen, Bergwerke brauchten Grubenholz. Die industrielle Revolution mit ihren Vorläufern verschlang Holz und die daraus gewonnene Holzkohle – bis die fossile Kohle sie weiter befeuerte.

Wo Menschen sich niederließen, musste meist Wald weichen. Rund die Hälfte der weltweiten Wälder sind im Laufe der Menschheitsgeschichte durch menschliche Einwirkungen verschwunden – eine der sichtbarsten Veränderungen, die der Mensch bisher auf Erden bewirkt hat. Aber die Nutzbarmachung der Wälder ermöglichte es uns eben auch, uns weit und dauerhaft über den Globus auszubreiten.

Ohne Waldkulturerbe auch kein Weltkulturerbe – das gilt ganz besonders für Deutschland. Ohne Holz keine Fachwerkbauten in Quedlinburg. Ohne Bäume kein Dessau-Wörlitzer Gartenreich und kein Muskauer Park. Und wenn auch nicht auf den ersten Blick zu sehen: Keine Museumsinsel in Berlin. Viele ihrer Bauten wurden nämlich – wie Venedig – auf einem ganzen Wald von Holzpfählen gegründet. Und was wäre Deutschland ohne seine Waldlandschaften, die rund ein Drittel unseres Landes bedecken? Ohne Schwarzwald, Bayerischen Wald, Thüringer-, Teutoburger-, Schwarz-, Reinhards- oder Spreewald, ohne Harz oder Schorfheide und viele mehr? Unseren Weihnachtsbaum kennt man inzwischen wohl auch im letzten Winkel der Welt. Auch er hat uns den Ruf eingetragen, ein besonders enges Verhältnis zu Bäumen und zum Wald zu haben. Seit der Romantik gilt uns Deutschen der Wald als Gegenstück zur menschlichen Zivilisation – auch wenn er ja im Grunde schon damals sehr zivilisiert war. Die Sehnsucht nach Entschleunigung – die es damals auch schon gab – hat keiner schöner besungen als Joseph von Eichendorff „Da draußen stets betrogen / saust die geschäft’ge Welt, / schlag noch einmal den Bogen / um mich du grünes Zelt.“

Luther – Goethe – Eichendorff: Sie merken schon an meinen Zitaten: ohne Wald würde in der deutschen Kultur vieles fehlen. Die Eichendorff-Gedichte, die Klopstock- Oden an die deutsche Eiche – und die spöttischen Kommentare von Heinrich Heine. Die Waldbilder von Caspar David Friedrich, die „Waldszenen“ von Robert Schumann, das „Waldesrauschen“ von Franz Liszt. Das Nibelungenlied. Der Freischütz. Und natürlich Grimms Märchen, Hermann der Cherusker und viele Wagner-Opern. Hitlers Nationalsozialisten schlugen ideologisch in diese Kerbe und nutzten den Wald zugleich, wie es ihnen in den Kram passte.

Die deutsche Waldliebe hat sich bis in die Gegenwart gehalten. Denken Sie an die Eichenpflanzerin auf der Rückseite der 50-Pfennig-Münze – ein Symbol für den Wiederaufbau unseres Landes. Denken Sie an Joseph Beuys und seine gigantische Pflanzaktion „Stadtverwaldung“ für die Kasseler „documenta“.

Auch die im Nachhinein viel bespöttelte Sorge um „le Waldsterbén“, wie die Franzosen es nannten, kann man als Folge der besonderen deutschen Liebe zum Wald deuten. Sie hatte – bei allen Übertreibungen – durchaus ihren Grund. Der aktuelle Waldzustandsbericht zeigt, dass auch heute in Deutschland zwei von drei Bäumen Schäden haben, mehr als ein Viertel schwere. Vor allem aber hatte sie auch ihr Gutes. Innerhalb weniger Jahre wurde ein lange bekanntes Übel – der Ausstoß von Schwefeldioxid – durch verschärfte Gesetze erheblich vermindert, erst im deutschen, dann im europäischen Rahmen – ein Beispiel für erfolgreiche internationale Zusammenarbeit zum Schutz der Umwelt.

Und nicht zuletzt können wir stolz darauf sein, dass mit dem Begriff der „Nachhaltigkeit“ ein altes deutsches forstwirtschaftliches Prinzip weltweit Karriere gemacht hat: nicht mehr zu verbrauchen, als nachwächst. Denn es war ein Deutscher – der Freiberger Berghauptmann Hanns Carl von Carlowitz – der vor fast genau 300 Jahren in seinem Buch über die „Sylvicultura Oeconomica“ erstmals eine „continuirliche, beständige und nachhaltende Nutzung“ des Waldes anmahnte. Ihn sorgten die Folgen des damaligen Raubbaus an den Wäldern in Deutschland. Die Ökonomie, so Carlowitz, habe der „Wohlfahrt“ des

Gemeinwesens zu dienen, sie sei zu einem schonenden Umgang mit der Natur verpflichtet und an die Verantwortung für künftige Generationen gebunden. Das gilt heute genau wie damals. Und das Prinzip der Nachhaltigkeit, das heute immer mehr als Leitidee einer zukunftsfähigen Menschheitsentwicklung gilt, ist also auch ein Teil unseres Waldkulturerbes.

Brauchen wir also überhaupt – könnte man ketzerisch fragen – eine Teilnahme Deutschlands am „Internationalen Jahr der Wälder"? Brauchen wir noch mehr Aufmerksamkeit für den Wald? Ich meine: ja, unbedingt und zwingend – und ich sehe dafür mehrere gute Gründe.

Zum einen gibt es durchaus noch Aufklärungsbedarf: Der deutsche Wald ist beileibe kein bloßes romantisches Kulturgut und Naherholungsgebiet. Er ist ein bedeutender wirtschaftlicher und – mehr denn je – ein ökologischer Faktor. Er gibt rund einer Million Menschen Arbeit. Sein Holz ist Deutschlands bedeutendster nachwachsender Rohstoff. Er ist Lebensraum für viele Tierarten und damit unabdingbar für den Erhalt der Artenvielfalt. Er ist eine Senke für unsere Treibhausgas-Emissionen. Damit ist er zugleich Objekt von widerstreitenden Interessen – zwischen Forstwirtschaft, holzverarbeitender Industrie, Naturschutz, Jagd oder Tourismus. Den Schutz und die Nutzung unserer Wälder immer wieder neu gegeneinander abzuwägen und auszutarieren - das ist eine politische Aufgabe, die eine informierte und engagierte Öffentlichkeit braucht.

Zum anderen soll das „Internationale Jahr der Wälder" sensibilisieren: Uns gehen nicht nur die deutschen Wälder etwas an, sondern auch die anderen Wälder der Welt! Milliarden von Menschen heizen und kochen täglich mit Holz. Für Millionen von Menschen ist der Wald Lebensraum und Nahrungsquelle. Ohne ihn würden diese Menschen ihre Lebensgrundlage verlieren.

Und letztlich hängt vom Wohlergehen der Wälder der Erde unser aller Zukunft ab. Ein Drittel der Landoberfläche ist – noch – von Wäldern bedeckt. Sie sind existenziell für menschliches Leben auf unserem Planeten. Sie sind gigantische Kohlenstoffspeicher und damit unverzichtbare Stabilisatoren für unser Klima. Darum muss uns insbesondere der Schutz der großen Regenwälder der Welt ganz besonders sorgen - nicht umsonst war er eines der ganz wichtigen Themen bei der Klimakonferenz in Cancún. Wälder produzieren Sauerstoff, sie speichern die Feuchtigkeit, bewahren die Böden vor Erosion, sie schützen Siedlungen vor Lawinen und Küsten vor Stürmen und den Auswirkungen von Tsunamis. Sie sind Lebensraum für ungezählte Pflanzen und Tiere, von denen wir Menschen profitieren und ohne die unsere Industrie und unsere Landwirtschaft kaum funktionieren würden. Wenn wir zum Beispiel in unseren Arzneischrank greifen, haben wir oft indirekt ein Produkt des Waldes in unserer Hand. Gerade in der Artenvielfalt der Urwälder liegen Potenziale verborgen, die bei weitem noch nicht erschlossen sind und von deren Anwendungsmöglichkeiten wir noch kaum eine Vorstellung haben.

Wälder liefern Rohstoffe und leisten Umweltdienste, die gar nicht oder nur mit höchstem technischen Aufwand durch menschengemachte Technologie ersetzbar wären. Die negativen Folgen des Waldverlustes und der Verschlechterung ihres Zustands kosten zwischen zwei und 4,5 Billionen US-Dollar im Jahr – mehr als die Wirtschafts- und Finanzkrise verschlungen hat. Den Wald zu schützen ist also kein romantischer Luxus, sondern überlebenswichtig für die Menschheit. Und darum ist es gut, dass die deutsche Entwicklungshilfe sich im Bereich des Waldschutzes, der nachhaltigen Forstwirtschaft und der Wiederaufforstung so massiv engagiert.

Das Problem ist offenkundig. Die Frage der Perspektive. Nächste Wahl, ein Menschenleben, Generationen. Unterstützt der Wähler kurzfristig langfristiges Handeln für Generationen.

Für die „Dienstleistungen" des Waldes gibt es – vielleicht noch – keine Märkte, die den angemessenen Preis bilden und damit auch den Erhalt von Waldfläche rentabel machen würden. Und so wird in vielen Ländern der Welt weiterhin mehr Wald abgeholzt als nachwächst – oft illegal, ob aus Profitgier oder Verzweiflung. Jährlich verschwindet mehr Waldfläche als ganz Deutschland besitzt. Die weltweite Waldfläche - pro Kopf gerechnet – ist innerhalb nur einer Generation auf die Hälfte geschrumpft.

Auch wenn es inzwischen Anzeichen dafür gibt, dass sich die Abholzung etwas verlangsamt: Der Druck auf den Wald wird bleiben oder sogar wachsen – weil wir aller Voraussicht nach in wenigen Jahrzehnten acht oder neun Milliarden Menschen auf diesem Planeten sein werden, und weil sich der Lebensstil und die Wohlstandserwartungen der industrialisierten Welt in immer mehr Ländern durchsetzen. Das bedeutet noch mehr Papier, Zellstoff, Anbauflächen für Futtermittel für den steigenden Fleischkonsum, noch mehr Palmöl oder eben auch Holz für Biosprit.

Wenn wir uns – im übertragenen Sinne – den Ast nicht absägen wollen, auf dem wir sitzen, dann müssen wir für globale Übereinkünfte und Nutzungsregeln für unser gemeinsames Waldkulturerbe streiten – so mühsam es ist. Und wir müssen in Zusammenhängen denken. Es reicht nämlich nicht aus, nur neue Bäume nachzupflanzen. Wir müssen auch die Ursachen von Waldvernichtung bekämpfen. Vielfach sind es Armut, Kriminalität und Korruption. Wir müssen fördern, was zum Erhalt des Waldes und einer umweltverträglichen Nutzung beiträgt: erneuerbare Energien, alternative Einnahmequellen für die lokale Bevölkerung und ihre politische Teilhabe, eine umweltverträgliche wirtschaftliche Entwicklung und verlässliche Zertifizierungen, Zugang zu Familienplanung und sozialer Alterssicherung.

Bei meiner nächsten Auslandsreise nach Brasilien, Mexiko und Costa Rica werde ich mich gerade auch über diese Themen erneut informieren. Costa Rica etwa ist in Sachen Wiederaufforstung und Schutz der Artenvielfalt weltweit Vorreiter, es hat eines der ambitioniertesten Klimaziele der UN-Länder. Ob es gelingt, die – noch riesigen – Regenwälder Brasiliens zu erhalten, wird für unser Weltklima entscheidend sein. Und vielleicht können wir von Brasilien lernen, wie nachwachsende Rohstoffe zu nachhaltigen Biokraftstoffen werden, ohne dass dies zu Lasten der Nahrungsmittelproduktion oder der Umwelt geht.

Wir müssen begreifen: Die Wälder dieser Welt sind ein ungeheurer Schatz! Sie rücksichtsvoll zu behandeln und weitsichtig zu nutzen, ist eine wichtige Bedingung und eine große Chance für eine nachhaltige Entwicklung.

Vor unserer eigenen Haustür entdecken wir zunehmend die Potenziale des nachwachsenden Rohstoffs Holz – für klimaschonende Energiegewinnung, für neue Werkstoffe oder technische Konstruktionen. Denken Sie an das „Expo-2000-Dach" in Hannover, das größte freitragende Holzdach der Welt – ein Sinnbild für die fantastischen Möglichkeiten und die Vorteile des Werkstoffs Holz: geringes Gewicht, hohe Stabilität, gute Recyclingfähigkeit, nachwachsend. Eine Firma baut inzwischen sogar Masten für riesige Windkraftanlagen aus Holz.

Wir können und müssen vom Wald lernen, nicht in Quartalen zu denken, sondern in Generationen. Genau dieses Denken brauchen wir auch in ganz vielen anderen Bereichen unseres Lebens und Wirtschaftens. Wir wissen: wir tun gut daran, langfristiger als bisher zu denken und mit Rücksicht auf die Chancen kommender Generationen zu handeln.

Die UN haben für das „Internationale Jahr der Wälder" das Motto „Wälder für Menschen" gewählt. Aber letztlich sind wir Menschen von den Wäldern abhängig, nicht umgekehrt. Darum sollten wir das Motto auch umkehren: „Menschen für Wälder".

Mein Lieblingszitat möchte ich Ihnen zum Schluss nicht vorenthalten. Es stammt vom Literaturnobelpreisträger Tagore: „Wer Bäume setzt, obwohl er weiß, dass er nie in ihrem Schatten sitzen wird, hat zumindest angefangen, den Sinn des Lebens zu begreifen."

Und darum freue ich mich, jetzt den deutschen Beitrag zum Internationalen Jahr der Wälder für eröffnet zu erklären!

Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel, Berlin

125 Jahre Deutsche Landwirtschaftsgesellschaft

Rede beim Festakt zum 125-jährigen Bestehen der Deutschen Landwirtschaftsgesellschaft (DLG) am 15. Dezember 2010 in Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident Bartmer,
sehr geehrter Herr Präsident Sonnleitner,
sehr geehrte Frau Bundesministerin, liebe Ilse Aigner,
liebe Kolleginnen und Kollegen des Europäischen Parlaments, des Bundestags und der Landtage
und natürlich vor allen Dingen Sie,
sehr verehrte Festversammlung,

ich möchte Ihnen meinerseits ganz herzlich zu 125 Jahren Deutsche Landwirtschaftsgesellschaft gratulieren. Ich glaube, dass Sie das richtige Ambiente für diesen festlichen Abend gewählt haben. Nichts könnte besser sein als diese Räumlichkeit, um noch einmal in die Geschichte zu blicken und gleichzeitig vorauszublicken.

Max Eyth hat, wie wir gehört haben und wie es uns die Mathematik lehrt, 1885 die Deutsche Landwirtschaftsgesellschaft gegründet. Ich glaube, dass er damals seiner Zeit ziemlich weit voraus war. Wissen und Können – Herr Bartmer hat davon gesprochen – waren für ihn die Antriebsfedern des Fortschritts in der Landwirtschaft. Das hat heute noch Gültigkeit. Insofern ist das etwas, was im wahrsten Sinne des Wortes nachhaltig ist.

Ich war in der vergangenen Woche bei einer anderen Jubiläumsveranstaltung, bei der es auch um Dampfmaschinen ging. Das war der 175. Geburtstag der Bahn; die legendäre Strecke Nürnberg-Fürth. Dort war auch ein Brite im Spiel, nämlich der erste Lokführer in Deutschland. Ich habe darüber gesprochen, wie die Dampfmaschine im Grunde das 19. Jahrhundert revolutioniert hat. Wir waren nicht die ersten, denn die Engländer hatten sie schon vorher auf die Schiene gebracht. Aber man kann immerhin sagen, dass die Deutschen guten Geschmack hatten. Angesichts der Verhältnisse der Kleinstaaterei war es geradezu sensationell, dass damals so früh eine Entscheidung für die Bahn fiel.

Die Bahn hat im Grunde die Entstehung des Bürgertums unglaublich befördert. – Die klassischen Herrscher lebten im Wesentlichen von ihren Zolleinnahmen. Der große Feind einer durchgehenden Bahnstrecke war die Erhebung von Zoll an den Grenzen. – Insofern hat die Bahn auch die Industrialisierung sehr stark vorangebracht. 1848 sind schon Freiheitskämpfer mit der Bahn zusammengekommen. Dann hat es noch ein bisschen gedauert, bis Max Eyth für die Landwirtschaft eine vergleichbare Idee gehabt hat. Das ist ein großer Bogen, der aber im Grunde zeigt, wie Geschichte prägt. Es macht durchaus Sinn, sich einmal zu überlegen, welche technische Innovation eigentlich welche zivilisatorischen Veränderungen mit sich bringt, wie Gesellschaften darauf reagieren und dann wieder verantwortlich mit der neuen Technik umgehen. Das ist eigentlich das, was Sie in der DLG seit 125 Jahren prägt, wenn ich das richtig verstehe – Fortschritt und Verantwortung und ein Herangehen an neue Herausforderungen aus einem grundsätzlich freiheitlichen Selbstverständnis heraus, wie es dem Landmann oder der Landfrau zueigen ist.

Die Landwirtschaft hat sich in diesen 125 Jahren in rasanter Weise verändert. Um 1900 hat ein Landwirt etwa vier Menschen ernährt. Heute kann ein Landwirt im Durchschnitt über 130 Menschen ernähren. So waren um 1900 auch mehr als 30 Prozent der Menschen damit beschäftigt, in der Landwirtschaft zu arbeiten. Unter den ineffizienten Bedingungen des Sozialismus waren es in der DDR immerhin noch um die elf Prozent. Das zog einen der dramatischsten Einschnitte der Deutschen Einheit nach sich, der bis heute nachwirkt. Denn als Vollmitglied der Europäischen Union waren wir auf die zwei bis drei Prozent zurückgeworfen, die in der alten Bundesrepublik Deutschland in der Landwirtschaft arbeiteten; nicht zu sprechen von der Flächenstruktur, die anders als in der alten Bundesrepublik war. Das war einer der dramatischsten Strukturwandel, die wir durchführen mussten.

Da ich in den neuen Bundesländern einen ländlichen Wahlkreis habe, sehe ich heute noch, dass ein großer Teil der Arbeitslosen schwer aus den Folgen dieses Strukturwandels herauskommt, denn man kann natürlich einen Menschen, der im Alter von 45 Jahren von der Deutschen Einheit freudig überrascht wurde, schwerlich nach München zu Siemens schicken und ihm sagen, dass dort sein zukünftiges Betätigungsfeld liegt. Das sind natürlich Strukturwandel, die dramatisch waren und die wir trotzdem einigermaßen gut bewältigt haben. Auch das zeigt, was über Jahrzehnte hinweg bis 2010 passiert ist.

Es geht weiter, wenn wir über die Zukunft der europäischen und deutschen Landwirtschaft und über die Verantwortung im ländlichen Raum sprechen. Immerhin leben 50 Prozent der Menschen in Deutschland im ländlichen Raum. Das heißt, die zwei Prozent, die heute in Deutschland ihr Geld in der Landwirtschaft verdienen, sind nicht der Maßstab, sondern der Maßstab ist, wie es eigentlich in den vielen ländlichen Gebieten mit insgesamt immer noch glücklicherweise weitaus mehr Quadratkilometern als in urbanisierten Gebieten wirtschaftlich und auch kulturell und gesellschaftlich zugeht. Das ist ein Thema, über das wir sicherlich noch viel sprechen müssen, denn die Ballungszentren sind immer sehr schnell von neuen technischen Möglichkeiten erfasst – wenn ich zum Beispiel an die Breitbandverbindung denke –, während das im ländlichen Raum länger dauert.

Wir haben uns auf der Grundlage unserer freiheitlichen Vorstellung, die uns hier eint, vorgenommen, dass sich der Staat immer weiter zurückzieht. Aber wie animiere ich jemanden mit marktwirtschaftlichen Anreizen dazu, dass er unbedingt auch für einen außerhalb des Dorfs liegenden schönen landwirtschaftlichen Betrieb umgehend für einen Breitbandanschluss sorgt? So eine karitative und ideale Einstellung findet sich selten in Deutschland. Deshalb ist die Frage, wie wir in Deutschland die ländlichen Räume parallel zu den urbanen Räumen entwickeln, eine, mit der sich sicherlich auch die Deutsche Landwirtschaftsgesellschaft vielfach beschäftigt.

Zurück zur Landwirtschaft. Da sind wir gut aufgestellt. Die Ernährungswirtschaft erlöst jeden vierten Euro auf Auslandsmärkten; also auch ein Exportbereich. Die Landtechnik- Industrie erwirtschaftet sogar drei von vier Euro im Ausland. Wenn man durch die Welt fährt, ist es sehr interessant zu sehen, wie großartig die deutsche Landtechnik geschätzt wird. Wir sind der drittgrößte Agrarexporteur und zweitgrößte Agrarimporteur. Unsere Weltoffenheit ist also auch im Agrarbereich sehr deutlich ausgeprägt.

Wir werden die gesamte Landwirtschaftspolitik, aber auch das, was Landwirtschaft ausmacht, sicherlich – ich habe mit Herrn Sonnleitner sehr oft darüber gesprochen – überhaupt nur noch im globalen Rahmen verstehen können. Ich habe immer mit Freude bemerkt, dass die Landwirtschaft den globalen Anforderungen gegenüber sehr aufgeschlossen ist, wenn wir zum Beispiel an nachhaltige Landwirtschaft und die Frage denken, was freier Handel ist und zu welchen Bedingungen er stattfinden muss. Als ich Umweltministerin war, haben wir sehr viel darüber gesprochen, ob es nicht ein Stück weit abstrus ist, um es einmal vorsichtig zu sagen, wenn wir auf der einen Seite freien Handel einführen, dann aber zulassen, dass in anderen Ländern landwirtschaftliche Flächen ruiniert werden, um anschließend diesen Ländern wieder Entwicklungshilfe zu gewähren.

Das ist natürlich etwas, was uns überhaupt nicht nutzt. Die Landwirtschaft ist dem insgesamt immer aufgeschlossen gewesen, weil sie in längeren Zeitrhythmen denkt und weil der Rohstoff, mit dem sie arbeitet, nachhaltig bewirtschaftet werden muss, denn sonst entzieht man sich seine eigene Existenzgrundlage.

Wir wissen, dass es weltweit ganz andere Probleme gibt, als die, die wir zu Hause haben. Es gibt eine wachsende Weltbevölkerung, knapper werdende Ressourcen und durch den Klimawandel eine zurückgehende Verfügbarkeit von Agrarland. Wir wissen, dass eines der großen Themen die Wasserversorgung auf der Welt ist, ob das zum Beispiel in China oder in Afrika ist. Deshalb ist unsere Herangehensweise in Deutschland, nachhaltig zu wirtschaften und Ressourceneffizienz auszuüben, natürlich ein ganz großes Pfund, das wir auch in die friedliche Entwicklung der Welt einbringen können. Hier sind Landwirtschaftstechniken von allergrößter Bedeutung, wenn ich allein über die effiziente Nutzung von Wasser nachdenke.

Wir brauchen also Fortschritt, denn der weltweite Wasserverbrauch, um das Beispiel noch einmal zu nennen, hat sich in den vergangenen 100 Jahren verzehnfacht. Wenn wir das Beispiel nehmen und fragen, welche Wasserverfügbarkeit vorhanden ist, kann man gemäß Max Eyth sagen: Fortschritt ist die einzige Antwort auf die Lösung solcher Herausforderungen. Deshalb muss die Produktivität erhöht werden, moderne wissenschaftliche Erkenntnis muss immer wieder mit traditionellem Wissen gut verbunden werden. Es darf also keinen abrupten Wechsel geben, sondern wir brauchen eine evolutionäre Verknüpfung von traditioneller Landwirtschaft mit Fortschritt. Da muss man sagen, dass die Aufgeschlossenheit gegenüber Innovationen in der Deutschen Landwirtschaftsgesellschaft erfreulicherweise gut ausgeprägt ist, aber in Deutschland insgesamt zum Teil durchaus Anlass zur Sorge gibt.

Da die große nationale gesellschaftliche Herausforderung für uns der Alterungsprozess, also der demografische Wandel ist, ist die Frage, wie innovativ wir bleiben – während immer mehr Menschen aus der kürzeren Perspektive ihres eigenen Lebens lediglich auf das schauen, was gerade passiert –, eine der großen Fragen für unsere Gemeinschaft. Ich habe mit dem Beispiel der Bahn begonnen und mache noch einmal eine kleine Bahn-Einsprengselung. Wenn wir an den Bahnhof im südlichen Raum denken, der uns derzeit alle beschäftigt, dann fällt uns auf, dass sich die Argumentation oft gar nicht gegen den Bahnhof an sich richtet, sondern dass die Argumentation ist: Warum soll ich, wenn ich 75 bin, eigentlich noch ertragen, dass wieder für 15 Jahre meine Stadt umgewühlt wird? Die Frage von Fortschritt und Innovationsfreude bedingt aber natürlich auch, dass ich bereit bin, für etwas einzustehen, das vielleicht zu meinen Lebzeiten für mich persönlich keinen Nutzen mehr bringt. Ich würde sagen, dass da gerade die Landwirte beziehungswweise alle, die in den Dimensionen des ländlichen Raums denken, gefragt sind, denn ihr Denken ist sowieso eines, das über den Tag hinaus geht, langfristig angelegt ist und oft über Generationen begründet ist.

Wir brauchen also Innovation. Deshalb möchte ich auch die von Ihnen schon erwähnte „Nationale Forschungsstrategie BioÖkonomie 2030“ ansprechen. Sie ist ein Teil unserer insgesamt sehr systematisch angelegten Forschungspolitik. Wir werden in den nächsten sechs Jahren immerhin 2,4 Milliarden Euro in diesen Bereich investieren. Wir mobilisieren damit auch neue Erkenntnisse. Es geht uns dabei nicht nur um uns im Lande, sondern es geht dabei auch um ausreichende und gesunde Ernährung weltweit, um eine zunehmende Nutzung von nachwachsenden Rohstoffen und um einen Ausbau der Energieträger auf Basis von Biomasse. Da deuten sich ja schon hinreichend viele Konflikte an. Innovation per se ist nicht gut; denn wenn wir nur noch Maisfelder in Deutschland haben, dann ist man nicht glücklicher, als wenn eine ordentliche Fruchtfolge eingehalten würde. Ich meine, man muss sich schon wundern, dass unter dem Siegel der erneuerbaren Energien plötzlich Sachen möglich sind, die dem klassischen Landwirt früher um die Ohren gehauen worden wären. Deswegen müssen wir da schon ein bisschen genauer hinschauen.

Ich wollte jetzt kein Drohpotenzial aufbauen – ich weiß nicht, wie viele von Ihnen hier Maisfelder haben; irgendwem müssen die Felder schließlich gehören –, aber ich sage einmal: Wir können das nicht ins Unermessliche wachsen lassen. Die Differenz zwischen dem Wirtschaften in der klassischen Landwirtschaft und dem Wirtschaften für erneuerbare Energien darf keine überdimensionierten Größenordnungen einnehmen; das wäre nicht verantwortbar. Ich merke jetzt aber, dass ich mit dieser Sache doch ein bisschen weit ausschweife. Aber Ihr Präsident hat ja gesagt, wir müssen der Logik folgen. Deshalb sind Sie da sicherlich alle auf meiner Seite. Ich nehme Ihnen aber auch nicht übel, wenn Sie von den Möglichkeiten Gebrauch machen – nur damit wir uns da richtig verstehen. Wir müssen aber schauen, dass das alles ins Lot kommt.

Namhafte Wissenschaftler haben die Agrarforschungsallianz gegründet, auch mit Unterstützung des Landwirtschaftsministeriums. Ich glaube, dass es sehr gute Beispiele für die Übertragung auch internationaler Forschungsergebnisse in die Praxis gibt. Dazu wird sicher auch das geplante Pflanzenbauzentrum in Sachsen-Anhalt gehören. Wir wollen aber nicht darum herumreden: Die Auseinandersetzung mit genveränderten Pflanzen ist etwas, das uns sehr leicht von der weltweiten Entwicklung entkoppeln kann. Ich will das hier heute Abend aber nicht weiter ausführen. Ich kenne die sicherlich auch schwerwiegenden Bedenken. Das hat sicherlich auch damit zu tun, dass wir als Land Nahrungsmittelmangel nicht kennen. Das darf uns aber nicht davon abhalten, den Blick auch über den Tellerrand zu richten und zu schauen, wie es anderswo aussieht und was wir als ein gut entwickeltes Forschungsland zur Ernährungssicherung beitragen können.

Ich glaube, ganz wichtig ist in diesem Zusammenhang, wie auch im gesamten Bereich der Forschung, die Frage des Schutzes geistigen Eigentums. Das ist im Zusammenhang mit genetischen Ressourcen ein weites Feld. Deshalb begrüße ich die Entscheidung des Europäischen Patentamts von letzter Woche, mit der ein klarer Trennstrich gezogen wurde – hoffentlich ist er auch jedem klar – zwischen nicht patentierbaren, im Wesentlichen biologischen Züchtungsverfahren auf der einen Seite und patentierbaren erfinderischen Leistungen auf der anderen Seite. Ich hoffe, damit kann man in der Praxis etwas anfangen.

Was die biologische Vielfalt anbelangt, die als zentrales Thema auch den ländlichen Raum, Gesundheit und vieles andere betrifft, so haben wir in diesem Jahr nicht nur den 125. Geburtstag der DLG, sondern auch das Internationale Jahr der Biodiversität. Glücklicherweise haben wir auf der Artenschutzkonferenz im japanischen Nagoya in diesem Jahr doch einen Fortschritt erzielt. Ich war von 1994 bis 1998 Umweltministerin und habe mich damals auch mit solchen Themen sehr intensiv befasst. Wenn man sieht, dass jetzt nach circa 15 Jahren endlich etwas erreicht ist, was man schon damals als Problem richtig erkannt hat, dann kann man nur hoffen, dass wir nicht immer so spät mit unseren guten Entscheidungen kommen. Es ist aber wichtig, dass diese Entscheidungen gefällt wurden.

Bis 2020 müssen also alle Staaten wirksame Maßnahmen ergriffen haben, um den Verlust an biologischer Vielfalt zu stoppen. Das ist schwierig – extrem schwierig. Wir kennen ja eigentlich nur einen kleinen Teil der biologischen Vielfalt. Wenn wir alles kennen würden, dann würden wir sehen, wie viel doch auch verlustig geht. In diesem Zusammenhang ist zum Beispiel zu erwähnen, wie schwer sich Deutschland tut, allein die Entkopplung von Wirtschaftswachstum und Flächenverbrauch zu schaffen. Zu meiner Zeit als Umweltministerin hat die Siedlungs- und Verkehrsfläche in Deutschland um 105 bis 110 Hektar pro Tag zugenommen; heute sind wir runter auf 90 Hektar pro Tag. Es ist zwar schön, dass das gesunken ist, aber wenn

man sich überlegt, wo das endet, kommt man zu dem Schluss: Wir müssen aufpassen, dass wir irgendwann noch freie Flächen haben.

Neben dem Ziel, den Schwund der Artenvielfalt zu stoppen, haben wir einen Finanzierungsmechanismus beschlossen, um auch Entwicklungsländern zu helfen. Außerdem wurde ein Protokoll zu einem gerechten Vorteilsausgleich bei der Nutzung genetischer Ressourcen verabschiedet. Das ist ein wirklich wichtiger Schritt gewesen. Dass inzwischen auch die Meere mit Naturschutzgebieten oder geschützten Reservaten verbunden werden, ist auch sehr, sehr wichtig.

Sie haben sich als DLG immer der gesellschaftlichen Verantwortung gestellt. Sie haben auch nicht Halt gemacht vor Zielkonflikten, bei denen man Abwägungen treffen muss – zum Beispiel Abwägungen zwischen Tierhaltung in ökonomisch sinnvoller Form auf der einen Seite und der emotionalen Akzeptanz auf der anderen Seite; Sie haben vorhin auch darauf hingewiesen. Ich glaube, wir haben diesbezüglich in Deutschland, wenn auch teilweise nach sehr harten Diskussionen, gute Wege gefunden. Deshalb begrüße ich auch alles, was Sie tun, um die Akzeptanz vor Ort zu stärken, etwa über freiwillige Selbstverpflichtungen, um die Dinge voranzubringen.

Ich bitte Sie auch: Unterstützen Sie weiterhin die notwendigen Reformen, die wir im Agrarbereich machen müssen. Ich bin wirklich eine große Anhängerin des Lebens in ländlichen Räumen – nicht nur, weil ich dort aufgewachsen bin, sondern weil ich auch glaube, dass ein Stück Demut menschlichen Lebens im ländlichen Raum der Gesellschaft insgesamt gut tut. Ich finde es zum Teil erschreckend, wenn auch junge Menschen kaum noch mit den biologischen Rhythmen in Verbindung gebracht werden und wenn jetzt selbst das Rührei aus dem Pappkarton kommt. Wir müssen da schon aufpassen, dass wir das Verständnis für die grundlegenden Zusammenhänge unseres Lebens nicht völlig verlieren. Wir haben uns fast damit abgefunden, dass die meisten denken, der Strom kommt aus der Steckdose. Aber wenn wir auch nicht mehr wissen, wo das Ei herkommt, dann ist ein Zustand erreicht, der bei zehnjähriger Schulpflicht doch noch einmal verändert werden muss.

Wir können also sagen, dass die Prinzipien von Max Eyth, die er vor 125 Jahren für die DLG festgelegt hat, uns auch heute noch gut tun: Finanzielle Selbständigkeit – auch als Ausdruck der Freiheit –, politische Unabhängigkeit – die sei Ihnen gegönnt – und Selbstverwaltung. In diesem Dreiklang liegt der Schlüssel zum Erfolg. Sie denken an die Zukunft, deshalb gibt es auch gleich noch eine Preisverleihung.

Ich gratuliere noch einmal ganz herzlich. Bleiben Sie so, wie Sie sind, und seien Sie weiter innovativ. Herzlichen Dank und alles Gute.

Ilse Aigner, Bundesministerin für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Berlin

Zum Agrarpolitischen Bericht 2011 der Bundesregierung

– Rede vor dem Deutschen Bundestag am 11. Mai 2011 in Berlin –

Frau Präsidentin!
Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen!

Der Ihnen heute vorliegende Agrarpolitische Bericht ist zum ersten Mal für einen Zeitraum von vier Jahren erstellt worden; bis 2007 wurde er jährlich vorgelegt. Er beinhaltet die aktuellen Herausforderungen für den Bereich der Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft. Er zeigt die politischen Maßnahmen der Bundesregierung auf und wirft einen Blick auf die Lage der Landwirtschaft in den vergangenen vier Wirtschaftsjahren.

Das Leitbild unserer Agrarpolitik ist eine leistungsfähige Land-, Forst- und Fischereiwirtschaft, die nach dem Grundprinzip der Nachhaltigkeit wirtschaftet. Das heißt, Landwirtschaft muss ausreichend Lebensmittel von hoher Qualität und Rohstoffe für die Energiegewinnung und die Industrie liefern. Landbewirtschaftung muss aber auch die Grundlage für Erwerb und Wohlstand der Landwirte selbst sein sowie die Ressourcen schonen. Landwirte müssen eine angemessene soziale Absicherung genießen. Unsere Landnutzung muss Natur und Umwelt auch für nachfolgende Generationen erhalten. Diesem Leitbild folge ich bei den konkreten Ausrichtungen meiner Agrarpolitik, wie Sie im gesamten Agrarbericht nachlesen können.

Wir in Deutschland sind bei der Umsetzung der EU-Agrarpolitik weiter als die meisten Mitgliedstaaten; wir sind vorne. Dieser Weg muss in ganz Europa nachvollzogen werden. Marktorientierung ist nicht gefährlich. Im Gegenteil: Die Lage der Landwirtschaft sowie der gesamten deutschen Ernährungswirtschaft offenbart den Erfolgskurs dieser Branche: Die deutsche Land- und Ernährungswirtschaft ist erfolgreich; das zeigen unter anderem die steigenden Exportzahlen.

Wir haben uns im Rahmen der Agrarsozialpolitik in schwierigen Phasen an die Seite unserer Landwirte gestellt. Zum Beispiel haben wir in den letzten vier Jahren speziell für die landwirtschaftliche Unfallversicherung zusätzlich 300 Millionen Euro in die Hand genommen und damit eine wesentliche Unterstützung gewährleistet.

Wir richten den Blick natürlich auch auf die Verbraucherinnen und Verbraucher, die wir sehr ernst nehmen. Daher setze ich derzeit einen umfassenden Maßnahmenkatalog zur Verbesserung der Sicherheit bei den Futtermitteln um. Das ist gut für die Verbraucher, aber auch für die Landwirte selbst.

Die Landwirtschaft erfüllt heute vielfältige Aufgaben: Sie erzeugt natürlich in erster Linie Nahrungsmittel, leistet aber auch einen wichtigen Beitrag zur Energieversorgung; nicht zuletzt ist sie die Stütze des ländlichen Raumes.

Ich komme zum Ausblick; ein paar Punkte zur Lage der Landwirtschaft.

Die Land- und Ernährungswirtschaft hatte im Jahr 2009 rund fünf Millionen Beschäftigte.

Sie stellt also jeden achten Arbeitsplatz in Deutschland. Die Zahlen sprechen für sich.

Die Lage der Landwirtschaft ist inzwischen wieder von steigenden Agrarpreisen gekennzeichnet, allein der Getreidepreis hat sich im Vergleich zum Vorjahr verdoppelt. Inwieweit sich das nachhaltig auf die Einkommen der Landwirte auswirken wird, lässt sich noch nicht einschätzen; denn wir müssen auch

die Kostenseite betrachten. Ich nenne zum Beispiel die Futtermittel.

Wir hoffen, dass durch den Aufwärtstrend der Agrarpreise der Einbruch durch die Finanzkrise überwunden ist. Ungeachtet dessen muss man insgesamt darauf verweisen, dass die Direktzahlungen der Europäischen Union im Durchschnitt gut 52 Prozent der Einkommen der Landwirte ausmachen und daher auch in der Ausgestaltung der zukünftigen Gemeinsamen Agrarpolitik einen wesentlichen Beitrag für die Stabilisierung des Agrarsektors leisten werden.

Der deutsche Agrarexport hat 2010, nach dem Einschnitt durch die Finanzkrise 2009, sein langfristiges Wachstum fortgesetzt. Jeder vierte Euro im Bereich der Ernährungswirtschaft wird mittlerweile auf Auslandsmärkten erzielt.

Der vorliegende Agrarbericht greift zahlreiche Handlungsfelder auf. Übergreifende Politiken wie die Energie- und Ressourcenpolitik spielen eine immer größere Rolle, und auch die Landwirtschaft wird bei der Ausgestaltung der Energiepolitik der Zukunft einen nennenswerten Beitrag leisten müssen.

Außerdem müssen wir das Problem des Schwundes wertvoller Ackerflächen lösen. Ein Flächenverbrauch von 90 Fußballfeldern pro Tag ist noch deutlich von unserem Ziel von 30 Hektar entfernt. Daher sehe ich auch die Notwendigkeit, dass wir über alle Fragen, die die Landwirtschaft und die politischen Handlungsfelder betreffen, einen offenen Dialog führen.

Ich habe einen Prozess zur Erstellung einer Charta für Landwirtschaft und Verbraucher eingeleitet, um die Verbraucher und die Landwirte an einen Tisch zu bringen. Zum Jahresende werde ich die Charta erstellen und die Ziele und Handlungsfelder einer modernen und zukunftsfähigen Agrarpolitik für die landwirtschaftliche Produktion und die gesamte Lebensmittelkette aufzeigen.

Daniel Bahr, Bundesminister für Gesundheit, Berlin

Zum Ehec-Ausbruch in Deutschland – Aktueller Sachstand nach dem Bund-Länder-Gespräch

– Rede vor dem Deutschen Bundestag am 8. Juni 2011 in Berlin –

Vielen Dank, Herr Präsident. – Es ist interessant, dass schon Fragebedarf besteht, bevor wir etwas gesagt haben.

Ich würde gerne, weil es sich um eine ernste Situation handelt, mit der Beschreibung der Lage beginnen. Wir sind in Deutschland derzeit mit einem der weltweit größten bislang beschriebenen Ausbrüche von Ehec-Infektionen und HUS konfrontiert. Der besondere Verlauf dieser Erkrankungen stellt sich so dar: Normalerweise sind in Deutschland einige Ehec-Infektionen und HUS festzustellen; aber derzeit haben wir es mit einem enormen Zuwachs in kürzester Zeit zu tun. Die betroffenen Gruppen sind anders als sonst in Deutschland nicht Kinder, sondern insbesondere erwachsene Frauen: Über 70 Prozent der Ehec- und HUS-Fälle treten bei Frauen über 20 Jahre auf; das Gleiche zeigt sich auch bei den leider zu verzeichnenden Todesfällen.

In Deutschland gibt es aktuell 1 959 Ehec-Fälle und 689 Fälle von HUS, der besonders schweren Verlaufsform der Ehec-Erkrankung. Bis heute Morgen wurden 6 Ehec-Todesfälle und 18 HUS-Todesfälle gemeldet. Soeben hat das Land Niedersachsen in der Konferenz der Verbraucherschutz- und Gesundheitsminister einen weiteren Todesfall gemeldet, sodass wir aktuell von 25 Todesfällen ausgehen müssen.

Die Zahl der schweren Verläufe ist ungewöhnlich. Wie gesagt, auch die betroffenen Altersgruppen – in erster Linie erwachsene Frauen – sind eher untypisch. Wir haben auch sonst in Deutschland mit Ehec-Erkrankungen zu rechnen, leider auch mit Todesfällen, aber bei weitem nicht in dem Ausmaß, in dem wir es jetzt erlebt haben.

Auch wenn es derzeit für eine Entwarnung noch zu früh ist, so gibt der fortwährende Rückgang der Zahl der Ehec-Neuinfektionen und HUS-Ausbrüche doch Anlass zu vorsichtigem Optimismus. Auch wenn wir weiterhin mit neu auftretenden Fällen rechnen müssen, übrigens in regional unterschiedlichem Maße, so spricht doch manches dafür, dass wir das Schlimmste nun hinter uns haben.

Dieser Rückgang darf aber nicht mit einem Verzicht auf die Verzehrempfehlungen verbunden werden. Vielmehr müssen die Verzehrempfehlungen aufrechterhalten werden. Wir empfehlen weiterhin, auf den Verzehr von rohen Gurken, Tomaten, Blattsalat und Sprossen zu verzichten, solange ein Versiegen der Infektionsquelle nicht erkennbar ist.

Zur Wahrheit über die Ehec-Erkrankungen weltweit gehört leider die Erkenntnis, dass in 70 bis 80 Prozent der Fälle von Ehec-Erkrankungen weltweit die Infektionsursache nie gefunden wird. Das macht den Umgang mit der Ehec-Erkrankung so schwierig.

Als uns das Land Hamburg am 19. Mai über drei Ehec-Fälle und einen Verdachtsfall informiert und um Unterstützung durch die dem Bundesgesundheitsministerium nachgeordnete Behörde, das Robert-Koch-Institut, gebeten hat, haben wir sofort ein Team hingeschickt – in den Tagen danach wurde es durch weitere Teams verstärkt –, das sofort mit der Arbeit begonnen und Patienten und deren Angehörige befragt hat. Ich habe keinen Zweifel daran, dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Robert-Koch-Instituts und auch der anderen Behörden der Länder und des Bundes nicht nur das Nötigste getan haben, sondern auch mit Hochdruck daran gearbeitet haben, die Infektionsquelle schnell zu finden.

Durch die Erkenntnisse, die durch die Befragungen gewonnen wurden, ist es gelungen, die Infektionsquelle zügig einzugrenzen. Bereits eine Woche nach dem Ausbruch konnten wir die Empfehlung herausgegeben, dass die Bürgerinnen und Bürger auf den Verzehr von rohen Gurken, rohen Tomaten und Blattsalat besser verzichten sollten. Die Infektionsquelle wurde also deutlich eingegrenzt. Die Zusammenarbeit zwischen den Ländern und den Bundesbehörden verlief gut. Die Zuständig-

keit liegt bei den Ländern, die sich frühzeitig gemeldet und die nötige Unterstützung der Bundesbehörden angefordert haben. Das verlief reibungslos.

Ich will auf ein weiteres Thema zu sprechen kommen. Derzeit wird die Frage der Strukturen diskutiert; diese Regierungsbefragung wird sich sicherlich auch diesem Thema widmen. Ich möchte betonen, dass die Bewältigung der Ehec-Erkrankungen und des HU-Syndroms durch den unermüdlichen Einsatz und das Engagement des Pflegepersonals sowie der Ärztinnen und Ärzte in den Krankenhäusern gewährleistet wird. Durch einen erheblichen Arbeitseinsatz, teilweise unter Verzicht auf Vergütung von Überstunden, sorgen sie dafür, dass sich die Patientinnen und Patienten in Deutschland auf eine gute medizinische Versorgung verlassen können. Deswegen gilt mein großer Dank jenen, die diese Arbeit in den Krankenhäusern vor Ort leisten.

Das zeigt im Übrigen auch, dass die Koordination und die Kooperation im Bereich der Krankenversorgung gut funktionieren, obwohl die Zuständigkeiten und Aufgaben unterschiedlich verteilt sind. Alle Krankenhäuser – die Zuständigkeit hierfür liegt bei den Ländern – erfüllen im Moment ihre Aufgabe, indem Krankenhäuser, die ausgelastet sind, von Krankenhäusern mit freien Kapazitäten unterstützt werden, und das über Ländergrenzen und über von verschiedenen Parteien geprägte Länderregierungen hinweg. Das zeigt, dass die Kooperation und die Koordination zwischen den Ländern und auch mit dem Bund gelingen.

Seit dem Ausbruch der Krankheit werden wir täglich über den Sachstand informiert. Die Abstimmung und die Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Bundesministerien von Frau Aigner und mir sind sowohl in der Spitze als auch auf der Fachebene sehr gut. Es erfolgen täglich Abstimmungen und ein Austausch, um uns ein Bild von der Lage zu machen und die nötigen Konsequenzen zu ziehen.

Die Versorgungslage ist also angespannt, aber wir können die Situation bewältigen, indem Kooperation und Koordination stattfinden und indem mit freien Kapazitäten dort ausgeholfen wird, wo eine Auslastung besteht.

Ich habe am 3. Juni mit Kommissar Dalli ein ausführliches Telefonat geführt. Es gibt eine enge Abstimmung mit der Europäischen Union und der Europäischen Kommission. Informationen wurden auf europäischer Ebene sofort weitergeleitet. Experten auf europäischer Ebene wurden von Anfang an in den Erkenntnisgewinn und in die Arbeit eingebunden. Auch in diesem Bereich findet eine enge Abstimmung statt.

Insofern: Die Lage ist angespannt. Wir können noch keine Entwarnung geben. Wir müssen leider auch weiterhin mit Neuinfektionen rechnen. Wir können weitere Todesfälle nicht ausschließen, aber die Bewertung der aus der letzten Zeit vorliegenden Zahlen gibt uns Anlass zu vorsichtigem Optimismus. Ich bin mir sicher, dass wir diese Situation gemeinsam bewältigen werden.

Ilse Aigner, Bundesministerin für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Berlin

Zum Ehec-Ausbruch in Deutschland – Aktueller Sachstand nach dem Bund-Länder-Gespräch

– Rede vor dem Deutschen Bundestag am 8. Juni 2011 in Berlin –

Sehr geehrter Herr Präsident!
Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen!

In der Tat ist die Situation im Moment noch schwierig. Das ist eine ernste Bedrohung.

Wir sind erschüttert von dem Tod zahlreicher Menschen. Unsere Gedanken sind bei den Menschen, die in den Krankenhäusern behandelt werden. Wir senden ihnen gemeinsam die besten Genesungswünsche.

Herr Kollege Bahr hat die momentane Fallsituation geschildert. Nach wie vor ist klar:

Wir sorgen erstens für die Genesung der Erkrankten und ziehen zweitens zum Schutz der Verbraucher gemeinsam an einem Strang. Forschungsinstitute und Behörden tun alles, um die Quelle des Erregers ausfindig zu machen und anschließend zu verschließen. Das sind die Ansprüche, die die Verbraucherinnen und Verbraucher an uns haben. Das sind die Ansprüche, die international an uns gerichtet werden. Diese Ansprüche haben wir aber auch selbst an uns. Die Quelle des gefährlichen Keims können wir noch nicht genau benennen – auch das ist in der Tat richtig –, aber die zuständigen Behörden und Institute arbeiten mit Hochdruck daran.

Es ist richtig, die Öffentlichkeit stets über neueste Erkenntnisse zu informieren. Es geht um Menschenleben. Es geht um die Gesundheit der Menschen. Hier können keine Informationen zurückgehalten werden. Institute und Behörden stimmen sich eng untereinander ab. Sie führen die Ergebnisse zusammen. Sie arbeiten professionell zusammen, und das praktisch rund um die Uhr.

Das System funktioniert. Das Bundesgesundheitsministerium kümmert sich um die humanmedizinischen Fragen. Mein Haus kümmert sich um die Fragen der Lebensmittelsicherheit. Das ist eine klare Aufgabenteilung. Deshalb sprechen Kollege Bahr und ich, wie er schon gesagt hat, täglich miteinander und heute gemeinsam vor dem Deutschen Bundestag.

Heute sind wir mit den Gesundheitsministern und den Verbraucherschutzministern der Länder zusammengekommen. Auch EU-Kommissar Dalli saß am Tisch. Wir konnten uns gemeinsam davon überzeugen, dass von diesem Treffen, übrigens über Parteigrenzen hinweg, ein klares Signal ausgeht: Bund und Länder ziehen gemeinsam an einem Strang, und zwar in die richtige Richtung. Es gibt kein Kompetenzgerangel. Es gibt auch keinen Streit. Die ganze Kraft dient dem Kampf gegen den Erreger. Auch Experten aus Europa sind eingebunden. Jeder weiß, was er zu tun hat.

Später werden wir das Geschehen analysieren und sehen, wo wir vielleicht noch besser werden können. Aber jetzt sind wir

alle mit unseren Kräften voll im Einsatz gegen Ehec. Alle wissen: Das verlangt unsere ganze Aufmerksamkeit – zum Wohl der Menschen.

Am Sonntag hat der niedersächsische Landwirtschaftsminister mitgeteilt, dass Sprossenprodukte aus einem Gartenbaubetrieb im Kreis Uelzen in dringendem Verdacht stehen, Ehec-Keime verbreitet zu haben. Bei ersten Proben ist kein Erreger nachgewiesen worden. Auch wenn das unbefriedigend ist: Es gehört zur Ehrlichkeit dazu, darauf hinzuweisen – das hat der Kollege Bahr schon gesagt –, dass in 75 bis 80 Prozent der Fälle die Quelle nicht gefunden werden kann. Dennoch gibt es eine Indizienkette, die zu diesem Unternehmen führt. Die Lieferkette, die über die Nahrung zu den Patienten gelangt ist, konnte zurückverfolgt werden. Deshalb bleiben wir bei unserem Verzehrhinweis: Sprossen sollen vorerst nicht verzehrt werden.

Der Betrieb wurde von den niedersächsischen Behörden gesperrt und seine Produkte unverzüglich vom Markt genommen. Jetzt ist es wichtig, dass die Kundenlisten dieses Betriebes zügig und sorgfältig ausgewertet und die Lieferketten komplett zurückverfolgt werden. Das ist in der Tat eine Spur. Wir – hier spreche ich für den Bund und die Länder – werden dieser Spur konsequent nachgehen. Andere Spuren werden wir darüber aber nicht aus dem Auge verlieren.

Das Robert-Koch-Institut erhält genauso wie das Bundesinstitut für Risikobewertung den Verzehrhinweis in Bezug auf rohe Gurken, Tomaten und Salate insbesondere im Raum Norddeutschland aufrecht. Dieser Hinweis beruht auf Befragungen von Patienten. Er hat also eine ernstzunehmende Grundlage. Sie können mir glauben: Es fällt niemandem leicht, einen solchen Verzehrhinweis auszusprechen. Aber der vorsorgende Verbraucherschutz hat höchste Priorität. Die Gesundheit der Menschen ist das höchste schützenswerte Gut. Dies hat auch Vorrang vor wirtschaftlichen Interessen. Ich weiß: Das trifft die Bauern mitten ins Mark. Vor allem trifft es sie unverschuldet.

Es ist ganz klar: Dieses Problem hat längst auch eine europäische Dimension erreicht. Deshalb war ich gestern bei dem Sonderagrarministertreffen in Luxemburg. Dort haben wir europäische Lösungen diskutiert. Die Betriebe, die immer verantwortungsvoll gewirtschaftet und hochwertige Lebensmittel hergestellt haben, brauchen unsere Hilfe. Dafür haben wir uns starkgemacht. Ich bin Agrarkommissar Ciolos sehr dankbar, dass er auf unserer Seite steht.

Das verheerende Auftreten dieses Erregers in Deutschland ist bisher einmalig. Die Angelegenheit ist mehr als ernst, und so behandeln wir als Bundesregierung sie auch. Wir gehen gründlich, besonnen und konsequent an die Sache heran. Es ist nicht die Zeit für eine Opposition, die reflexartig daherkommt.

Ehec ist erst recht nicht das Feld für parteipolitische Spielwiesen.

Abschließend möchte ich noch einmal sagen: Die Lage ist sehr ernst. Wir müssen uns gemeinsam darum kümmern. Bund, Länder und Europa sind sich einig und ziehen an einem Strang.

*Dr. Ruediger Dahlke, Hitzendorf**

EHEC – die neue Bedrohung?

EHEC gibt viele Rätsel auf und eignet sich besonders für Angstmache, denn hier sind nicht primär Gebrechliche und Schwache, Alte und Kranke bedroht, sondern auch auffallend viele junge Frauen unter 35. Das könnte uns zeigen, dass wir alle in einem Boot sitzen und auch bewusst gesund Lebende wie Vegetarier und Vegane durchaus mitbetroffen sein können, wenn Ernährungskatastrophen über uns hereinbrechen – ähnlich wie auch Atomkraftgegner von den entsprechenden Katastrophen mitbetroffen sind. In der modernen Welt hängt mehr denn je alles mit allem zusammen und alle mit allen.

Das hämolytisch-urämische Syndrom bedeutet vor allem Blutzerfall und Nierenversagen. Schulmedizinische Therapien sind kaum in Sicht. Einige Mediziner setzen auf Blutplasmakonserven, alle auf Dialyse und andere auf Antibiotika. Diese wiederum halten aber auch viele für kontraproduktiv und manche sogar für ursächlich verantwortlich für das ganze Dilemma wie Professor Alexander Kekulé von der Uni-Klinik Halle. Der Mikrobiologe weist mit Recht darauf hin, dass unsachgemäß eingesetzte Antibiotika in Klinik und Tierzucht Resistenzentwicklungen von Keimen fördern. Antibiotika-Einsatz macht Keime grundsätzlich kreativ bzgl. Gegenmaßnahmen. So tauschen Keime wie in diesem Fall die Darm- und Fäkalbakterien Eschericha coli untereinander Erbgut aus, um sich besser gegen Antibiotika-Angriffe zu wappnen. Das kann in einer antibiotisch behandelten Kuh geschehen oder in einem Bauern, der anschließend seine Kuh infiziert. Beides ist keineswegs unwahrscheinlich, sondern wird von Professoren wie Kekulé und verantwortlichen Ärzten seit Jahren als Gefahr beschworen und steht jetzt sogar schon auf der 1. Seite der Zeitschrift „Zeit“. Jedenfalls wachsen Eschericha coli nie auf Gurken und Spinat, sondern immer in Därmen von Tieren und Menschen, das scheint den meisten Medien völlig entgangen zu sein.

Es könnte aber theoretisch auch in Biogasanlagen geschehen, in die neben Schlachtabfällen auch Tierkot gelangt, wobei die dort üblichen Temperaturen von 70 Grad so etwas eigentlich verhindern sollten. Aber wer garantiert, dass die Temperaturen immer eingehalten werden? So sieht der Chef eines großen deutschen Medizinlabors hier die Hauptgefahr und rät, die vielen Biogasanlagen regelmäßig zu kontrollieren, wozu sein Labor wohl gern zur Verfügung stünde.

Andere halten das für absurd und vermuten, die große Trockenheit habe dazu geführt, dass fäkalverseuchtes Wasser auf Feldfrüchte gelangt sei und fehlender Regen es nicht wieder abgewaschen habe. So könnte ein Bauer seinen Güllewagen zur Bewässerung genutzt haben ohne ausreichende Zwischenreinigung. Jedenfalls könnten Verbraucher ihr Gemüse einfach gründlich waschen und damit schon den E. coli alles vermasseln.

Alles auf Fäkalien-Bakterien auf Gurken, Tomaten und Salat oder neuerdings auf Sprossen und Spinat zu projizieren wirkt so absurd, dass man schon wieder Absicht dahinter wittern könn-

*) Dr. Ruediger Dahlke, Arzt, Psychotherapeut, Autor. Der Beitrag ist mit freundlicher Erlaubnis aus dem Newsletter DAHLKE-INFO Juni 2011 entnommen (newsletter@dahlke.at). Beachte auch im Internet www.dahlke.at und www.mymedworld.cc sowie den Literaturhinweis am Artikelende.

te? Nachdem sich die spanischen Gurken als unschuldig erwiesen haben, und auch die Sprossen bei den Analysen makellos abschnitten, gibt es gar keinen verlässlichen Hinweis auf Gemüse. So gerät zunehmend Fleisch in Verdacht. Donato Greco von der WHO untermauert das mit seiner Feststellung in der „Welt am Sonntag“ vom 5. Juni, er habe überhaupt noch nie in seiner Karriere so gefährliche Darmkeime auf Obst und Gemüse festgestellt.

Und vor allem wie sollten solch mutierte Antibiotika-resistente Keime – das ist das einzige was wissenschaftlich sicher ist – auf Gemüse gelangen? Welcher Bauer wäre so dumm, kurz vor der Ernte noch Gülle über seine Feldfrüchte zu schütten? Das kann eigentlich nur Achtlosigkeit oder Absicht sein.

Jeder kann im Augenblick seine Ansicht und Interessenlage einbringen und wird damit von der Presse ernst genommen, da die Behörden noch immer den Verbreiter des Keimes nicht gefunden haben. Ein norddeutsches Lokal in den Verdachtstatus zu erheben, klingt genauso überzeugend wie die spanische Gurken-Theorie, zumal der verantwortliche Keim so selten und ganz offenbar eine Mutation ist. Antibiotika-resistent werden Keime nur durch intensiven Antibiotika-Kontakt, bei dem einige wenige Bakterien lernen, sich erfolgreich gegen die Antibiotika zur Wehr zu setzen und eben resistent zu werden. Das kann nur in Därmen oder Labors geschehen.

Natürlich wird bei dieser unklaren Lage auch die Front der Verschwörungstheoretiker aktiv. Was spricht für oder gegen eine absichtliche Verursachung – vor allem nachdem auch bereits der BND, der Bundesnachrichtendienst, mit dem Fall befasst sein soll? Diese Erklärungsebene ist besonders gefährlich, weil sie einerseits zu Projektionen verleitet und andererseits ein Horrorszenario und insofern extremste Ängste heraufbeschwört.

Wir haben uns daran gewöhnt, dass Flugzeuge Lieblingsangriffspunkte für Terroristen sind und lassen uns inzwischen willig auf jedem Flugplatz zu unserer eigenen Sicherheit schikanieren. Mit Al Kaida und Bin Laden hat der Terrorismus aber längst andere Dimensionen erlangt. Bomben basteln ist zum Glück kompliziert und das Fußvolk des Terrors eine intellektuell überwiegend einfach gestrickte Bande. Angriffe mit Fäkalien wären dagegen ausgesprochen einfach zu bewerkstelligen, jeder produziert sie täglich und reichlich und es sind auch bereits unappetitliche Fälle im Internet veröffentlicht. Bin Laden hatte entsprechende Phantasien, die ganze westlich dekadente Welt zu vergiften, von der er annahm, sie würde seine eigene islamische Welt vergiften. Und natürlich sind auch gefährliche Keime bekannt, deren Virulenz so hoch ist, dass sie vielen bedrohlich werden könnten. Aber es ist äußerst unwahrscheinlich, dass islamistische Terroristen bereits Gen-Shifts im Bakterienlabor im Repertoire haben. Irgendwann werden sie aber soweit sein und so sollten wir alles daran setzen, ihnen vorher den Wind aus den Segeln zu nehmen.

Und natürlich will ich hier nicht den Teufel an die Wand malen, steckt es doch schon mehr im Detail als uns lieb sein kann. Wir leben offensichtlich auf einer Erde, auf der die Lebensbedingungen so ungerecht organisiert und die Ressourcen so ungleich verteilt sind, dass viele vor allem junge chancenlose Männer, die nichts zu verlieren haben, alles riskieren, um diese Situation radikal zu ändern.

Bei dieser gegebenen Situation ist es für Verschwörungs-Theoretiker leicht, Horrorszenarien zu entwerfen und diese Lust teilen sie – das Polaritätsgesetz lässt grüßen – mit der bürgerlichen Presse. Würde tatsächlich das Sicherheitsszenario von den Flughäfen auf die Ernährungsszene überschwappen, würden sich unsägliche Konsequenzen ergeben, die über kurz oder lang zu einer entsetzlichen Entsolidarisierung im sowieso schon gespannten Verhältnis zwischen muslimischer und christlicher Welt führen könnten.

Solche Gedanken zu denken, löst Ekel und Widerwillen auf vielen Ebenen aus und sie wären eine gute Gelegenheit, die eigene Projektionsleidenschaft zu kontrollieren. In diesem Zusammenhang macht es Hoffnung, wenn junge Muslime in Arabien aufwachen und beginnen in ihren Heimatländern jene Potentaten zum Teufel zu schicken, die ihnen die Lebensbedingungen – im Verein mit der Weltwirtschaftssituation – über Jahrzehnte so nachhaltig verdorben haben. Sie zu unterstützen wäre wirkliche Vorbeugung.

Um den bedrückenden Inhalten der Projektionen auf Islamisten entgegenzuwirken, möchte ich – angeregt durch eine bereichernde Fortbildungsreise mit Ärzten und Therapeuten, die auch nach Granada führte – daran erinnern, dass bereits im für Christen so dunklen Mittelalter in Südspanien unter muslimischer Oberhoheit ein kulturell fruchtbares Zusammenleben von Muslimen, Christen und Juden möglich war. Warum nicht auch einmal unter christlicher Oberhoheit in unseren Ländern? Dafür wären gutwillige Christen und Muslime gleichermaßen gefordert. Diese Reise ist übrigens auch der Grund, warum ich mich in diesem Rundbrief so relativ spät zu diesem Szenario melde.

Wie könnten wir die Luft aus solchen Gedankenspielen nehmen, die sich im Internet epidemisch ausbreiten? Oder anders gefragt: Wie könnten Fäkal-Bakterien auf Gemüse und Früchte gelangen, um bei dieser Hypothese zu bleiben? Es gäbe noch weitere „harmlose“ Möglichkeiten, wie doch eher Achtlosigkeit mitgespielt haben könnte. Auf österreichischen Erdbeerfeldern gibt es Hosenzwang für alle, damit beim Erdbeerpflücken die Notdurft nicht zwanglos zwischen den Pflanzen verrichtet werden kann. Sicher nicht ausreichend, aber besser als nichts.

Bakteriologisch sind die identifizierten Erreger extrem selten und Ergebnis einer Mutation, was – aus meiner Sicht – deutlich für das Antibiotika-Szenario und nicht für Achtlosigkeit oder Absicht spricht. Vor allem aber sollten wir bei der ganzen konstruierten Hetze auf Gemüse – ob Gurken oder Sprossen – uns klarmachen, was hier wirklich los ist: es handelt sich unbestritten um Fäkal-Bakterien und also Erreger, die nur in Därmen Kot vorkommen. Das Problem ist doch keinesfalls das Gemüse, das höchstens als Überträger in Frage kommt. Das wahre Problem ist wie so oft, dass wir und unsere Tier-Zucht-Häuser inzwischen Berge von Kot und Seen von Gülle produzieren, die sich gar nicht mehr beherrschen lassen. Für 80 Millionen Deutsche gibt es Kanalisationen, um deren Kot aufzunehmen, aber keineswegs für den der 60 Millionen Schweine, die die Deutschen jährlich verspeisen, von den Kälbern, Rindern usw. ganz zu schweigen. In der Massentierhaltung, die etwa bei Schweinen mehr als 90% des Fleisches produziert, werden die Tiere über relativ kurze Zeit bis zur Schlachtreife gefoltert und dann unter unglaublich brutalen Methoden geschlachtet. Diese Kreaturen leben unter so entsetzlich dreckigen, brutalen und gemeinen Bedingungen, dass sie fast ständig mit Antibiotika und Desinfektionsmitteln traktiert werden müssen, um das auszuhalten. Das schafft uns all die Resistenzen und gefährlichen Keime! Selbst schon im Getreide sind inzwischen Antibiotika-Rückstände wegen der Düngung mit verseuchtem Tiermist gefunden worden. Der Wettlauf zwischen uns und den

GuT

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

Mikroben geht weiter und wir schlagen uns die besten Waffen selbst aus der Hand, wenn wir so weiter machen und Tiere in unvorstellbaren Bedingungen quälen.

Hier liegt das Problem, das Politik und Presse ebenso mutig wie unverschämt aufs Gemüse projizieren. Wir sitzen im wahrsten Sinne in der Scheiße und das Problem ist eines der entgleisten Scheiß-Situation. Vielleicht können solch drastische Worte helfen, den Zugang zur Wirklichkeit wieder zu finden und die peinlichen Projektionen der Mainstream-Medien zu durchschauen.

Wie auch immer, selbst im Mittelalter, das bei uns im Hinblick auf männliches Urinieren durchaus weiterbesteht, haben nicht alle, aber doch viele überlebt. Was können wir also tun angesichts der geschilderten Situation und Unsicherheit?

Wir sollten uns zuerst einmal beruhigen, denn die Situation wird auch extrem aufgebauscht. 26 Tote sind 26 zuviel und bleibende neurologische Schäden sind natürlich tragisch. Andererseits ist es immer noch ungleich gefährlicher ein deutsches Krankenhaus – und sei es nur zu Besuch – zu betreten als gründlich gewaschene Gemüse und Früchte zu genießen. Wenn wir bedenken, dass in Deutschland Todesfälle durch Mediziner-Fehler und Nebenwirkungen schulmedizinischer Pharmaka unangefochten an dritter Stelle der Todesursachen nach Herz- und Krebserkrankungen rangieren, haben wir tatsächlich noch wichtigere Probleme, die die Presse ständig übergeht. Über 40 000 Tote jährlich gehen auf das Konto solcher Fehler und Pharma-Nebenwirkungen. Das sind weit über 100 pro Tag!

Aber Panik-Mache, auch irrationale „geht natürlich immer gut“ im Hinblick auf Quoten und Auflagen – insbesondere bei Menschen, die keinen Umgang mehr mit Pan, dem alten Naturgott haben. In Fukushima gibt es – inzwischen offiziell zugegeben – Kernschmelzen in drei Reaktoren und kürzlich eine weitere Explosion. Aber das wird kaum noch berichtet, Fukushima ist journalistisch ausgelutscht und der Schrecken kaum noch zu toppen. Wir müssen also schon aus Gründen der Abwechslung mit regelmäßigen Wellen neuer Angstmache rechnen.

Andererseits ist es natürlich immer sinnvoll – wie schon bei Vogel- und Schweinegrippe – das mögliche Schreckensszenario möglichst gut zu durchschauen, um dann in Ruhe sinnvolle Schritte zu erwägen. Auch solche Grippe-Pandemien waren und sind grundsätzlich möglich, aber es sprach zu den von der Pharmaindustrie, der Politik und den Journalisten anberaumten Zeiten nicht mehr dafür als zu jeder anderen Zeit. Insofern waren diese Pandemien als Inszenierungen von Anfang an leicht durchschaubar. Jetzt haben wir eine andere relativ ungeklärte Situation, deren gefährlichste Konsequenzen – bei der augenblicklichen Lage – in der Angstmache liegen und in der Projektion eigener Probleme auf andere.

Schauen wir uns das zugrundeliegende Szenario genauer an. Wir haben tatsächlich ein massives Fäkalienproblem. Mit dem Dreck der Menschen werden wir gerade so fertig, mit dem der Schlachttiere keineswegs. In meinem schon geschriebenen und im August erscheinenden Buch „Peace-Food“ wird auch dieses Problem genauer beleuchtet und belegt, wie sich Konzerne mit einkalkulierten Minimal-Strafen aus der Verantwortung stehlen. Das ist im Übrigen nur eines von verschiedenen im Zusammenhang mit der Massentierhaltung zum Himmel stinkenden ungelösten Problemen. In diesem Fäkal-(Be)Reich liegt – auch von der Wissenschaft unbestritten – die Verursachung von EHEC.

Was können die Einzelnen nun tun? Selbst im Mittelalter haben unter unsäglichen hygienischen Bedingungen diejenigen überlebt, die einerseits robust und abwehrstark und andererseits achtsam genug waren. Was kann uns jetzt konkret schützen – neben einer robusten Abwehr, einer guten Verdauung und einem verantwortlichen Leben. Das Robert-Koch-Institut und das Bundesinstitut für Risiko-Bewertung empfehlen – man höre und staune – Fleisch von Wiederkäuern vor dem Verzehr zu erhitzen mit dem Ziel auch im Innern des Fleisches wenigstens für 2 Minuten 70 Grad zu erreichen und auch Rohmilch zu kochen. Ansonsten sollten wir besonders auf Hygiene achten und vor der Zubereitung von Speisen die Hände sorgfältig reinigen und – laut Hygiene-Päpsten vom Robert-Koch-Institut alles, was mit rohem Fleisch in Berührung gekommen ist, bei mindestens 60 Grad waschen. Das ließe sich auch so übersetzen, rohes Fleisch am besten ganz meiden, mit zubereitetem und allem anderem wie Obst und Gemüse sehr vorsichtig sein, Gemüse sicherheitshalber kochen, Obst, aber auch Salatgurken in dieser Zeit gründlich waschen oder sogar schälen.

Am sichersten wäre offenbar, selbst anzubauen, selbst zu ernten und zu kochen, um sicher und natürlich genussvoll zu essen. Alles, was dem nahe kommt, ist besser und sicherer als sich auf andere verlassen zu müssen, also schon der Kauf von Feldfrüchten aus der eigenen Region käme dem nahe.

Ansonsten könnten wir unsere Abwehr durch entsprechend sinnvolle Bewegung verbessern, durch bewusstes art- und typgerechtes, vollwertiges Essen, mittägliche und generelle regelmäßige Entspannung.

In den Symptomen des durch EHEC heraufbeschworenen hämorrhagisch-urämischen oder HU-Syndroms lässt sich im Sinne von „Krankheit als Symbol“ im blutigen Durchfall Angst erkennen, die so tief geht, dass sie zum bedrohlichen Verlust von Lebens-Energie und -Kraft führt. Wer hinten herum Blut und Wasser schwitzt, verrät unbewusst extreme Angst und verliert seinen Lebenssaft. Bewusste Vorbeugung müsste darauf zielen, sich seiner Enge und Angst freiwillig zu stellen und seine Lebens-Energie bereitwillig einzusetzen und fließen zu lassen. Die Zersetzung des Blutes lässt anklingen, dass der Lebenssaft nicht nur davon fließt, sondern sich auch selbst zerstört. Die Erlösung davon hieße, sich radikal und bis an die eigenen Wurzeln gehend einzusetzen, sich sozusagen zu zerreißen, um seiner ureigensten Energie zum Fließen zu verhelfen. Die Urämiegefahr könnte Anregung sein, im Themenbereich der Nieren und damit Partnerschaft und Liebe für Balance und Ausgleich zu sorgen, und dafür, im übertragenen Sinn das Thema Venus und Partnerschaft zu nutzen, um das Gleichgewicht im Leben zu wahren. Und Partnerschaft bezieht sich hier durchaus auch auf die zwischen Menschen und ihrer Umwelt, den Tieren und Pflanzen, letztlich zwischen uns und Mutter Natur. Tatsächlich haben wir die Liebe zu Mutter Natur, die uns trägt und erhält, weitgehend verloren. EHEC ist laut Experten viel eher ein Produkt unserer Tier-Produktion und Antibiotika-Orgie als der Natur.

Insgesamt geht es bei dieser Epidemie darum, das Leben einschließlich seiner Schattenseiten, die Fäkalien und entsprechende Keime symbolisieren, verdauen zu lernen und der eigenen Angst bewusst ins Auge zu blicken, wie auch der fast unkontrolliert um sich greifenden Verseuchungs- und Vergiftungssituation.

Die beste Vorbeugung besteht also auch in diesem Fall darin, bei sich anzufangen, Körper und Bewusstsein auf einen optimalen Stand zu bringen, damit beide anstehenden Themen und Herausforderungen stand halten können. Und wir könnten uns zurückerinnern an die alte Indianer-Prophezeiung:

„Wenn der letzte Baum gerodet, der letzte Fluss vergiftet, der letzte Fisch gefangen ist, werdet ihr feststellen, dass man Geld nicht essen kann.“ Lassen wir uns also von den verschiedenen Wirtschaftsinteressen nicht wieder veralbern, sondern sehen die Ursachen der Probleme, wo sie sind. Gemüse und Obst bleiben unsere besten Nahrungsquellen und Fleisch- und Milchprodukte eine entsetzliche Bedrohung von Gesundheit und Frieden auf diesem Planeten.

Literatur zum Thema von Ruediger Dahlke:

„Nahrung für die Seele Peace Food – oder wie wir endlich Frieden mit dem Essen finden“ (ab August bei Gräfe und Unzer)

„Das Schatten-Prinzip“ und „Die Schicksalsgesetze – Spielregeln fürs Leben“ (Goldmann Arkana)

„Krankheit als Symbol“ (Bertelsmann)

Gewerbemiete

Art. 5, 8 GG; §§ 858, 903, 1004 BGB
Flughafenbetrieb der Fraport AG; Grundrechtsbindung; Beeinträchtigung des Flugbetriebs durch Demonstranten; Abwehrrecht; Hausrecht; Versammlungsfreiheit

1. Von der öffentlichen Hand beherrschte gemischtwirtschaftliche Unternehmen in Privatrechtsform unterliegen ebenso wie im Alleineigentum des Staates stehende öffentliche Unternehmen, die in den Formen des Privatrechts organisiert sind, einer unmittelbaren Grundrechtsbindung.

2. Die besondere Störanfälligkeit eines Flughafens rechtfertigt nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit weitergehende Einschränkungen der Versammlungsfreiheit, als sie im öffentlichen Straßenraum zulässig sind.

(BVerfG, Urteil vom 22. 2. 2011 – 1 BvR 699/06)

– zuvor BGH GuT 2006, 148 –

In dem Verfahren über die Verfassungsbeschwerde gegen a) das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20. Januar 2006 – V ZR 134/05 –, b) das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 20. Mai 2005 – 2/1 S 9/05 –, c) das Urteil des Amtsgerichts Frankfurt am Main vom 20. Dezember 2004 – 31 C 2799/04 – 23 – hat das Bundesverfassungsgericht – Erster Senat – aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. November 2010 durch Urteil für Recht erkannt:

1. Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 20. Januar 2006 – V ZR 134/05 –, das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 20. Mai 2005 – 2/1 S 9/05 – und das Urteil des Amtsgerichts Frankfurt am Main vom 20. Dezember 2004 – 31 C 2799/04 – 23 – verletzen die Beschwerdeführerin in ihren Grundrechten der Meinungsfreiheit aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 und der Versammlungsfreiheit aus Artikel 8 Absatz 1 des Grundgesetzes. Die Urteile werden aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Entscheidung an das Amtsgericht Frankfurt am Main zurückverwiesen.

2. Die Bundesrepublik Deutschland ht der Beschwerdeführerin ihre notwendigen Auslagen zu erstatten.

Gründe: A. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin gegen zivilgerichtliche Entscheidungen, die ein Verbot der als Aktiengesellschaft organisierten, mehrheitlich in öffentlicher Hand befindlichen Betreiberin des Flughafens Frankfurt bestätigen, das der Beschwerdeführerin auf Dauer untersagt, den Flughafen ohne deren Erlaubnis für Meinungskundgaben und Demonstrationen zu nutzen.

I. 1. Der Flughafen Frankfurt wird von der Fraport Aktiengesellschaft, der Beklagten des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Beklagte) betrieben, in deren Eigentum auch das Flughafengelände steht. Zum Zeitpunkt des den Anlass für den Zivilrechtsstreit bildenden „Flughafenverbots“ gegenüber der Beschwerdeführerin im Jahr 2003 besaßen das Land Hessen, die Stadt Frankfurt am Main und die Bundesrepublik Deutschland zusammen circa 70% der Aktien, während sich der Rest in privater Hand befand. Seit dem Verkauf der Bundesanteile halten das Land Hessen und die Stadt Frankfurt am Main, letztere über eine hundertprozentige Tochter, zusammen nunmehr rund 52% der Aktien. Die übrigen Anteile befinden sich in privatem Streubesitz.

2. Bei Verhängung des Meinungskundgabe- und Demonstrationsverbots befanden sich auf dem Flughafen Frankfurt sowohl auf der „Luftseite“, dem nur mit Bordkarte zugänglichen Bereich hinter den Sicherheitskontrollen, als auch auf der „Landseite“, dem ohne Bordkarte zugänglichen Bereich vor den Sicherheitskontrollen, eine Vielzahl von Läden und Serviceeinrichtungen sowie eine Reihe von Restaurants, Bars und Cafés. Dieses Konsum- und Freizeitangebot wurde von der Beklagten im Laufe der Zeit kontinuierlich ausgeweitet. So bietet der Flughafen seinen Besuchern auf der Landseite ausgedehnte Einkaufsmöglichkeiten mit Läden in den Kategorien „Bücher und Zeitschriften“, „Schönheit und Wellness“, „Tabakwaren und Spirituosen“, „Fashion und Accessoires“, „Schuhe und Lederwaren“, „Blumen und Souvenirs“, „Foto und Elektronik“, „Uhren und Schmuck“, „Optiker und Apotheke“. Auch befinden sich zahlreiche Gastronomiebetriebe im Flughafen, die vom gehobenen Restaurant über Cafés und Bars bis hin zum Schnellimbiss reichen. Daneben offerieren verschiedene Dienstleister ihre Angebote wie zum Beispiel ein Friseursalon, ein Wellness-Studio, eine Bank, eine Postfiliale mit Internetzugang, zwei Textilreinigungen und eine Vielzahl von Reiseanbietern. Schließlich gibt es eine christliche Kapelle sowie Gebetsräume für Angehörige anderer Glaubensrichtungen. Die Beklagte bewirbt dies mit dem Slogan: „Airport Shopping für alle!“, „Auf 4000 Quadratmetern zeigt sich der neue Markplatz in neuem Gewand und freut sich auf Ihren Besuch!“.

3. Die Benutzung des Flughafengeländes durch Flugpassagiere und andere Kunden regelte die Beklagte durch die von dem Land Hessen genehmigte Flughafenbenutzungsordnung in der für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Fassung vom 1. Januar 1998. Diese enthielt in Teil II (Benutzungsvorschriften) – unter anderem – folgende Bestimmung:

> 4. 2 Sammlungen, Werbungen, Verteilen von Druckschriften
>
> Sammlungen, Werbungen sowie das Verteilen von Flugblättern und sonstigen Druckschriften bedürfen der Einwilligung des Flughafenunternehmers.

In der derzeit geltenden Fassung vom 1. Dezember 2008 erklärt die Flughafenbenutzungsordnung Versammlungen in den Gebäuden des Flughafens ausdrücklich für unzulässig.

4. Auf dem Gelände des Flughafens wurden in der Vergangenheit wiederholt Versammlungen durchgeführt. Für die Jahre 2000 bis 2007 gibt die Beklagte an, dass an verschiedenen Stellen, darunter auch in den Terminals 1 und 2, insgesamt fünfundvierzig Demonstrationen und Kundgebungen stattfanden. Bei den Versammlungen handelte es sich um Aktionen verschiedener Veranstalter unterschiedlicher Größe mit diversen Anliegen, teils bei der Versammlungsbehörde angemeldet, teils nicht, teils mit der Beklagten abgestimmt, teils nicht. Die kleinste Versammlung umfasste drei Personen, die größte circa 2000 Personen. Auch die Beklagte selbst führte auf der Landseite im öffentlich zugänglichen Bereich des Flughafens wiederholt Aktionen und Werbeveranstaltungen zur Unterhaltung des Publikums durch, wie beispielsweise Public Viewing anlässlich der Fußballweltmeisterschaft 2010.

5. Die Beschwerdeführerin betrat gemeinsam mit fünf weiteren Aktivisten der „Initiative gegen Abschiebungen“ am 11. März 2003 den Terminal 1 des Flughafens, sprach an einem Abfertigungsschalter Mitarbeiter der Deutschen Lufthansa an und verteilte Flugblätter zu einer bevorstehenden Abschiebung. Mitarbeiter der Beklagten und Einsatzkräfte des Bundesgrenzschutzes beendeten die Aktion.

6. Mit Schreiben vom 12. März 2003 erteilte die Beklagte der Beschwerdeführerin ein „Flughafenverbot“ und wies sie darauf hin, gegen sie werde Strafantrag wegen Hausfriedensbruchs gestellt, sobald sie „erneut hier unberechtigt angetroffen“ werde. Mit einem erläuternden Schreiben vom 7. November 2003 wies die Beklagte die Beschwerdeführerin unter Verweis auf ihre Flughafenbenutzungsordnung darauf hin, sie dulde „mit uns nicht abgestimmte Demonstrationen im Terminal aus Gründen des reibungslosen Betriebsablaufes und der Sicherheit grundsätzlich nicht“.

7. Das Amtsgericht wies die auf die Aufhebung des Meinungskundgabe- und Demonstrationsverbots zielende und gegen die Fraport AG gerichtete Klage der Beschwerdeführerin ab. Die Beklagte könne sich als Eigentümerin auf ihr Hausrecht berufen. Einer unmittelbaren Grundrechtsbindung unterliege sie nicht. Eine solche Grundrechtsbindung folge auch nicht aus dem Umstand, dass die öffentliche Hand mehrheitlich an der Beklagten beteiligt sei, da sich die Beteiligung nicht auf 100% belaufe. Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte zu dem Zweck gegründet worden sei, Grundrechtsbindungen zu unterlaufen, bestünden nicht. Auch übe die Beklagte im Zusammenhang mit den Abschiebungen keine hoheitlichen Befugnisse aus. Sie unterliege wie sämtliche Privatrechtssubjekte nur einer mittelbaren Grundrechtsbindung, wonach die anzuwendenden Gesetze, aus denen sich ihre Rechte und Pflichten ergäben, unter Berücksichtigung der Grundrechte auszulegen seien. Nach Abwägung zwischen dem Eigentumsrecht der Beklagten und dem Recht der Beschwerdeführerin auf Meinungsfreiheit und Versammlungsfreiheit ergebe sich, dass die Beklagte es nicht hinnehmen müsse, dass auf ihrem Gelände Meinungskundgaben und Demonstrationen stattfänden. Meinungs- und Versammlungsfreiheit seien Abwehrrechte gegenüber dem Staat, verliehen aber keine Rechte gegenüber einem Eigentümer, der auf seinem Gelände eine Versammlung nicht dulden wolle. Im Rahmen des § 903 BGB komme es nicht darauf an, ob die konkrete Grundrechtsbetätigung den Betriebsablauf auf dem Gelände der Beklagten tatsächlich beeinträchtige. Das Flughafenverbot sei weder willkürlich noch unverhältnismäßig, da es nur den Aufenthalt im Flughafen betreffe, der nach Nr. 4. 2 der Flughafenbenutzungsordnung unrechtmäßig sei.

8. Das Landgericht wies die Berufung der Beschwerdeführerin unter Verweis auf die Gründe des amtsgerichtlichen Urteils als unbegründet zurück. Ergänzend führte es aus: Entscheidend sei, dass die Beklagte im konkreten Fall keine öffentlichrechtlichen Aufgaben wahrgenommen habe. Die von der Beklagten als Beliehene im Bereich der Luftverkehrsverwaltung wahrgenommenen öffentlichen Aufgaben beschränkten sich auf die Gewährleistung der Sicherheit und Leichtigkeit des Luftverkehrs. Demgegenüber gehöre die Zurverfügungstellung der Infrastruktur bei der Abschiebung nicht zu der öffentlichen Aufgabe der Luftverkehrsverwa ltung. Im Rahmen der mittelbaren Grundrechtsbindung sei die Beklagte nur verpflichtet, den Zutritt zu Reisezwecken zu gewähren. Das Verbot selbst verstoße weder gegen Gesetze noch sei es sittenwidrig oder diskriminierend.

9. Der Bundesgerichtshof wies die Revision der Beschwerdeführerin als unbegründet zurück (vgl. NJW 2006, S. 1054 ff. [= GuT 2006, 148]).

Die Befugnis der Beklagten, das Verbot auszusprechen, stütze sich auf das aus §§ 858 ff., 903, 1004 BGB folgende Hausrecht, das es seinem Inhaber ermögliche, grundsätzlich frei darüber zu entscheiden, wem er den Zutritt zu der Örtlichkeit gestatte und wem er ihn verwehre. Das schließe das Recht ein, den Zutritt nur zu bestimmten Zwecken zu erlauben und die Einhaltung dieser Zwecke mittels eines Verbots durchzusetzen.

Einschränkungen des Hausrechts ergäben sich aus dem Kontrahierungszwang für Flugpassagiere, die die öffentlichrechtlichen Voraussetzungen zur Benutzung des Luftraums erfüllten, sowie aus der Öffnung des Flughafens für Begleitpersonen von Flugpassagieren und sonstige Besucher und Kunden der auf dem Flughafengelände angesiedelten Restaurants und Geschäfte. Die Beklagte gestatte hierdurch generell und unter Verzicht auf eine Prüfung im Einzelfall allen Personen den Zutritt zum Flughafen, die sich im Rahmen des üblichen Verhaltens bewegten und den Betriebsablauf nicht störten. Daraus folge indes kein Anspruch der Beschwerdeführerin, den Flughafen auch für Aktionen wie die am 11. März 2003 zu benutzen. Mit solchem Verhalten würden die Nutzungszwecke überschritten. Die Beklagte stelle den Flughafen weder allgemein zur Verteilung von Flugblättern noch zur Durchführung von Protestaktionen und sonstigen Versammlungen zur Verfügung. Eine solche Nutzung sei auch mit der Funktion eines Flughafens unvereinbar.

Die Beklagte sei auch nicht mit Rücksicht auf die Grundrechte der Beschwerdeführerin aus Art. 5 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 GG verpflichtet, das Hausverbot aufzuheben. Dabei könne offenbleiben, ob eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Beklagten die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben voraussetze oder ob eine solche Bindung unabhängig davon bestehe. Das Verbot verletze nämlich auch dann keine Rechte der Beschwerdeführerin, wenn eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Beklagten unterstellt werde.

Art. 8 Abs. 1 GG begründe kein Nutzungsrecht, das nicht schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestehe, sondern setze die rechtliche Verfügungsbefugnis über den Versammlungsort voraus (unter Verweis auf BVerwGE 91, 135 <138>). Die Beschwerdeführerin könne auch nichts daraus herleiten, dass es der Beklagten möglicherweise nicht völlig freistehe, über Anträge auf Nutzung des Flughafengeländes jenseits seines Nutzungszwecks nach Belieben zu entscheiden, sondern dass sie gehalten sein könnte, hierbei auch das Interesse des jeweiligen Antragstellers an der Wahrnehmung seiner Grundrechte auf Versammlungs- und Meinungsfreiheit zu berücksichtigen. Eine Duldungspflicht könne auch insoweit nur in Betracht kommen, wenn die bestimmungsgemäße Nutzung des Flughafens durch die Demonstration nicht oder allenfalls ganz geringfügig beeinträchtigt werde. Versammlungen, die geeignet seien, den Flughafenbetrieb zu stören, müsse die Beklagte jedenfalls auch unter Berücksichtigung von Art. 8 Abs. 1 GG nicht hinnehmen. Solche die Abwicklung des Flugverkehrs störende Versammlungen strebe die Beschwerdeführerin indes an.

Die Beklagte sei auch nicht im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verpflichtet, das Verbot aufzuheben. Das Hausrecht eines Flughafenbetreibers schütze die Funktionsfähigkeit des Flughafens und gewährleiste so die Erfüllung des gesetzlichen Auftrags, die dem Flugverkehr dienenden Anlagen gebrauchsfähig zu erhalten und vor Störungen zu schützen. Diene die Ausübung des Hausrechts – wie hier – der Verhinderung konkret drohender Betriebsstörungen, sei die damit verbundene Einschränkung der Meinungsfreiheit hinzunehmen. Das Verbot sei im Lichte von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Art. 8 Abs. 1 GG verhältnismäßig. Der Beklagten habe kein milderes Mittel als das Verbot zu Gebote gestanden, um die Beschwerdeführerin auch künftig zur Beachtung der zulässigen Nutzungszwecke anzuhalten. Außerdem beziehe sich das Verbot nur auf mit der Beklagten nicht abgestimmte Aktionen. Die Beklagte habe damit zu erkennen gegeben, wie sich auch aus Nr. 4. 2 der Flughafenbenutzungsordnung ergebe, dass sie grundsätzlich bereit sei, im Einze lfall über eine Erlaubnis zu entscheiden.

10. Mit Schreiben vom 10. März 2006 informierte die Beschwerdeführerin die Beklagte, dass sie am nächsten Tag im Terminal 2 des Flughafens für einige Minuten ihre Meinung zu den derzeit stattfindenden Abschiebungen nach Afghanistan kundgeben werde, ohne den Flugbetrieb in irgendeiner Weise stören zu wollen. Außerdem teilte sie mit, dass sie beim zuständigen Ordnungsamt für den gleichen Tag eine halbstündige kleine Versammlung im Terminal 1 des Flughafens angemeldet habe. Für beide Aktionen bat die Beschwerdeführerin die Beklagte um Erlaubnis. Unter Verweis auf das ausgesprochene Verbot versagte die Beklagte die Erlaubnis für beide Aktionen. Sollte die Beschwerdeführerin trotz des Verbots die Aktionen durchführen, werde man sie sofort aus den Terminals verweisen lassen und Strafantrag wegen Hausfriedensbruchs stellen.

II. Mit ihrer am 15. März 2006 eingelegten Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin unter anderem eine Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Art. 8 Abs. 1 GG.

Die Beklagte müsse sich die Grundrechte der Beschwerdeführerin unmittelbar entgegenhalten lassen. Dies ergebe sich daraus, dass die öffentliche Hand die Mehrheit ihrer Gesellschaftsanteile halte. Der Staat könne sich seiner Grundrechtsbindung durch eine „Flucht ins Privatrecht“ nicht entziehen. Hinzu komme, dass die Beklagte als Betreiberin eines Verkehrsflughafens im Sinne von § 38 Abs. 2 Nr. 1 Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung (im Folgenden: LuftVZO) öffentliche Infrastrukturleistungen anbiete und als Beliehene im Bereich der Luftverkehrsverwaltung öffentliche Aufgaben wahrnehme. Der von ihr betriebene Flughafen sei Teil der staatlichen Daseinsvorsorge. Unabhängig davon seien auch materiell private Rechtssubjekte unmittelbar an die Grundrechte gebunden, wenn sie Gefährdungslagen für grundrechtlich geschützte Autonomiebereiche herbeiführten, die den Freiheitsgefährdungen im Staat-Bürger-Verhältnis glichen.

Doch selbst wenn man nur eine mittelbare Grundrechtsbindung annehme, genügten die angegriffenen Entscheidungen den verfassungsrechtlichen Anforderungen von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Art. 8 Abs. 1 GG nicht.

Das von den Zivilgerichten bestätigte Verbot verletze die Beschwerdeführerin in ihrer Versammlungsfreiheit. Stellten private Eigentümer wie hier die Beklagte der Öffentlichkeit eine Fläche als Flanier- und Konsummeile zur Verfügung, verpflichte Art. 8 Abs. 1 GG sie zur Überlassung dieser Fläche auch zu Versammlungszwecken. Aus der Öffnung eines kommunikativen Raums ergäben sich Duldungspflichten, denen sich die Beklagte aufgrund ihrer Aktionärsstruktur, der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, der Sozialadäquanz des in Streit stehenden Verhaltens der Beschwerdeführerin sowie aus dem unmittelbaren örtlichen Bezug zwischen dem Flughafen und dem Protestgegenstand nicht mit dem pauschalen Hinweis auf eine Betriebsstörung entziehen könne. Außerdem stehe das Grundrecht der Versammlungsfreiheit in geschlossenen Räumen nicht unter dem Vorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG und könne insoweit nur im Hinblick auf kollidierende Verfassungsgüter eingeschränkt werden. Das zeitlich unbefristete, strafbewehrte Verbot mit Erlaubnisvorbehalt auf dem gesamten Flughafengelände schränke die Beschwerdeführerin in ihrer Versammlungsfreiheit unverhältnismäßig ein, weil mildere Maßnahmen wie Anzeigepflichten, Differenzierungen nach der Größe der Versammlung oder die Festlegung bestimmter örtlicher Verbotszonen zu Gebote stünden. Außerdem mache es Spontanversammlungen unmöglich.

Daneben sei auch die Meinungsfreiheit der Beschwerdeführerin verletzt. Die Zivilgerichte hätten die Bedeutung des allgemein zugänglichen Raums für die Meinungsfreiheit der Beschwerdeführerin verkannt. Die Beklagte habe mit dem Flughafen ein Areal geschaffen, das in großem Umfang Einkaufs-, Gastronomie- und Dienstleistungsbetriebe vorhalte. Das Verteilen von Flugblättern in diesem öffentlich zugänglichen Raum überschreite nicht den Rahmen des von der Beklagten eröffneten Allgemeinverkehrs. Die Beklagte müsse es hinnehmen, wenn Besucher ihrer „Flug- und Erlebniswelt“ auch kritische Kommunikationsinhalte austauschten, und könne dies ebenso wenig verbieten, wie sie etwa auf den Inhalt von Tageszeitungen Einfluss nehmen könne, die in den Zeitungsläden auf dem Flughafengelände verkauft würden. Gesteigert werde die Duldungspflicht durch den engen Zusammenhang zwischen der geäußerten Kritik und der Örtlichkeit des Flughafens. Denn vom Flughafen aus werde ein Großteil der aus Deutschland durchgeführten Abschiebungen abgewickelt, gegen die sich der Protest richte. Schließlich sei der Eingriff in die Meinungsfreiheit auch deshalb unverhältnismäßig, weil das Verbot die Meinungsfreiheit zeitlich unbefristet unter einen strafbewehrten Erlaubnisvorbehalt stelle.

III. Zu der Verfassungsbeschwerde haben das Bundesverwaltungsgericht, die Hessische Staatskanzlei sowie die im Ausgangsverfahren beklagte Fraport AG Stellung genommen.

1. Das Bundesverwaltungsgericht teilt mit, dass nach seiner Rechtsprechung (vgl. BVerwGE 113, 208 <211>) ein privatrechtliches Unternehmen, das vom Staat beherrscht werde, der unmittelbaren Grundrechtsbindung unterliege. Allerdings folgten nach seiner Rechtsprechung aus dem Abwehrrecht des Art. 8 Abs. 1 GG grundsätzlich keine Leistungsansprüche gegen den Staat und damit auch nicht gegen einen Träger einer öffentlichen Einrichtung auf Überlassung eines Grundstücks zu Demonstrationszwecken (vgl. BVerwGE 91, 135 <138 ff.>). Art. 8 Abs. 1 GG begründe kein Benutzungsrecht, das nicht schon nach allgemeinen Grundsätzen bestehe. Der Träger einer öffentlichen Einrichtung sei allerdings nicht davon entbunden, bei der aus Anlass eines Antrags auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis zu treffenden Ermessensentscheidung das Gewicht des Interesses des Antragstellers an der Wahrnehmung seines Grundrechts auf Versammlungsfreiheit gebührend zu berücksichtigen.

2. Die Hessische Staatskanzlei hält die Verfassungsbeschwerde nur im Hinblick auf die Rüge der Verletzung der Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG für zulässig. Im Übrigen sei sie teils mangels hinreichender Substantiierung, teils mangels Beschwerdebefugnis unzulässig. Jedenfalls sei die Verfassungsbeschwerde unbegründet.

a) Die Beklagte sei nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Sie falle als Gesellschaft des Privatrechts nicht unter Art. 1 Abs. 3 GG. Der Umstand, dass die Anteile an der Beklagten mehrheitlich im Eigentum der öffentlichen Hand stünden, mache sie selbst nicht zu einer Hoheitsträgerin. Die Beklagte sei vielmehr als Betreiberin eines Verkehrsflughafens Adressatin zahlreicher luftverkehrsrechtlicher Pflichten (§ 19a, § 27d Abs. 2, § 29a Luftverkehrsgesetz und § 45 Abs. 1 Satz 1 LuftVZO). Eine behördenähnliche Eingliederung in den staatlichen Verwa ltungsaufbau, die die Beklagte als „verlängerten Arm“ des Staates erscheinen lasse, sei hieraus nicht abzuleiten. Auch die im Luftverkehrsgesetz vorgesehene Möglichkeit, hoheitliche Befugnisse auf Privatpersonen zu übertragen, ändere hieran nichts. Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen wie der Beklagten seien allein die öffentlichen Anteilseigner grundrechtsgebunden. Die Beteiligung der öffentlichen Hand dürfe nicht zur Folge haben, dass die ihrerseits grundrechtlich geschützte Beteiligung der privaten Anteilseigner wegen Grundrechten Dritter Begrenzungen über das übliche Maß hinaus erfahre. Außerdem seien öffentliche Anteilseigner nach dem Aktienrecht nicht imstande, einen bestimmenden Einfluss auf Einzelfallentscheidungen des Vorstandes auszuüben. Auch die von der Beklagten erbrachten öffentlichen Infrastrukturleistungen bewirkten eine unmittelbare Grundrechtsbindung nicht. Aus der Aufgabenwahrnehmung könne nicht geschlossen werden, dass sie auch dort an die Grundrechte gebunden sei, wo es gerade um die Verhinderung einer bestimmungswidrigen Inanspruchnahme ihrer Einrichtungen gehe.

b) Auch eine mittelbare Grundrechtsbindung der Beklagten begründe nicht die Verpflichtung, privates Eigentum für die Ausübung von Grundrechten Dritter zur Verfügung zu stellen. Die Beklagte sei nur verpflichtet, jedem Nutzer diskriminierungsfrei die Teilnahme am Luftverkehr zu ermöglichen. Soweit in der zivilgerichtlichen Rechtsprechung im Einzelfall aus einer Drittwirkung der Grundrechte Kontrahierungszwänge hergeleitet worden seien, könne daraus für den hier vorliegenden Fall nichts hergeleitet werden, denn dort sei es anders als hier stets um eine begehrte Nutzung im Rahmen des jeweiligen Widmungszwecks gegangen. Auch die Werbung der Beklagten führe zu keiner Ausdehnung des Widmungszwecks hin zu einem unspezifischen Allgemeinverkehr. Bei einem Großflughafen wie dem Flughafen Frankfurt entsprächen Einkaufsmöglichkeiten jedenfalls mittelbar dem Widmungszweck. Ungeachtet dessen folge aus der Einrichtung von Geschäften kein allgemeines, durch das Hausrecht unbeschränkbares Zutrittsrecht für jedermann. Vielmehr seien die Flächen zu Konsumzwecken nicht anders zu beurteilen als Flächen im Eigentum eines sonstigen Pri-

vaten, also wie Kaufhäuser oder Einkaufszentren. Sie seien nicht mit Fußgängerzonen oder öffentlichen Plätzen vergleichbar, die straßenrechtlich dem öffentlichen Verkehr gewidmet seien.

c) Selbst wenn man eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Beklagten unterstelle, seien die angegriffenen Entscheidungen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Beklagte müsse Versammlungen, die – wie die Aktionen der Beschwerdeführerin – geeignet seien, den Flughafenbetrieb zu stören, nicht hinnehmen. Abgesehen davon laufe eine allgemeine Öffnung der Terminalflächen für die von der Beschwerdeführerin verfolgten Zwecke der öffentlichrechtlichen Betriebssicherungspflicht nach § 45 Abs. 1 Satz 1 LuftVZO zuwider. Diese könne die Beklagte nur gewährleisten, wenn sie Personen, die nicht am Flugverkehr teilnehmen wollten, den Zugang verwehren könne. Der Flughafen stelle für eine Vielzahl von gesellschaftlichen Gruppen ein attraktives Kommunikationsforum dar. Hätte die Beklagte daher die Aktionen der Beschwerdeführerin zu dulden, so wäre sie im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG auch gegenüber anderen Gruppen gehalten, derartige Aktionen hinzunehmen, was zu einer konfliktträchtigen, kaum mehr kontrollierbaren Politisierung des sicherheitssensiblen Bereichs der Terminals führen würde.

3. Die Beklagte hält die Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf die Rügen der Verletzung der Meinungsfreiheit und der Versammlungsfreiheit für unbegründet.

a) Sie selbst sei nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Auf die Aktionärsstruktur könne nicht abgestellt werden, weil die Frage der Grundrechtsbindung sonst von Zufälligkeiten des Börsenhandels abhängig gemacht und der Verkauf einer geringen Beteiligung eine völlige Änderung des grundrechtlichen Status bewirken würde. Der Annahme einer umfassenden Grundrechtsbindung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens wie der Beklagten stehe das Grundrecht auf Eigentum der privaten Anteilseigner entgegen, die nicht zugleich Grundrechtsberechtigte und Grundrechtsadressaten sein könnten.

Aus der öffentlichen Aufgabe der Beklagten, die Sicherheit und Leichtigkeit des Luftverkehrs zu garantieren, könne nicht geschlossen werden, dass sie auch dort grundrechtsgebunden sei, wo es gerade nicht um den Zweck der Beförderung von Passagieren, sondern um eine darüber hinausgehende Nutzung gehe. Der öffentliche Charakter der Aufgabe führe schließlich auch nicht dazu, dass die Rechtsverhältnisse der Beklagten zu den Passagieren und Kunden des Flughafens öffentlichrechtlicher Natur seien. Ebenso wenig könne sich die Beschwerdeführerin auf die thematische Nähe des Versammlungsortes „Flughafen“ zu dem Protestgegenstand berufen. Für diesen rein örtlichen Bezug sei die Beklagte nicht verantwortlich. Die Beförderung zum Zweck der Abschiebung werde durch die dafür zuständigen Behörden veranlasst, die hierfür einen regulären Passagierplatz bei einer Fluggesellschaft buchten. Dabei sei die Beklagte verpflichtet, den zuständigen Behörden die Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu ermöglichen. Sie sei insoweit selbst Adressatin, nicht Akteurin hoheitlicher Maßnahmen. Gebunden sei die Beklagte mithin nur nach den für den gesamten Privatrechtsverkehr geltenden Grundsätzen der mittelbaren Grundrechtsbindung. Hieraus ergebe sich kein Anspruch eines Dritten auf Nutzung des in ihrem Eigentum stehenden Geländes.

b) Auch die Meinungsfreiheit der Beschwerdeführerin sei nicht verletzt. Meinungsäußerungen in Form des Verteilens von Flugblättern im Flughafen seien nicht von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt. Zwar umfasse die Meinungsfreiheit grundsätzlich auch die Wahl der Mittel und des Ortes einer Äußerung. Vorausgesetzt sei aber, dass der gewählte Ort für den Grundrechtsträger grundsätzlich frei verfügbar sei. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG enthalte dagegen kein Teilhaberecht auf Zurverfügungstellung eines ansonsten nicht verfügbaren Ortes. Die grundrechtlich geschützte freie kommunikative Entfaltung gelte für den Bereich öffentlicher Straßen und Plätze, nicht aber uneingeschränkt für private oder öffentliche Einrichtungen über deren jeweilige Aufgabe und Widmung hinaus. Auch der öffentliche Eigentumsanteil und die Eröffnung des Verkehrs machten das Flughafengebäude nicht zum öffentlichen Raum, der jeder Ausübung kommunikativer Grundrechte offen zu stehen habe.

Wäre der von der Beklagten betriebene Flughafen ein Eigenbetrieb der öffentlichen Hand, so stünde er nicht im Gemein-, sondern lediglich im Anstaltsgebrauch. Das erlaubte Verhalten wäre von vornherein auf den der Widmung entsprechenden Anstaltszweck des Flughafens begrenzt. Selbst wenn man einen Flughafen als öffentliche Einrichtung im Gemeingebrauch qualifizieren wollte, wäre der zulässige Gebrauch auf den Widmungszweck begrenzt. Eine darüber hinausgehende Sondernutzung wäre in jedem Fall erlaubnispflichtig. Dies müsse erst recht für private Einrichtungen mit nur partiellen öffentlichen Aufgaben gelten. Auch auf öffentlichen Straßen sei das Verbreiten von Meinungen nicht als Gemeingebrauch, sondern als Sondernutzung zu bewerten, wenn es den Gemeingebrauch anderer beeinträchtigen könne. Hierbei komme es auf die örtlichen Verhältnisse an. Was auf Straßen noch Gemeingebrauch sei, könne unter den beengten Verhältnissen und angesichts der vielfältigen Nutzungsansprüche im Fall eines großen Flughafens schon Sondernutzung sein. Hier könnten schon kleinere Gruppen und eine an den Warteschlangen Flugblätter verteilende Person die Aufmerksamkeit für Durchsagen beeinträchtigen oder Flugpassagieren den Zugang versperren. Dem Ermessen des Trägers einer öffentlichen Einrichtung bei der Erlaubnis von Sondernutzungen entspreche bei einem privaten Träger der Erlaubnisvorbehalt für alle nicht der Widmung entsprechenden Nutzungen.

Auch das Angebot von „Kauflandschaften“ und „Erlebniswelten“ führe zu keiner Erweiterung des Widmungszwecks. Hierbei handele es sich um Einrichtungen, die lediglich den Zweck hätten, den Flugpassagieren die Zeit vor und nach dem Flug unterhaltsam zu gestalten. Faktisch sei hiermit keine entscheidende Widmungserweiterung verbunden. So stünden den rund 52 Millionen Passagieren und 6 Millionen Begleitpersonen im Jahr 2006 nur circa 4 Millionen Kunden gegenüber, die den Flughafen allein zu Einkaufs- oder Besichtigungszwecken aufgesucht hätten. Eine Erweiterung des Widmungszwecks und damit des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit ergebe sich auch nicht durch die räumliche Beziehung zwischen dem Flughafen und der kritisierten Abschiebungspraxis.

Selbst wenn das Verteilen von Flugblättern in dem Flughafengebäude grundsätzlich unter die Meinungsfreiheit falle, sei hiervon eine Anstiftung zu Straftaten, wie bei einer Aktion der Beschwerdeführerin im Juni 2004, bei der sie die Fluggäste dazu aufgefordert habe, zur Verhinderung einer Abschiebung das Handy im Flugzeug nicht abzuschalten, nicht umfasst. Der Eingriff in die Meinungsfreiheit sei insoweit jedenfalls gerechtfertigt. Der Betreiber eines Flughafens müsse bestimmte Formen von Meinungsäußerungen, insbesondere Flugblattaktionen, kontrollieren dürfen, wenn diese geeignet seien, Betriebsstörungen herbeizuführen. Ebendies sei der Sinn der Erlaubnispflicht. Gesetzliche Grundlage und allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG sei das Hausrecht aus §§ 858, 903 BGB. Mindestens für die privaten Anteilseigner sei dieses Recht durch Art. 14 GG auch verfassungsrechtlich abgesichert. Dieses Hausrecht habe die Beklagte im Einklang mit Art. 5 GG ausgeübt. Selbst wenn das Eigentum durch die öffentliche Aufgabe und eine erweiterte Grundrechtsbindung im Sinne eines öffentlichen Kommunikationsraums überlagert sei, sei die durch das Verbot vorgenommene Beschränkung der Meinungsfreiheit als Zuordnung unterschiedlicher Grundrechte im Sinne einer Konfliktlösung zur Gefahrenabwehr gerechtfertigt.

Das Verbot des Flugblattverteilens ohne ausdrückliche Erlaubnis sei auch verhältnismäßig. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführerin die Möglichkeit bleibe, im öffentlichen Raum im unmittelbaren Umfeld des Flughafens, wie etwa am Charterbusbahnhof vor Terminal 1, auf ihre Meinung aufmerksam zu machen. Demgegenüber würde die Öffnung des Flughafens für vielfältige Meinungskundgaben zu ei-

ner Politisierung von Verkehrseinrichtungen führen. Konflikte wären vorprogrammiert und tendenziell unkontrollierbar. Flugpassagiere könnten sich für bestimmte Meinungen vereinnahmt fühlen, ohne – wie im öffentlichen Verkehrsraum – ausweichen zu können. All dies sei mit den Sicherheitspflichten für Flughafenbetreiber nicht vereinbar.

c) Ebenso wenig sei das Grundrecht der Beschwerdeführerin aus Art. 8 Abs. 1 GG verletzt. Weder die öffentliche Aufgabe noch die öffentliche Zugänglichkeit verschafften der Beschwerdeführerin einen Anspruch auf die Abhaltung einer Demonstration auf einem dafür nicht zur Verfügung gestellten Gelände. Das vom Grundrecht auf Versammlungsfreiheit geschützte örtliche Selbstbestimmungsrecht beziehe sich nicht auf in fremdem Eigentum stehende Grundstücke und Einrichtungen. Wie die Vorschriften des Versammlungsgesetzes sei das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit allein auf den öffentlichen Straßenraum zugeschnitten. Etwas anderes gelte nur für Versammlungen in geschlossenen Räumen, um die es aber wegen der freien Zugänglichkeit der Terminals nicht gehe.

Würde man die Terminals dem öffentlichen Straßenraum gleichstellen, hätte dies schwere Folgen für die Funktionsfähigkeit des Flughafens. Nach allgemeinem Versammlungsrecht müsste zunächst jede angemeldete Versammlung und jede Spontanversammlung hingenommen werden. Verstöße gegen die öffentliche Ordnung könnten einen Eingriff nicht rechtfertigen. Behinderungen Dritter müssten bis zur Grenze der Unfriedlichkeit hingenommen werden. Einzelne Straftaten würden die ganze Versammlung nicht unfriedlich werden lassen. Das Ansehen der Bundesrepublik Deutschland und Empfindlichkeiten von Staatsgästen dürften keine Rolle spielen. Die Versammlungsfreiheit würde sich grundsätzlich auch auf die Verwendung von Megafonen und Transparenten erstrecken. Die Kosten der Reinigung müssten von dem Träger der Baulast übernommen werden. Bei einem solchen Szenario müssten die Zuständigkeiten zwischen der Beklagten, der Stadt Frankfurt am Main und der Landespolizei neu verteilt werden. Eine solche Zuständigkeitsverteilung könne allein der Gesetzgeber regeln. Jedenfalls aber sei eine drastisch erhöhte Präsenz der Landespolizei vonnöten.

Selbst wenn die Versammlungsfreiheit grundsätzlich auch Demonstrationen in den Terminals umfasse, sei das hier in Rede stehende Verbot zur Gefahrenabwehr gerechtfertigt. Der Flughafen sei eine besonders störungssensible Einrichtung, die nur bei hoher Disziplin aller Beteiligter funktioniere: Der Lärm der Versammlungsteilnehmer, insbesondere durch Trillerpfeifen, könne die Vernehmbarkeit und Verständlichkeit von Lautsprecherdurchsagen erschweren. Durch herumstehende Gruppen könnten Fluchtwege und Notausgänge verstellt, der Brandschutz erschwert und Rettungseinsätze behindert werden. Bei unübersichtlichen Menschenmengen könne der Raum nicht mehr auf stehengelassene Gepäckstücke kontrolliert werden. Aus der Menschenmenge heraus könnten leichter Terroranschläge verübt werden. Es bestehe kaum die Möglichkeit, Flugpassagiere von einem Terminalbereich in einen anderen umzuleiten. Außerdem sei mit Konfrontationen zwischen Versammlungsteilnehmern und Flugpassagieren zu rechnen, die befürchteten, ihren Flug zu verpassen. Der Flughafen sei insoweit mit einer städtischen Fußgängerzone nicht zu vergleichen.

Ein generelles Demonstrationsverbot im Flughafen sei auch verhältnismäßig. Mildere Mittel wie etwa die Verweisung auf den Außenbereich des Flughafens würden bereits regelmäßig ergriffen. Die Folgen des Verbots für die Beschwerdeführerin seien im Hinblick auf die räumlichen Alternativen gering. Wären Versammlungen in den Terminals des Flughafens zulässig, stünde zu befürchten, dass sich diese zu einer der „Haupt-Demonstrationsarenen“ der Republik entwickeln würden. Sicherheit und die ordnungsgemäße Abwicklung des Verkehrs wären nicht mehr oder nur noch unter Inkaufnahme einer unzumutbaren Aufrüstung und eines Umbaus des gesamten Terminalbereichs zu gewährleisten. So habe die Beklagte in Absprache mit der Polizei für den Fall von Demonstrationen, die unbeherrschbar zu werden drohten, entschieden, den betreffenden Terminal zu schließen und nur noch Passagiere mit Flugtickets hineinzulassen. Ein solches Vorgehen ziehe indes regelmäßig eine Flut von Beschwerden und Schadensersatzforderungen nach sich und bedeute letztlich, dass die Beklagte ihre betrieblichen Prozesse selbst blockiere.

IV. In der mündlichen Verhandlung haben sich die Beschwerdeführerin und die Beklagte als Äußerungsberechtigte sowie als sachkundige Auskunftspersonen Vertreter von Amnesty International – Sektion der Bundesrepublik Deutschland e.V. –, des Bundesverbandes Öffentliche Dienstleistungen – Deutsche Sektion des CEEP e.V. –, des Deutschen Gewerkschaftsbundes – Bezirk Hessen-Thüringen – sowie der Bundespolizeidirektion Flughafen Frankfurt/Main und der Polizeidirektion Flughafen des Polizeipräsidiums Frankfurt am Main geäußert.

B. Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet. Die angegriffenen Entscheidungen der Zivilgerichte verletzen die Beschwerdeführerin in ihren Grundrechten aus Art. 8 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.

I. Die Beklagte ist gegenüber der Beschwerdeführerin unmittelbar an die Grundrechte gebunden. Entsprechend kann sie sich zur Rechtfertigung des von ihr ausgesprochenen Flughafenverbots nicht ihrerseits auf eigene Grundrechte berufen.

1. Die Nutzung zivilrechtlicher Formen enthebt die staatliche Gewalt nicht von ihrer Bindung an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG. Dies gilt sowohl für die Verwendung von zivilrechtlichen Handlungsformen als auch für den Einsatz privatrechtlicher Organisations- und Gesellschaftsformen. Von der öffentlichen Hand beherrschte gemischtwirtschaftliche Unternehmen unterliegen ebenso wie im Alleineigentum des Staates stehende öffentliche Unternehmen, die in den Formen des Privatrechts organisiert sind, einer unmittelbaren Grundrechtsbindung.

a) Gemäß Art. 1 Abs. 3 GG binden die Grundrechte Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht. Sie gelten nicht nur für bestimmte Bereiche, Funktionen oder Handlungsformen staatlicher Aufgabenwahrnehmung, sondern binden die staatliche Gewalt umfassend und insgesamt. Der Begriff der staatlichen Gewalt ist dabei weit zu verstehen und erstreckt sich nicht nur auf imperative Maßnahmen. Entscheidungen, Äußerungen und Handlungen, die – auf den jeweiligen staatlichen Entscheidungsebenen – den Anspruch erheben können, autorisiert im Namen aller Bürger getroffen zu werden, sind von der Grundrechtsbindung erfasst. Grundrechtsgebundene staatliche Gewalt im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG ist danach jedes Handeln staatlicher Organe oder Organisationen, weil es in Wahrnehmung ihres dem Gemeinwohl verpflichteten Auftrags erfolgt.

Art. 1 Abs. 3 GG liegt dabei eine elementare Unterscheidung zugrunde: Während der Bürger prinzipiell frei ist, ist der Staat prinzipiell gebunden. Der Bürger findet durch die Grundrechte Anerkennung als freie Person, die in der Entfaltung ihrer Individualität selbstverantwortlich ist. Er und die von ihm gegründeten Vereinigungen und Einrichtungen können ihr Handeln nach subjektiven Präferenzen in privater Freiheit gestalten, ohne hierfür grundsätzlich rechenschaftspflichtig zu sein. Ihre Inpflichtnahme durch die Rechtsordnung ist von vornherein relativ und – insbesondere nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit – prinzipiell begrenzt. Demgegenüber handelt der Staat in treuhänderischer Aufgabenwahrnehmung für die Bürger und ist ihnen rechenschaftspflichtig. Seine Aktivitäten ve rstehen sich nicht als Ausdruck freier subjektiver Überzeugungen in Verwirklichung persönlicher Individualität, sondern bleiben in distanziertem Respekt vor den verschiedenen Überzeugungen der Staatsbürger und werden dementsprechend von der Verfassung umfassend an die Grundrechte gebunden. Diese Bindung steht nicht unter einem Nützlichkeits- oder Funktionsvorbehalt. Sobald der Staat eine Aufgabe an sich zieht, ist er bei deren Wahrnehmung auch an die Grundrechte gebunden, unabhängig da-

von, in welcher Rechtsform er handelt. Dies gilt auch, wenn er für seine Aufgabenwahrnehmung auf das Zivilrecht zurückgreift. Eine Flucht aus der Grundrechtsbindung in das Privatrecht mit der Folge, dass der Staat unter Freistellung von Art. 1 Abs. 3 GG als Privatrechtssubjekt zu begreifen wäre, ist ihm verstellt.

b) Die unmittelbare Grundrechtsbindung betrifft nicht nur öffentliche Unternehmen, die vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, sondern auch gemischtwirtschaftliche Unternehmen, wenn diese von der öffentlichen Hand beherrscht werden.

aa) Für öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform, die vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, ist anerkannt, dass die Grundrechtsbindung nicht nur den oder die Träger des jeweiligen Unternehmens trifft, sondern das Unternehmen selbst (vgl. BVerwGE 113, 208 <211>; Rüfner, in: Isensee/Kirchhof, HStR V, 2. Aufl. 2000, § 117 Rn. 49; Ehlers, Gutachten E für den 64. DJT <2002>, S. E 39; Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 1 Abs. 3 Rn. 69 f.; Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 25. Aufl. 2009, Rn. 187; Höfling, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 1 Rn. 104). Dies entspricht dem Charakter eines solchen Unternehmens als verselbständigter Handlungseinheit und stellt eine effektive Grundrechtsbindung unabhängig davon sicher, ob, wieweit und in welcher Form der oder die Eigentümer gesellschaftsrechtlich auf die Leitung der Geschäfte Einfluss nehmen können und wie – bei Unternehmen mit verschiedenen öffentlichen Anteilseignern – eine Koordination der Einflussrechte verschiedener öffentlicher Eigentümer zu gewährleisten wäre. Aktivitäten öffentlicher Unternehmen bleiben unabhängig von der Ausgestaltung der gesellschaftsrechtlichen Einflussrechte eine Form staatlicher Aufgabenwahrnehmung, bei der die Unternehmen selbst unmittelbar an die Grundrechte gebunden sind.

bb) Nichts anderes hat für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, an denen sowohl private wie öffentliche Anteilseigner beteiligt sind, zu gelten, wenn diese von der öffentlichen Hand beherrscht werden.

(1) Auch bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen erfasst die Frage der Grundrechtsbindung das jeweilige Unternehmen insgesamt und kann nur einheitlich beantwortet werden. Sie sind gleichfalls als verselbständigte Handlungseinheiten tätig. Die Grundrechtsbindung der hinter den Unternehmen stehenden öffentlichen Eigentümer und ihre gesellschaftsrechtlichen Einwirkungsbefugnisse allein sind ungeeignet, die Grundrechtsbindung solcher Unternehmen zu ersetzen und machen sie insbesondere nicht überflüssig. Schon grundsätzlich kann eine Grundrechtsbindung nicht quotenweise realisiert werden. Auch sind die Einwirkungsrechte der Anteilseigner auf die laufende Geschäftsführung gesellschaftsrechtlich vielfach beschränkt, so dass – insbesondere im Aktienrecht (vgl. etwa § 119 Abs. 2 AktG), und unter Berücksichtigung des Mitbestimmungsrechts – eine Grundrechtsbindung selbst durch die Mehrheit der Eigentümer vielfach nicht durchsetzbar ist. Überdies wäre die Geltendmachung von Grundrechten über den Umweg der Einwirkungsrechte, zumal wenn an einem Unternehmen mehrere öffentliche Anteilseigner beteiligt sind, vom Verfahren und Zeitaufwand her zu schwerfällig, um einen effektiven Grundrechtsschutz sicherzustellen.

(2) Ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen unterliegt dann der unmittelbaren Grundrechtsbindung, wenn es von den öffentlichen Anteilseignern beherrscht wird. Dies ist in der Regel der Fall, wenn mehr als die Hälfte der Anteile im Eigentum der öffentlichen Hand stehen. Insoweit kann grundsätzlich an entsprechende zivilrechtliche Wertungen angeknüpft werden (vgl. §§ 16, 17 AktG, Art. 2 Abs. 1 Buchstabe f Richtlinie 2004/109/EG). Ob in besonderen Fällen dieses Kriterium zu ergänzen ist, bedarf hier keiner Entscheidung.

Das Kriterium der Beherrschung mit seiner Anknüpfung an die eigentumsrechtlichen Mehrheitsverhältnisse stellt danach nicht auf konkrete Einwirkungsbefugnisse hinsichtlich der Geschäftsführung ab, sondern auf die Gesamtverantwortung für das jeweilige Unternehmen: Anders als in Fällen, in denen die öffentliche Hand nur einen untergeordneten Anteil an einem privaten Unternehmen hält, ha ndelt es sich dann grundsätzlich nicht um private Aktivitäten unter Beteiligung des Staates, sondern um staatliche Aktivitäten unter Beteiligung von Privaten. Für sie gelten unabhängig von ihrem Zweck oder Inhalt die allgemeinen Bindungen staatlicher Aufgabenwahrnehmung. Bei der Entfaltung dieser Aktivitäten sind die öffentlich beherrschten Unternehmen unmittelbar durch die Grundrechte gebunden und können sich umgekehrt gegenüber Bürgern nicht auf eigene Grundrechte stützen.

(3) Die Rechte der privaten Anteilseigner erfahren hierdurch keine ungerechtfertigte Einbuße: Ob diese sich an einem öffentlich beherrschten Unternehmen beteiligen oder nicht, liegt in ihrer freien Entscheidung, und auch wenn sich die Mehrheitsverhältnisse erst nachträglich ändern, steht es ihnen – wie bei der Änderung von Mehrheitsverhältnissen sonst – frei, hierauf zu reagieren. Sofern sich Private indes an solchen Unternehmen beteiligen, haben sie an den Chancen und Risiken, die sich aus den Handlungsbedingungen der öffentlichen Hand ergeben, gleichermaßen teil. Ohnehin unberührt bleibt ihre Rechtsstellung als Grundrechtsträger insbesondere des Eigentumsgrundrechts unmittelbar gegenüber den öffentlichen Anteilseignern oder sonst gegenüber der öffentlichen Gewalt.

c) Mit der unmittelbaren Grundrechtsbindung und der damit fehlenden Berechtigung, sich in einem Zivilrechtsstreit gegenüber Privaten auf eigene Grundrechte zu berufen, unterliegen öffentlich beherrschte Unternehmen spezifischen Beschränkungen, denen materiell private beziehungsweise privat beherrschte Unternehmen nicht unterliegen. Die Auswirkungen dieser Grundrechtsbindung sind, da im Rahmen des Zivilrechts verbleibend, jedoch begrenzt. Insbesondere wird die öffentliche Hand hierdurch nicht grundsätzlich daran gehindert, in adäquater und weithin gleichberechtigter Weise wie Private die Handlungsinstrumente des Zivilrechts für ihre Aufgabenwahrnehmung zu nutzen und auch sonst am privaten Wirtschaftsverkehr teilzunehmen. Dies schließt umgekehrt allerdings nicht aus, dass möglicherweise Private – etwa im Wege der mittelbaren Drittwirkung – unbeschadet ihrer eigenen Grundrechte ähnlich oder auch genauso weit durch die Grundrechte in Pflicht genommen werden, insbesondere wenn sie in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantenstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat.

aa) Viele typische Gefährdungslagen für den Grundrechtsschutz entstehen im Privatrecht von vornherein nicht, da dort dem Staat keine spezifischen Eingriffsbefugnisse zu Gebote stehen. Einseitig verbindliches Handeln ist ihm im Privatrecht nur sehr begrenzt – etwa wie vorliegend unter Rückgriff auf die zivilrechtlichen Eigentümerbefugnisse, insbesondere das Hausrecht – eröffnet. Sofern hingegen Grundrechte im Rahmen von Vertragsbeziehungen in Frage stehen, ist es möglich, dass mangels einseitiger Entscheidungsgewalt der öffentlichen Hand schon kein Eingriff in Grundrechte stattfindet oder bei einer Grundrechtsbeschränkung die Freiwilligkeit des Vertragsschlusses seitens des Bürgers im konkreten Fall mit in Rechnung zu stellen ist. Auch hindert die unmittelbare Grundrechtsbindung öffentlich beherrschte Unternehmen nicht, sich erwerbswirtschaftlich am Wirtschaftsverkehr zu beteiligen. Insbesondere verbietet auch Art. 3 Abs. 1 GG Differenzierungen nicht, die an marktrelevante Kriterien wie Produktqualität, Zuverlässigkeit und Zahlungsfähigkeit anknüpfen, um ein wettbewerbliches Wirtschaften des Unternehmens zu ermöglichen.

bb) Allerdings sind die Grundrechtsbindung und die ihr entsprechende fehlende Grundrechtsberechtigung nicht ohne Bedeutung. Sie verwehren öffentlich beherrschten Unternehmen insbesondere, sich auf die Subjektivität gewillkürter Freiheit zu berufen. So kann die öffentliche Hand zwar die zivilrechtlichen Eigentümerbefugnisse – wie vorliegend das Hausrecht – nutzen, jedoch entheben diese nicht davon, insbesondere einseitig verbindliche Entscheidungen durch legitime Gemein-

wohlzwecke am Maßstab der Grundrechte und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu rechtfertigen. Praktische Bedeutung erlangt die Grundrechtsbindung vor allem als Verpflichtung zu rechtsstaatlicher Neutralität bei der Gestaltung ihrer Vertragsbeziehungen. Öffentliche einschließlich der öffentlich beherrschten Unternehmen können zwar ihre Kundenbeziehungen nach der Logik des Marktes gestalten, jedoch steht es ihnen nicht frei, ihre wirtschaftliche Tätigkeit nach Belieben mit subjektiv weltanschaulichen Präferenzen oder Zielsetzungen und hierauf beruhenden Differenzierungen zu verbinden.

cc) Die unmittelbare Grundrechtsbindung öffentlich beherrschter Unternehmen unterscheidet sich somit grundsätzlich von der in der Regel nur mittelbaren Grundrechtsbindung, der auch Private und Privatunternehmen – insbesondere nach den Grundsätzen der mittelbaren Drittwirkung und auf der Grundlage von staatlichen Schutzpflichten – unterworfen sind. Während diese auf einer prinzipiellen Reche nschaftspflicht gegenüber dem Bürger beruht, dient jene dem Ausgleich bürgerlicher Freiheitssphären untereinander und ist damit von vornherein relativ. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Wirkung der Grundrechte und damit die – sei es mittelbare, sei es unmittelbare – Inpflichtnahme Privater in jedem Fall weniger weit reicht. Je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung kann die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates vielmehr nahe oder auch gleich kommen. Für den Schutz der Kommunikation kommt das insbesondere dann in Betracht, wenn private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen und damit in Funktionen eintreten, die – wie die Sicherstellung der Post- und Telekommunikationsdienstleistungen – früher dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen waren. Wieweit dieses heute in Bezug auf die Versammlungsfreiheit oder die Freiheit der Meinungsäußerung auch für materiell private Unternehmen gilt, die einen öffentlichen Verkehr eröffnen und damit Orte der allgemeinen Kommunikation schaffen, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.

2. Die Beklagte ist als Aktiengesellschaft, deren Anteile zu mehr als 50% von öffentlichen Anteilseignern gehalten werden, folglich unmittelbar an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden.

II. Die angegriffenen Entscheidungen der Zivilgerichte verletzen die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Art. 8 Abs. 1 GG.

1. Das durch die angegriffenen Entscheidungen bestätigte Verbot, im Frankfurter Flughafen ohne Erlaubnis der Beklagten Versammlungen durchzuführen, greift in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 Abs. 1 GG ein.

a) aa) Art. 8 Abs. 1 GG schützt die Freiheit, mit anderen Personen zum Zwecke einer gemeinschaftlichen, auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichteten Erörterung oder Kundgebung örtlich zusammen zu kommen (vgl. BVerfGE 104, 92 <104>; 111, 147 <154 f.>). Als Freiheit zur kollektiven Meinungskundgabe ist die Versammlungsfreiheit für eine freiheitlich demokratische Staatsordnung konstituierend (vgl. BVerfGE 69, 315 <344 f.>). In ihrer idealtypischen Ausformung sind Demonstrationen die gemeinsame körperliche Sichtbarmachung von Überzeugungen, bei der die Teilnehmer in der Gemeinschaft mit anderen eine Vergewisserung dieser Überzeugungen erfahren und andererseits nach außen – schon durch die bloße Anwesenheit, die Art des Auftretens und die Wahl des Ortes – im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung nehmen und ihren Standpunkt bezeugen (vgl. BVerfGE 69, 315 <345>).

bb) Art. 8 Abs. 1 GG gewährleistet auch das Recht, selbst zu bestimmen, wann, wo und unter welchen Modalitäten eine Versammlung stattfinden soll. Als Abwehrrecht, das auch und vor allem andersdenkenden Minderheiten zugute kommt, gewährleistet das Grundrecht den Grundrechtsträgern so nicht nur die Freiheit, an einer öffentlichen Versammlung teilzunehmen oder ihr fern zu bleiben, sondern zugleich ein Selbstbestimmungsrecht über Ort, Zeitpunkt, Art und Inhalt der Veranstaltung (vgl. BVerfGE 69, 315 <343>). Die Bürger sollen damit selbst entscheiden können, wo sie ihr Anliegen – gegebenenfalls auch in Blick auf Bezüge zu bestimmten Orten oder Einrichtungen – am wirksamsten zur Geltung bringen können.

(1) Die Versammlungsfreiheit verschafft damit allerdings kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten. Insbesondere gewährt es dem Bürger keinen Zutritt zu Orten, die der Öffentlichkeit nicht allgemein zugänglich sind oder zu denen schon den äußeren Umständen nach nur zu bestimmten Zwecken Zugang gewährt wird. Die Durchführung von Versammlungen etwa in Verwaltungsgebäuden oder in eingefriedeten, der Allgemeinheit nicht geöffneten Anlagen ist durch Art. 8 Abs. 1 GG ebenso wenig geschützt wie etwa in einem öffentlichen Schwimmbad oder Krankenhaus.

(2) Demgegenüber verbürgt die Versammlungsfreiheit die Durchführung von Versammlungen dort, wo ein allgemeiner öffentlicher Verkehr eröffnet ist.

Dies betrifft – unabhängig von einfachrechtlichen Bestimmungen des Straßenrechts – zunächst den öffentlichen Straßenraum. Dieser ist das natürliche und geschichtlich leitbildprägende Forum, auf dem Bürger ihre Anliegen besonders wirksam in die Öffentlichkeit tragen und hierüber die Kommunikation anstoßen können. Vor allem innerörtliche Straßen und Plätze werden heute als Stätten des Informations- und Meinungsaustausches sowie der Pflege menschlicher Kontakte angesehen. In verstärktem Maß gilt dies für Fußgängerzonen und verkehrsberuhigte Bereiche; die Ermöglichung des kommunikativen Verkehrs ist ein wesentliches Anliegen, das mit solchen Einrichtungen verfolgt wird (vgl. Stahlhut, in: Kodal, Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, S. 730). Das Versammlungsrecht knüpft an diese Funktion an. Dabei beachtet es die allgemeinen straßen- und straßenverkehrsrechtlichen Bestimmungen, die es jedoch partiell überlagert, sofern dies für eine effektive Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit erforderlich ist. Öffentliche Versammlungen und Aufzüge finden hier die Bedingungen, um Forderungen einem allgemeinen Publikum zu Gehör zu bringen und Protest oder Unmut sinnbildlich „auf die Straße zu tragen“.

Entsprechendes gilt aber auch für Stätten außerhalb des öffentlichen Straßenraums, an denen in ähnlicher Weise ein öffentlicher Verkehr eröffnet ist und Orte der allgemeinen Kommunikation entstehen. Wenn heute die Kommunikationsfunktion der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze zunehmend durch weitere Foren wie Einkaufszentren, Ladenpassagen oder sonstige Begegnungsstätten ergänzt wird, kann die Versammlungsfreiheit für die Verkehrsflächen solcher Einrichtungen nicht ausgenommen werden, soweit eine unmittelbare Grundrechtsbindung besteht oder Private im Wege der mittelbaren Drittwirkung in Anspruch genommen werden können. Dies gilt unabhängig davon, ob die Flächen sich in eigenen Anlagen befinden oder in Verbindung mit Infrastruktureinrichtungen stehen, überdacht oder im Freien angesiedelt sind. Grundrechtlich ist auch unerheblich, ob ein solcher Kommunikationsraum mit den Mitteln des öffentlichen Straßen- und Wegerechts oder des Zivilrechts geschaffe n wird. Ein Verbot von Versammlungen kann auch nicht als Minus zu der Nichtöffnung des Geländes und damit als bloße Versagung einer freiwilligen Leistung angesehen werden. Vielmehr besteht zwischen der Eröffnung eines Verkehrs zur öffentlichen Kommunikation und der Versammlungsfreiheit ein unaufhebbarer Zusammenhang: Dort wo öffentliche Kommunikationsräume eröffnet werden, kann der unmittelbar grundrechtsverpflichtete Staat nicht unter Rückgriff auf frei gesetzte Zweckbestimmungen oder Widmungsentscheidungen den Gebrauch der Kommunikationsfreiheiten aus den zulässigen Nutzungen ausnehmen: Er würde sich damit in Widerspruch zu der eigenen Öffnungsentscheidung setzen.

(3) Orte allgemeinen kommunikativen Verkehrs, die neben dem öffentlichen Straßenraum für die Durchführung von Versammlungen in Anspruch genommen werden können, sind zunächst nur solche, die der Öffentlichkeit allgemein geöffnet

und zugänglich sind. Ausgeschlossen sind demgegenüber zum einen Orte, zu denen der Zugang individuell kontrolliert und nur für einzelne, begrenzte Zwecke gestattet wird. Wenn eine individuelle Eingangskontrolle wie an der Sicherheitsschleuse zum Abflugbereich für eine Einrichtung sicherstellt, dass nur bestimmte Personen – die Flugpassagiere, um ihre Reise anzutreten – Zutritt haben, ist dort kein allgemeiner Verkehr eröffnet. Die Wahrnehmung der Versammlungsfreiheit kann an solchen Orten nicht beansprucht werden.

Zum anderen beantwortet sich die Frage, ob ein solcher außerhalb öffentlicher Straßen, Wege und Plätze liegender Ort als ein öffentlicher Kommunikationsraum zu beurteilen ist, nach dem Leitbild des öffentlichen Forums (vgl. zu ähnlichen Kriterien: Supreme Court of Canada, Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada, <1991> 1 S. C. R. 139; Supreme Court of the United States, International Society for Krishna Consciousness <ISKCON> v. Lee, 505 U.S. 672 <1992>). Dieses ist dadurch charakterisiert, dass auf ihm eine Vielzahl von verschiedenen Tätigkeiten und Anliegen verfolgt werden kann und hierdurch ein vielseitiges und offenes Kommunikationsgeflecht entsteht. Abzugrenzen ist dies von Stätten, die der Allgemeinheit ihren äußeren Umständen nach nur zu ganz bestimmten Zwecken zur Verfügung stehen und entsprechend ausgestaltet sind. Wenn Orte in tatsächlicher Hinsicht ausschließlich oder ganz überwiegend nur einer bestimmten Funktion dienen, kann in ihnen – außerhalb privater Nutzungsrechte – die Durchführung von Versammlungen nach Art. 8 Abs. 1 GG nicht begehrt werden. Anders ist dies indes dort, wo die Verbindung von Ladengeschäften, Dienstleistungsanbietern, Restaurationsbetrieben und Erholungsflächen einen Raum des Flanierens schafft und so Orte des Verweilens und der Begegnung entstehen. Werden Räume in dieser Weise für ein Nebeneinander verschiedener, auch kommunikativer Nutzungen geöffnet und zum öffentlichen Forum, kann aus ihnen gemäß Art. 8 Abs. 1 GG auch die politische Auseinandersetzung in Form von kollektiven Meinungskundgaben durch Versammlungen nicht herausgehalten werden. Art. 8 Abs. 1 GG gewährleistet den Bürgern für die Verkehrsflächen solcher Orte das Recht, das Publikum mit politischen Auseinandersetzungen, gesellschaftlichen Konflikten oder sonstigen Themen zu konfrontieren. Solche Möglichkeiten, Aufmerksamkeit zu erzielen, sind als Grundlage der demokratischen Willensbildung mit der Versammlungsfreiheit gewollt und bilden ein konstituierendes Element der demokratischen Staatsordnung.

b) Hiervon ausgehend greift die Bestätigung des von der Beklagten ausgesprochenen Flughafenverbots durch die angegriffenen Entscheidungen in die Versammlungsfreiheit der Beschwerdeführerin ein.

Das Begehren der Beschwerdeführerin, im Frankfurter Flughafen Versammlungen durchzuführen, fällt nicht schon aus dem Schutzbereich der Versammlungsfreiheit heraus. Der Frankfurter Flughafen ist in wesentlichen Bereichen als Ort allgemeinen kommunikativen Verkehrs ausgestaltet. Zwar gilt dies nicht für den gesamten Flughafen. So ist eine Berufung auf die Versammlungsfreiheit für die Sicherheitsbereiche, die nicht allgemein zugänglich sind, ebenso ausgeschlossen wie für solche Bereiche, die nur bestimmten Funktionen (zum Beispiel der Gepäckausgabe) dienen. Jedoch umfasst der Flughafen auch große Bereiche, die als Orte des Flanierens und des Gesprächs, als Wege zum Einkaufen und zu Gastronomiebetrieben ausgestaltet sind und hierfür einen allgemeinen Verkehr eröffnen. Unter der Rubrik „Einkaufen und Erleben“ wirbt die Beklagte, die sich als „City in the City“ versteht, im Internet: „Airport Shopping für alle!“, „Auf 4.000 Quadratmetern zeigt sich der neue Marktplatz in neuem Gewand und freut sich auf Ihren Besuch!“. Hier sind ersichtlich Orte als allgemein zugängliche öffentliche Foren ausgestaltet, deren Verkehrsflächen Versammlungen damit grundsätzlich offenstehen.

Die Beklagte untersagt der Beschwerdeführerin demgegenüber für die Zukunft zeitlich unbegrenzt – und damit ohne Ansehung der durch eine bestimmte Versammlung konkret drohenden Beeinträchtigungen des Betriebsablaufs – die Durchführung von Versammlungen ohne ihre Erlaubnis für den gesamten Bereich des Flughafens. Indem die angegriffenen Entscheidungen dieses Verbot bestätigen, greifen sie in die Versammlungsfreiheit der Beschwerdeführerin ein.

2. Der Eingriff unterliegt im Hinblick auf die formelle Verfassungsmäßigkeit der das Grundrecht der Versammlungsfreiheit einschränkenden Ermächtigungsgrundlage keinen Bedenken. Die Beklagte kann sich für die Beschränkung von Versammlungen im Frankfurter Flughafen grundsätzlich auf die Eigentümerbefugnisse des Bürgerlichen Gesetzesbuches stützen. Sie hat deren Ausübung allerdings am Grundrecht der Versammlungsfreiheit auszurichten.

a) Die Versammlungsfreiheit ist nicht vorbehaltlos gewährleistet. Vielmehr können Versammlungen unter freiem Himmel gemäß Art. 8 Abs. 2 GG durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden. Diesem Gesetzesvorbehalt unterfallen auch Versammlungen im Innern des Frankfurter Flughafens.

aa) Versammlungen an Orten allgemeinen kommunikativen Verkehrs sind Versammlungen unter freiem Himmel im Sinne des Art. 8 Abs. 2 GG und unterliegen dem Gesetzesvorbehalt. Dies gilt unabhängig davon, ob die der Allgemeinheit geöffneten Orte als solche in der freien Natur oder in geschlossenen Gebäuden liegen. Maßgeblich ist, dass Versammlungen an solchen Orten ihrerseits in einem öffentlichen Raum, das heißt inmitten eines allgemeinen Publikumsverkehrs stattfinden und von diesem nicht räumlich getrennt sind.

Der Begriff der „Versammlung unter freiem Himmel“ des Art. 8 Abs. 2 GG darf nicht in einem engen Sinne als Verweis auf einen nicht überdachten Veranstaltungsort verstanden werden. Sein Sinn erschließt sich vielmehr zutreffend erst in der Gegenüberstellung der ihm unterliegenden versammlungsrechtlichen Leitbilder: Während „Versammlungen unter freiem Himmel“ idealtypisch solche auf öffentlichen Straßen und Plätzen sind, steht dem als Gegenbild die Versammlung in von der Öffentlichkeit abgeschiedenen Räumen wie etwa in Hinterzimmern von Gaststätten gegenüber. Dort bleiben die Versammlungsteilnehmer unter sich und sind von der Allgemeinheit abgeschirmt, so dass Konflikte, die eine Regelung erforderten, weniger vorgezeichnet sind. Demgegenüber finden Versammlungen „unter freiem Himmel“ in der unmittelbaren Auseinandersetzung mit einer unbeteiligten Öffentlichkeit statt (vgl. Arbeitskreis Versammlungsrecht, Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, Enders/Hoffmann-Riem/Kniesel/Poscher/Schulze- Fielitz <Hrsg.>, 2011, Begründung zu § 10, S. 34). Hier besteht im Aufeinandertreffen der Versammlungsteilnehmer mit Dritten ein höheres, weniger beherrschbares Gefahrenpotential: Emotionalisierungen der durch eine Versammlung herausgeforderten Auseinandersetzung können sich im Gegenüber zu einem allgemeinen Publikum schneller zuspitzen und eventuell Gegenreaktionen provozieren. Die Versammlung kann hier leichter Zulauf finden, sie bewegt sich als Kollektiv im öffentlichen Raum. Art. 8 Abs. 2 GG ermöglicht es dem Gesetzgeber, solche Konflikte abzufangen und auszugleichen. Er trägt dem Umstand Rechnung, dass in solcher Berührung mit der Außenwelt ein besonderer, namentlich organisations- und verfahrensrechtlicher Regelungsbedarf besteht, um einerseits die realen Voraussetzungen für die Ausübung des Versammlungsrechts zu schaffen, anderseits kollidierende Interessen anderer hinreichend zu wahren (vgl. BVerfGE 69, 315 <348>).

bb) Hiervon ausgehend unterliegen die von der Beschwerdeführerin erstrebten Versammlungen im Frankfurter Flughafen dem Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG. Zwar liegen die Orte, für die die Beschwerdeführerin die Versammlungsfreiheit in Anspruch nimmt, hauptsächlich im Innern des Flughafens und sind damit überdacht und seitlich begrenzt. Die beabsichtigten Versammlungen sollen jedoch nicht in eigenen, von den anderen Flughafengästen abgeschirmten Räumlichkeiten durchgeführt werden, sondern inmitten des allgemeinen Flughafenpublikums, an das sich die kollektiven Meinungskundga-

ben richten. Im Sinne des Art. 8 Abs. 2 GG gelten deshalb Versammlungen in derartigen Räumlichkeiten als „Versammlungen unter freiem Himmel“, die nach allgemeinen Grundsätzen gesetzlich beschränkt werden können.

b) Die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches können als ein die Versammlungsfreiheit beschränkendes Gesetz im Sinne des Art. 8 Abs. 2 GG herangezogen werden. Das zivilrechtliche Hausrecht gemäß § 903 Satz 1, § 1004 BGB ist dementsprechend grundsätzlich geeignet, Eingriffe in die Versammlungsfreiheit zu rechtfertigen. Unberührt bleiben hiervon die Versammlungsgesetze als maßgebliche Rechtsgrundlage der Befugnisse der Versammlungsbehörden für alle Orte allgemeinen kommunikativen Verkehrs.

aa) Der Gesetzesvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 GG erlaubt es dem Gesetzgeber, Ermächtigungsgrundlagen zu schaffen, aufgrund derer die Versammlungsfreiheit beschränkt werden kann. Der Gesetzgeber kann staatlichen Behörden die Befugnis einräumen, Versammlungen unter bestimmten Bedingungen mit beschränkenden Verfügungen zu versehen oder sie erforderlichenfalls auch zu untersagen. Soweit in dieser Weise spezifische hoheitliche Entscheidungsbefugnisse geschaffen werden und entsprechende Entscheidungen einseitig durchsetzbar sind, verlangt Art. 8 Abs. 2 GG eine bewusste und ausdrücklich auf die Versammlungsfreiheit der Bürger bezogene Regelung durch den Gesetzgeber. Die Eingriffsvoraussetzungen müssen in hinreichend bestimmter und normenklarer Weise zumindest in den Grundzügen vom Gesetzgeber selbst festgelegt werden. Dem entspricht, dass für entsprechende Regelungen auch das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG gilt und die in ihm liegende Warnfunktion entfaltet.

Durch das Versammlungsgesetz des Bundes, das im Land Hessen gemäß Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG bis zur Ablösung durch ein Versammlungsgesetz des Landes fortgilt, hat der Gesetzgeber von diesem Gesetzesvorbehalt Gebrauch gemacht. Das Versammlungsgesetz ist dabei nicht auf Versammlungen im öffentlichen Straßenraum beschränkt, sondern erstreckt sich auf alle öffentlichen Versammlungen, unabhängig davon, ob sie auf privatem oder öffentlichem Grund stattfinden. Es findet damit auf Versammlungen im Frankfurter Flughafen Anwendung.

bb) Dies lässt unberührt, dass die öffentliche Hand, wenn sie in den Formen des Privatrechts handelt, Beschränkungen der Versammlungsfreiheit zusätzlich auf die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, hier § 903 Satz 1, § 1004 BGB, stützen kann. Auch diese Vorschriften füllen in diesem Fall Art. 8 Abs. 2 GG aus. Dem steht nicht entgegen, dass es sich insoweit nicht um versammlungsbezogene Vorschriften handelt und damit deren Reichweite für Versammlungen durch den Gesetzgeber inhaltlich nicht näher präzisiert ist. Da die öffentliche Hand hier wie jeder Private auf die allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts zurückgreift, ihr also keine spezifisch hoheitlichen Befugnisse eingeräumt werden und sie ihre Entscheidungen grundsätzlich auch nicht einseitig durchsetzen kann, sind die sonst an Eingriffsgesetze zu stellenden Anforderungen zurückgenommen. Auch das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG kann gegenüber solchen unspezifischen Bestimmungen eine Warnfunktion nicht erfüllen und findet keine Anwendung. Grundrechtseingriffe in Art. 8 Abs. 1 GG, die sich allein auf die allgemeinen Befugnisse des Privatrechts stützen, sind damit nicht schon deshalb verfassungswidrig, weil es an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage fehlt. Dies ist die Konsequenz dessen, dass der Staat überhaupt in den Formen des Privatrechts handeln darf.

cc) Versammlungsbeschränkende Entscheidungen, die ein öffentliches beziehungsweise öffentlich beherrschtes Unternehmen allein auf das Privatrecht stützt, vermögen die Eingriffsbefugnisse staatlicher Behörden gegenüber Versammlungen allerdings nicht zu erweitern oder gar zu begründen. Soweit die Versammlungsbehörde in Bezug auf eine Versammlung im Flughafenbereich Entscheidungen trifft oder die Vollzugspolizei zur Rechtsdurchsetzung einschreitet, haben diese zwar die Flughafenbetreiberin als Betroffene grundsätzlich einzubeziehen und gegebenenfalls deren Einschätzungen – wie sie insbesondere in der Flughafenbenutzungsordnung zum Ausdruck kommen – zu berücksichtigen, sind aber sachlich allein an die Vorgaben der für sie selbst geltenden Ermächtigungsgrundlagen – und damit vorrangig an das Versammlungsgesetz – gebunden.

3. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführerin jedoch in ihrem Grundrecht aus Art. 8 Abs. 1 GG, weil sie ein unverhältnismäßiges Versammlungsverbot bestätigen.

Wenn die staatlichen Organe versammlungsbeschränkende Gesetze gemäß Art. 8 Abs. 2 GG auslegen und anwenden, haben sie diese stets im Lichte der grundlegenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit im freiheitlich demokratischen Staat auszulegen und sich bei ihren Maßnahmen auf das zu beschränken, was zum Schutz gleichwertiger Rechtsgüter notwendig ist (vgl. BVerfGE 69, 315 <349>). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist hierbei strikt zu beachten. Die angegriffenen Entscheidungen halten diesen Anforderungen nicht stand.

a) Eingriffe in die Versammlungsfreiheit bedürfen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eines legitimen Zwecks. Ein Verbot, sich auf dem Flughafe ngelände zu versammeln, kann nicht schlichtweg auf ein dem Belieben der Beklagten unterliegendes privatautonomes Bestimmungsrecht über die Nutzung ihres Privateigentums gestützt werden. Die Grundrechtsbindung der Beklagten und die ihr fehlende Befugnis, sich im Verhältnis zu anderen Privaten auf ihr Eigentumsgrundrecht zu berufen, bedingen, dass § 903 Satz 1 BGB hier nicht wie zwischen Privaten als Ausdruck einer privatautonomen, grundsätzlich im Gutdünken stehenden Entscheidungsfreiheit des Eigentümers Anwendung findet, sondern als Ermächtigungsnorm zur Verfolgung legitimer Zwecke des gemeinen Wohls in Ausfüllung der Schranken der Versammlungsfreiheit. Der Rückgriff auf § 903 Satz 1 BGB bedarf deshalb einer auf solche Aufgaben bezogenen funktionalen Einbindung und ist nur dann gerechtfertigt, wenn er zum Schutz individueller Rechtsgüter oder zur Verfolgung legitimer, hinreichend gewichtiger öffentlicher Zwecke des gemeinen Wohls dient.

Bei Versammlungen, die im Bereich eines Flughafens durchgeführt werden, gehören hierzu vor allem die Sicherheit und Funktionsfähigkeit des Flughafenbetriebs. Ein Flughafen ist ein Verkehrsknotenpunkt für Güter- und Personenströme, er ist in ein komplexes System globaler Netzwerke eingebunden und baut auf die einwandfreie Funktionstüchtigkeit sensibler technischer Vorrichtungen und den reibungslosen Ablauf logistischer Prozesse, die im Falle der Störung oder gar des Versagens zum Verlust von unter Umständen elementaren Rechtsgütern führen können. Beeinträchtigungen im Betriebsablauf können daher eine unbestimmte Zahl von Menschen empfindlich treffen. Angesichts der hieraus folgenden spezifischen Gefährdungslage, die sich gegebenenfalls aus der unmittelbaren Verbindung von als Räume öffentlicher Kommunikation ausgestalteten Bereichen des Flughafens mit den der Verkehrsfunktion dienenden Einrichtungen noch verstärken kann, gewinnen die Sicherheit und die Funktionsfähigkeit des Flughafenbetriebs erhebliches Gewicht und können Einschränkungen der Versammlungsfreiheit rechtfertigen. Maßnahmen, die der Sicherheit und Leichtigkeit der Betriebsabläufe sowie dem Schutz der Fluggäste, der Besucher oder der Einrichtungen des Flughafens dienen, können folglich grundsätzlich auf das Hausrecht gestützt werden.

b) Versammlungsbeschränkungen müssen zur Erreichung dieser Zwecke nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit weiterhin geeignet, erforderlich und angemessen sein. Dabei haben die auf der Grundlage des Hausrechts ergehe nden Maßnahmen der grundlegenden Bedeutung der Versammlungsfreiheit im freiheitlich demokratischen Staat Rechnung zu tragen. Es gelten grundsätzlich die für die Schranken der Versammlungsfreiheit auch sonst geltenden verfassungsrechtlichen Maß-

gaben. Diese ermöglichen es, der besonderen Gefährdungslage eines Flughafens wirksam Rechnung zu tragen. Versammlungsbeschränkende Maßnahmen können zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des komplexen logistischen Systems eines Flughafens im Einzelfall unter weniger strengen Bedingungen erlassen werden, als dies für entsprechende Versammlungen im öffentlichen Straßenraum möglich wäre.

aa) Gemäß Art. 8 Abs. 1 GG ist die Durchführung von Versammlungen grundsätzlich ohne Anmeldung oder Erlaubnis gewährleistet. Versammlungen können danach nicht unter einen generellen Erlaubnisvorbehalt gestellt werden. Jedenfalls gegenüber einem unmittelbar grundrechtsgebundenen Rechtsträger scheidet damit eine allgemeine Erlaubnispflicht von Versammlungen für die dem allgemeinen kommunikativen Verkehr eröffneten Flächen in einem Flughafen auch auf der Grundlage des Hausrechts aus. Demgegenüber unterliegt eine Anzeigepflicht – auch bei dem Flughafenbetreiber – grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, zumal sie hier auch kurzfristig vor Ort erfo lgen kann. Verhältnismäßig ist diese jedoch nur, sofern sie nicht ausnahmslos gilt, sondern Spontan- oder Eilversammlungen zulässt, und ein Verstoß gegen die Anmeldepflicht nicht automatisch das Verbot der Versammlung zur Folge hat (vgl. BVerfGE 69, 315 <350 f.>; 85, 69 <74 f.>).

Eine Untersagung einer Versammlung kommt nur in Betracht, wenn eine unmittelbare, aus erkennbaren Umständen herleitbare Gefahr für mit der Versammlungsfreiheit gleichwertige, elementare Rechtsgüter vorliegt. Für das Vorliegen der „unmittelbaren" Gefährdung bedarf es einer konkreten Gefahrenprognose. Bloße Belästigungen Dritter, die sich aus der Gruppenbezogenheit der Grundrechtsausübung ergeben und sich ohne Nachteile für den Versammlungszweck nicht vermeiden lassen, reichen hierfür nicht. Sie müssen in der Regel hingenommen werden. Sind unmittelbare Gefährdungen von Rechtsgütern zu befürchten, ist diesen primär durch Auflagen entgegenzuwirken. Die Untersagung einer Versammlung kommt als ultima ratio nur in Betracht, wenn die Beeinträchtigungen anders nicht verhindert werden können (vgl. BVerfGE 69, 315 <353>).

Diese Grundsätze hindern nicht, dass dem besonderen Gefahrenpotential von Versammlungen in einem Flughafen in spezifischer Weise begegnet und die Rechte anderer Grundrechtsträger berücksichtigt werden können. Insbesondere erlaubt es der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ohne Weiteres, etwa die räumliche Beengtheit der Terminals auf den jeweiligen Stufen der Abwägung in Rechnung zu stellen. Deshalb kann in einem Flughafen eine die dortigen räumlichen Verhältnisse sprengende Großdemonstration untersagt beziehungsweise auf andere Stätten verwiesen werden – ebenso wie das etwa in einer engen Fußgängerzone oder einer dicht bebauten historischen Altstadt möglich wäre; dabei kann die Teilnehmerzahl in einer den örtlichen Gegebenheiten gerecht werdenden Weise begrenzt werden. Auch liegt auf der Hand, dass in einem Flughafen bestimmte Formen, Mittel oder Geräuschpegel von Versammlungen eher Gefährdungen auslösen und damit leichter begrenzt werden können als bei entsprechenden Versammlungen auf einem Marktplatz oder einer öffentlichen Festwiese. Ebenso rechtfertigt die besondere Störanfälligkeit eines Flughafens in seiner primären Funktion als Stätte zur Abwicklung des Luftverkehrs Einschränkungen, die nach Maßgabe der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Straßenraum nicht hingenommen werden müssten. Dies gilt insbesondere für Maßnahmen, die die Beachtung der besonderen Sicherheitsanforderungen des Flughafens sicherstellen. Außerdem können Blockadewirkungen zur Gewährleistung der Sicherheit und Funktionsfähigkeit des Flughafens in weitergehendem Umfang verhindert werden als auf öffentlichen Straßen. So können zum Beispiel unüberschaubare, über eine begrenzte Zahl hinausgehende Spontanversammlungen unterbunden werden, wenn sie mangels hinreichender Möglichkeit zu sachgerechten Vorkehrungen des Flughafenbetreibers unbeherrschbar zu werden drohen. Freilich sind demgegenüber auch in einem Flughafen Belästigungen des Publikums durch Versammlungen in gewissem Umfang grundsätzlich hinzunehmen.

bb) Inhaltlich nähern sich damit die Handlungsmöglichkeiten, die der Beklagten als unmittelbar an die Grundrechte gebundenem Rechtsträger auf der Grundlage des Hausrechts zur Verfügung stehen, der Reichweite der Befugnisse der Versammlungsbehörden. Jedenfalls können ihre zivilrechtlichen Befugnisse grundsätzlich nicht so ausgelegt werden, dass sie über die den Versammlungsbehörden verfassungsrechtlich gesetzten Grenzen hinausreichen. Dies hindert die Beklagte allerdings nicht, Beschränkungen der Versammlungsfreiheit, die den dargelegten verfassungsrechtlichen Maßgaben entsprechen, für den Flughafen näher zu konkretisieren und generalisierend auf der Grundlage ihres Hausrechts in einer Flughafenbenutzungsordnung niederzulegen. Sie kann so für die Wahrnehmung des Versammlungsrechts im Flughafen transparente Regeln schaffen, die an die räumlichen Gegebenheiten und insbesondere an die spezifischen Funktionsbedingungen wie Gefahrenlagen angepasst sind. In Betracht kommen etwa an die tatsächlichen Verhältnisse anknüpfende, klarstellende Abgrenzungen zwischen multifunktionalen Verkehrsflächen und speziellen Funktionsbereichen, die Bezeichnung von Zonen, in denen Versammlungen grundsätzlich die Sicherheit des Flugbetriebs unmittelbar gefährden, oder auch ein Verbot des Mitführens von Gegenständen wie etwa Trillerpfeifen, Trommeln oder Megafonen, sofern diese erhebliche Beeinträchtigungen der Sicherheit oder Funktionsfähigkeit des Flughafenbetriebs besorgen lassen. Auch kann sie etwa eine – die Anmeldepflicht bei den Versammlungsbehörden ergänzende – Anzeigepflicht beim Flughafenbetreiber vorsehen.

Solche allein auf dem Hausrecht beruhenden Regeln bleiben freilich auf privatrechtliche Wirkungen beschränkt. Sie lassen die hoheitlichen Befugnisse der Versammlungsbehörden und der Einsatzkräfte der Vollzugspolizei vor Ort ebenso unberührt wie deren Verantwortung für die Auslegung dieser Befugnisse. Allerdings können die Behörden die Bestimmungen einer solchen Benutzungsordnung im Rahmen ihrer versammlungsrechtlichen Befugnisse als Regelvermutungen für die Erfordernisse der Sicherheit und Funktionsfähigkeit des Flughafens typisierend zugrunde legen; sie müssen hierbei jedoch prüfen, ob diese den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen oder ob im Einzelfall eine Situation vorliegt, die eine Abweichung hiervon erfordert.

c) Die angegriffenen Entscheidungen genügen diesen Anforderungen nicht. Die umfassende Bestätigung des der Beschwerdeführerin erteilten Flughafenverbots durch die Zivilgerichte ist – jedenfalls angesichts der unmittelbaren Grundrechtsbindung der Beklagten – mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar.

Das von der Beklagten ausgesprochene Flughafenverbot untersagt der Beschwerdeführerin die Durchführung jeglicher Versammlungen in allen Bereichen des Flughafens, sofern diese nicht vorher nach Maßgabe einer grundsätzlich freien Entscheidung von der Beklagten erlaubt werden. Es beschränkt sich folglich nicht auf die Abwehr konkret drohender Gefahren für mit der Versammlungsfreiheit gleichwertige, elementare Rechtsgüter, sondern versteht sich als generelles Demonstrationsverbot gegenüber der Beschwerdeführerin. Ein solches Verständnis legt auch der Bundesgerichtshof dem Flughafenverbot zugrunde. Zwar bezieht er sich zur Begründung seiner Entscheidung auch auf konkrete, früher von der Beschwerdeführerin durchgeführte Versammlungen und stellt darauf ab, dass die Beklagte als Flughafenbetreiberin „vergleichbare Aktionen" (vgl. BGH, Urteil vom 20. Januar 2006 – V ZR 134/05 –, NJW 2006, S. 1054 <1056> [= GuT 2006, 148, 150]) nicht dulden müsse. Er leitet hieraus jedoch das berechtigte Interesse der Flughafenbetreiberin her, das Verbot insgesamt und ohne weitere Begrenzungen zu erlassen. Dieses erstreckt sich generell auf jede Art von Versammlung, auf alle Bereiche des Flughafens und auf unbegrenzte Zeit. Die Beschwerdeführerin muss danach für

künftige Versammlungen in allen Bereichen des Flughafens um eine Erlaubnis nachsuchen. Dabei ist nicht erkennbar, unter welchen Bedingungen diese erteilt würde; vielmehr wird hierbei der Beklagten ein im Grundsatz freies Entscheidungsrecht zuerkannt. Die gerichtliche Bestätigung eines solch generellen Versammlungsverbots in dem zu weiten Teilen als öffentliches Forum ausgestalteten Flughafen genügt den Verhältnismäßigkeitsanforderungen nicht.

III. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführerin zudem in ihrem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.

1. a) Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG schützt das Äußern einer Meinung nicht nur hinsichtlich ihres Inhalts, sondern auch hinsichtlich der Form ihrer Verbreitung (vgl. BVerfGE 54, 129 <138 f.>; 60, 234 <241>; 76, 171 <192>). Hierzu gehört namentlich das Verteilen von Flugblättern, die Meinungsäußerungen enthalten. Geschützt ist darüber hinaus auch die Wahl des Ortes und der Zeit einer Äußerung. Der sich Äußernde hat nicht nur das Recht, überhaupt seine Meinung kundzutun, sondern er darf hierfür auch die Umstände wählen, von denen er sich die größte Verbreitung oder die stärkste Wirkung seiner Meinungskundgabe verspricht (vgl. BVerfGE 93, 266 <289>).

Allerdings verschafft auch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG dem Einzelnen keinen Anspruch auf Zutritt zu ihm sonst nicht zugänglichen Orten. Die Meinungsäußerungsfreiheit ist dem Bürger nur dort gewährleistet, wo er tatsächlich Zugang findet. Anders als im Fall des Art. 8 Abs. 1 GG ist dabei die Meinungskundgabe aber nicht schon ihrem Schutzbereich nach auf öffentliche, der Kommunikation dienende Foren begrenzt. Denn im Gegensatz zur kollektiv ausgeübten Versammlungsfreiheit impliziert die Ausübung der Meinungsfreiheit als Recht des Einzelnen in der Regel keinen besonderen Raumbedarf und eröffnet auch nicht einen eigenen Verkehr, der typischerweise mit Belästigungen verbunden ist. Vielmehr haben die Meinungsäußerungsfreiheit und das aus ihr folgende Recht der Verbreitung von Meinungen keinen spezifischen Raumbezug. Als Individualrecht steht sie dem Bürger vom Grundsatz her überall dort zu, wo er sich jeweils befindet.

b) Die angegriffenen Entscheidungen bestätigen das von der Beklagten erteilte Flughafenverbot und legen dieses dahingehend aus, dass der Beschwerdeführerin ein Betreten und eine Nutzung des Flughafens nur nach Maßgabe der Flughafenbenutzungsordnung erlaubt sind, die ihrerseits das Verteilen von Flugblä ttern und sonstigen Druckschriften von einer vorab einzuholenden Erlaubnis abhängig macht. Der Beschwerdeführerin wird damit der Zutritt zu dem – der Öffentlichkeit sonst allgemein zugänglichen – Flughafen dann verwehrt, wenn sie dort Flugblätter verteilen will. Hierin liegt seitens der – unmittelbar grundrechtsgebundenen – Beklagten ein Eingriff in die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG.

2. Die Meinungsfreiheit ist – wie die Versammlungsfreiheit – nicht unbeschränkt gewährleistet. Vielmehr findet sie ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen. Zu diesen zählen insbesondere auch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches einschließlich des aus § 903 Satz 1 und § 1004 BGB abzuleitenden Hausrechts. Grundsätzlich kann damit die Beklagte Beschränkungen der Meinungskundgabe im Bereich des Flughafens auf ihr Hausrecht stützen.

3. Gesetze, auf deren Grundlage die Meinungsfreiheit beschränkt wird, sind jedoch – wie für die Versammlungsfreiheit dargelegt – ihrerseits im Lichte des eingeschränkten Grundrechts auszulegen. Hierbei ist der für eine freiheitlich demokratische Ordnung konstituierenden Bedeutung der Meinungsfreiheit Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 7, 198 <208 f.>; 101, 361 <388>; stRspr). Insbesondere sind die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu beachten.

a) aa) Eingriffe in die Freiheit der Meinungskundgabe bedürfen zunächst eines legitimen Zwecks. Es gilt Entsprechendes wie zur Versammlungsfreiheit: Auch für die Einschränkung der Meinungsfreiheit ist die Beklagte angesichts ihrer unmittelbaren Grundrechtsbindung und der damit korrelierenden fehlenden Möglichkeit, sich im Verhältnis zur Beschwerdeführerin auf eigene Grundrechte zu berufen, in der Ausübung ihres Hausrechts grundsätzlich begrenzt. Sie darf dieses nicht wie private Bürger prinzipiell nach Gutdünken zur Durchsetzung ihrer Interessen verwenden. Vielmehr darf sie es nur insofern zur Unterbindung von Meinungskundgaben ausüben, als dieses öffentlichen Interessen dient.

Deshalb kann das Verbot des Verteilens von Flugblättern insbesondere auch nicht auf den Wunsch gestützt werden, eine „Wohlfühlatmosphäre“ in einer reinen Welt des Konsums zu schaffen, die von politischen Diskussionen und gesellschaftlichen Auseinandersetzungen frei bleibt. Ein vom Elend der Welt unbeschwertes Gemüt des Bürgers ist kein Belang, zu dessen Schutz der Staat Grundrechtspositionen einschränken darf (vgl. BVerfGE 102, 347 <364>). Unerheblich sind folglich Belästigungen Dritter, die darin liegen, dass diese mit ihnen unliebsamen Themen konfrontiert werden. Erst recht ausgeschlossen sind Verbote zu dem Zweck, bestimmte Meinungsäußerungen allein deshalb zu unterbinden, weil sie von der Beklagten nicht geteilt, inhaltlich missbilligt oder wegen kritischer Aussagen gegenüber dem betreffenden Unternehmen als geschäftsschädigend beurteilt werden.

Nicht verwehrt ist es der Beklagten demgegenüber, kraft ihres Hausrechts das Verteilen von Flugblättern und sonstigen Formen von Meinungsäußerungen insoweit einzuschränken, als dies zur Gewährleistung der Sicherheit und Funktionsfähigkeit des Flugbetriebs erforderlich ist. Wie für die Versammlungsfreiheit liegt hierin auch im Hinblick auf die Meinungsäußerungsfreiheit ein gewichtiges Gemeingut, das Grundrechtseingriffe rechtfertigen kann.

bb) Die Einschränkungen der Meinungskundgabe müssen zur Erreichung des Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein. Dies schließt es jedenfalls aus, das Verteilen von Flugblättern im Flughafen generell zu verbieten oder von einer Erlaubnis abhängig zu machen. Demgegenüber sind Beschränkungen, die sich auf bestimmte Orte, Arten oder Zeitpunkte der Meinungskundgabe beziehen, zur Verhinderung von Störungen nicht grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. Supreme Court of Canada, Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada, <1991> 1 S. C. R. 139, S. 86 ff.; Supreme Court of the United States, International Society for Krishna Consciousness <ISKCON> v. Lee, 505 U.S. 672 <1992>, S. 699 ff.). Wie im öffentlichen Straßenrecht kann die Nutzung der Flughafenflächen zur Verbreitung von Meinungen nach Maßgabe funktionaler Gesichtspunkte begrenzt und geordnet werden. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG verbietet insoweit nicht, dass die Verbreitung von Meinungen partiell oder für bestimmte Formen untersagt oder beschränkt wird. Es kommt hierbei nicht anders als im öffentlichen Straßenraum auf die räumlichen Verhältnisse und die Beeinträchtigung der verschiedenen Nutzungszwecke, insbesondere auf die Abläufe in Bezug auf die Luftverkehrsfunktion des Flughafens, an.

Nach diesen Maßstäben ist die Beklagte nicht generell daran gehindert, zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Flughafenbetriebs in bestimmten Bereichen wie beispielsweise auf der Luftseite hinter den Sicherheitskontrollen oder im Bereich von Rollbändern das Verteilen von Flugblättern erlaubnispflichtig zu machen oder gegebenenfalls auch ganz zu untersagen. Demgegenüber ist ein Verbot von Meinungskundgaben überhaupt oder auch eine umfassende Erlaubnispflicht, die das bloße Verteilen von Flugblättern einschließt, jedenfalls in den Bereichen, die als Räume öffentlicher Kommunikation ausgestaltet sind, unverhältnismäßig. Hier gelten für die unmittelbar an die Grundrechte gebundene Beklagte dieselben Grundsätze wie in Fußgängerzonen im öffentlichen Straßenraum. Das Grundgesetz gewährleistet die Möglichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung prinzipiell an allen Orten allgemeinen kommunikativen Verkehrs. Werden solche Räume dem allgemeinen Zugang eröffnet, muss in ihnen auch den Kommunikationsgrundrechten Rechnung getragen werden. Im Übrigen

kommt es darauf an, wieweit die Meinungskundgabe die Funktionsabläufe nachhaltig zu stören geeignet ist. Untersagt werden kann das Verteilen von Flugblättern im Einzelfall im Übrigen etwa auch dann, wenn diese ihrem Inhalt nach darauf ausgerichtet sind, den Flughafenbetrieb zu behindern, und hierdurch ernsthafte Störungen konkret zu befürchten sind; in Betracht kommt dieses etwa bei Aufrufen und Appellen zu Verstößen gegen die Sicherheitsbestimmungen des Flughafens oder des Luftverkehrsrechts.

b) Die angegriffenen Entscheidungen genügen diesen Anforderungen nicht. Sie bestätigen das Flughafenverbot auch mit Blick auf das in ihm enthaltene generelle und unbegrenzte Verbot gegenüber der Beschwerdeführerin, künftig ohne vorherige Erlaubnis im Frankfurter Flughafen Flugblätter zu verteilen. Unabhängig von der Rechtmäßigkeit der von der Beschwerdeführerin früher durchgeführten Flugblattaktionen, die nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind, ist ein in dieser Art allgemeines und von konkreten Störungen des Flughafenbetriebs unabhängiges Verbot unverhältnismäßig.

IV. Ob die angegriffenen Entscheidungen darüber hinaus weitere Grundrechte der Beschwerdeführerin verletzen, kann dahinstehen, weil bereits die Verletzung von Art. 8 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zur Aufhebung der angegriffenen Entscheidungen führt.

V. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 34a Abs. 2 BVerfGG.

Die Entscheidung ist mit 7 : 1 Stimmen ergangen.

Abweichende Meinung des Richters Schluckebier zum Urteil des Ersten Senats vom 22. Februar 2011 – 1 BvR 699/06 –

Ich stimme dem Urteil nicht zu. Die Verfassungsbeschwerde hätte nach meinem Erachten jedenfalls im Blick auf die geltend gemachte Verletzung des Versammlungsgrundrechts ohne Erfolg bleiben müssen. Hierzu und zu weiteren aus meiner Sicht wesentlichen Erwägungen des Urteils bemerke ich:

Die unmittelbare Grundrechtsbindung der Fraport Aktiengesellschaft halte auch ich *im Ergebnis* für richtig. Die von der Senatsmehrheit dafür gegebene Begründung ist jedoch nicht hinreichend differenziert, weil sie nicht darauf abstellt, ob die verschiedenen öffentlichen Träger als Minderheitsgesellschafter die Koordinierung ihrer gesellschaftsrechtlichen Einflusspotentiale sichergestellt haben. Die stattdessen angeführten Gründe sind nicht genügend tragfähig (I.). Die Ausdehnung des Schutzbereichs des Grundrechts der Versammlungsfreiheit in die Abfertigungshallen des Flughafengebäudes des Frankfurter Flughafens hinein als einem öffentlichen Forum überzeugt nicht (II.). Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Art. 8 GG berücksichtigt der Senat die Besonderheiten der räumlichen Enge und der Betriebsamkeit eines internationalen Großflughafens in seiner vielfältigen Fragilität sowie das dort weitgehend unausweichliche Betroffensein einer ganz außergewöhnlich großen Zahl anderer Grundrechtsträger nicht angemessen. Er gewichtet diese Umstände nicht realitätsgerecht (III.). Das Ergebnis, die Beanstandung der angegriffenen zivilgerichtlichen Entscheidungen für die hier im Ausgangsverfahren in Rede stehende Kleinversammlung von nur wenigen Personen, wäre bei insoweit zulässig erhobener Rüge auch unter Heranziehung des Gleichbehandlungsgrundsatzes begründbar gewesen, weil die Fraport AG in der Vergangenheit auch andere kleinere und die Betriebsabläufe nicht störende Versammlungen geduldet oder erlaubt hat (IV.).

I. 1. Die unmittelbare Grundrechtsbindung einer sogenannten gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft (hier: der Fraport AG) als Folge einer Beherrschung durch verschiedene Träger staatlicher Gewalt, die je für sich jedoch – neben privaten Anteilseignern – nur Minderheitsgesellschafter sind, lässt sich grundsätzlich nur dann begründen, wenn die öffentlichen Anteilseigentümer ihre addierten Anteile am Grundkapital einer rechtlich verbindlichen Koordination ihrer Einflusspotentiale unterworfen haben oder sonst ein Interessengleichlauf sichergestellt ist. Nur dann sind die Voraussetzungen einer Beherrschung (sogenannte Mehrmütterherrschaft) erfüllt. Diese Voraussetzung, die auch in den vom Senat in Bezug genommenen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften angelegt ist (vgl. § 17 AktG, Art. 2 Abs. 1 Buchstabe f Richtlinie 2004/109/EG), wird hier mit dem im Geschäftsbericht der Fraport AG (im Abschnitt „Abhängigkeitsbericht“) erwähnten Konsortialvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland, dem Land Hessen und einer Beteiligungsgesellschaft der Stadt Frankfurt am Main erfüllt sein. Der Senat sieht indessen vom Erfordernis einer solchen rechtsverbindlichen Vereinbarung zur Koordinierung der Einflusspotentiale ab und verlangt auch keine sonstige, in den tatsächlichen Verhältnissen gründende ausreichend sichere Grundlage für eine Interessenkoordination, die im Gesellschaftsrecht für die Annahme einer Beherrschung anerkannt ist (vgl. etwa Hüffer, AktG, 9. Aufl. 2010, § 17 Rn. 13–16). Dies wäre aber erforderlich gewesen, um den Begriff der Beherrschung mit Substanz zu füllen.

Die Bundesrepublik Deutschland, das Land Hessen und über eine städtische Beteiligungsgesellschaft die Stadt Frankfurt am Main waren bei Erteilung des Flughafenverbots im Jahr 2003 je für sich nur als Minderheitsgesellschafter an der Fraport AG beteiligt. Gleiches gilt gegenwärtig noch für das Land und die mittelbar beteiligte Stadt. Es liegt auf der Hand, dass die „öffentlichen Anteilseigentümer“ – freilich je für sich grundrechtsgebunden – hinsichtlich des Flughafens divergierende, möglicherweise sogar gegenläufige Interessen verfolgen können, zumal sie auch von politisch unterschiedlichen Mehrheiten bestimmt sein können. Unter diesen Umständen geht es nicht an, die bloße Addition der Anteile verschiedener Träger staatlicher Gewalt unterschiedlicher staatlicher Ebenen auf mehr als 50% für die unmittelbare Grundrechtsbindung *der Gesellschaft selbst* genügen zu lassen. Die vom Senat angenommene „Gesamtverantwortung“ und „Beherrschung“ läuft damit für den Ausgangsfall darauf hinaus, allein den Entschluss zur Beteiligung an der Aktiengesellschaft als Grund für die „Gesamtverantwortung“ heranzuziehen. Das wird weder den gesellschaftsrechtlichen noch den lebenstatsächlichen Gegebenheiten gerecht.

2. Die stattdessen vom Senat gegebene Begründung erscheint mir nicht genügend tragfähig:

Die Senatsmehrheit erachtet die gesellschaftsrechtlichen Einwirkungsbefugnisse als vielfach beschränkt und geht ganz allgemein davon aus, dass die Einwirkungsbefugnisse der öffentlichen Eigentümer bei von ihnen im Sinne einer summierten Anteilsmehrheit beherrschten gemischtwirtschaftlichen Unternehmen – wohl unabhängig von der Gesellschaftsform – ungeeignet seien, die Grundrechtsbindung solcher Unternehmen zu ersetzen. Deswegen statuiert sie die unmittelbare Grundrechtsbindung auch der Fraport AG als „vollziehende Gewalt“ im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG, um ein Einwirkungsdefizit auszugleichen oder von vornherein für unerheblich zu erachten. Darin liegt ein argumentativer Bruch: Werden einerseits etwaige mangelnde Steuerungs- und Einwirkungsmöglichkeiten der staatlichen Anteilseigner in Rechnung gestellt, leuchtet es nicht ein, andererseits gerade deshalb und auch für einen solchen Fall die Aktiengesellschaft selbst der vollziehenden Gewalt im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG zuzuordnen.

Die Senatsmehrheit erzeugt mit ihrer Begründung zugleich ein Spannungsverhältnis zu Art. 20 Abs. 2 GG. Danach ist die „vollziehende Gewalt“ als ausgeübte Staatsgewalt an die Legitimation durch das Volk gekoppelt. Mit der demokratischen Legitimation der „vollziehenden Gewalt“ verknüpft Art. 20 Abs. 2 GG das Gebot hinreichender Einflussmöglichkeiten. Ist das staatlich beherrschte gemischtwirtschaftliche Unternehmen „vollziehende Gewalt“, muss sein Handeln notwendig demokratisch hinreichend legitimiert sein (vgl. Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 20 <Demokratie> Rn. 136 ff.). Unzureichende Einwirkungsmöglichkeiten der staatlichen Träger gewährleisten indessen die demokratische Legitimation nicht genügend. Den Widerspruch zwischen der postulierten Grund-

rechtsbindung wegen eines etwaigen Einwirkungsdefizits und einem gleichzeitig mit einem solchen Defizit verbundenen Mangel an demokratischer Legitimation löst die Senatsmehrheit gerade bezogen auf den aktienrechtlichen Ausgangsfall nicht auf. Von ihrem Standpunkt aus hätte sie sich aufgrund ihrer Prämisse, die öffentlichen Anteilseigentümer könnten auf die Geschäftsleitung der Fraport AG möglicherweise nur unzureichend einwirken, überdies mit der Zulässigkeit insbesondere eines aktienrechtlichen Engagements von Gebietskörperschaften in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sowie deren Voraussetzungen und näherer Ausgestaltung auseinandersetzen müssen (vgl. dazu auch Dreier, a. a.O., Art. 20 <Demokratie> Rn. 138, 140).

II. Die Ausdehnung des Schutzbereichs des Grundrechts der Versammlungsfreiheit in die Abfertigungshallen des Flughafengebäudes des Frankfurter Flughafens hinein als einem öffentlichen Forum überzeugt nicht.

1. Das Versammlungsgrundrecht verschafft kein Zutrittsrecht zu beliebigen Orten, gewährt insbesondere keinen Zutritt zu Orten, die der Öffentlichkeit nicht allgemein zugänglich sind oder zu denen schon den äußeren Umständen nach nur zu bestimmten Zwecken Zugang gewährt wird. Von diesen Grundsätzen geht zunächst auch die Senatsmehrheit aus, erweitert jedoch das Zutrittsrecht für Versammlungen auf sogenannte „öffentliche Foren", die der Öffentlichkeit allgemein eröffnet und zugänglich sind. Diese will sie von Stätten abgegrenzt wissen, die der Allgemeinheit den äußeren Umständen nach nur zu ganz bestimmten Zwecken zur Verfügung stehen oder *ganz überwiegend* nur einer bestimmten Funktion dienen. Sie ordnet den landseitigen Bereich in den Abfertigungshallen eines Großflughafens der Kategorie eines allgemein zugänglichen öffentlichen Forums zu und spricht dem Flughafenbetreiber insoweit das Recht zu einer eingeschränkten Widmung ab, die Versammlungen ausschließt.

2. Schon auf der Grundlage dieser abstrakten Umschreibung des Schutzbereichs durch die Senatsmehrheit wären die Abfertigungshallen eines Großflughafens vom Schutzbereich auszunehmen gewesen. Denn diese Flughafenterminals dienen *ganz überwiegend* nur einer bestimmten Funktion, nämlich der Abfertigung von Flugreisenden; sie schaffen zwar auch weitere Angebote für diese, für Abholer und Zubringer wie auch weitere Interessierte. Die dort vorhandene Gastronomie und die Ladengeschäfte dienen aber ganz überwiegend der Versorgung der Reisenden, der Abholer und der Zubringer mit Reisebedarf nach den Standards des 21. Jahrhunderts im internationalen Vergleich. Dass der Flughafenbetreiber die Laden- und Gastronomiebereiche auch offensiv bewirbt, ändert angesichts des allgemeinen Eindrucks und der alle anderen Besucherzahlen in den Hintergrund drängenden Zahlen von Fluggästen und Bring- wie Abholbegleitern eines Großflughafens nichts daran, dass die „Funktion Flughafen" absolut dominant ist. Die Terminals stehen also *ganz überwiegend* nur zu bestimmten Zwecken zur Verfügung; der beworbene „Marktplatz- und Forumscharakter" ändert daran nichts. Unter diesen Umständen kann von einem Kommunikationsforum, das öffentlichen Straßen und Plätzen vergleichbar wäre, keine Rede sein.

3. Überdies leuchtet nicht ein, dass der grundrechtsgebundene Flughafenbetreiber mit der grundsätzlichen Öffnung der Terminals für die Allgemeinheit sein Recht einbüßen sollte, bestimmte Nutzungsarten auszuschließen. Das überzeugt schon deshalb nicht, weil der Senat selbst für bestimmte Funktionsbereiche ausdrücklich eine einschränkende, willensentschließungsgestützte Zweckbestimmung nach wie vor – auf Grundlage des zivilrechtlichen Eigentums – für statthaft erachtet.

Der Senat führt für die Ausweitung des Schutzbereichs im Kern nur die Erwägung an, es werde „heute die Kommunikationsfunktion der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze" zunehmend durch öffentliche Foren im Sinne der Definition der Senatsmehrheit „ergänzt". Dies ist eine wertende Betrachtung, die gegenwärtig empirisch nicht genügend belegt ist. Seit langem sind großen Bahnhöfen oder Flughäfen Ladenpassagen und Gastronomiebetriebe eingegliedert – vornehmlich zur Deckung von Reisebedürfnissen –, ohne dass dies bislang als eine beachtliche „Kommunikationsraumkonkurrenz" zum öffentlichen Straßenraum als Versammlungsort angesehen worden wäre oder gar zu einer Entwertung des öffentlichen Straßenraums als Versammlungsort geführt hätte. Gegenwärtig besteht kein Anlass zu befürchten, die Kommunikationsfunktion der herkömmlich im Allgemeingebrauch befindlichen öffentlichen Straßenräume werde ausgehöhlt oder gar systematisch zurückgeführt. Sollten sich in Zukunft Anhaltspunkte dafür ergeben, der Staat suche durch eine formelle oder materielle Privatisierung des öffentlichen Raums die für Versammlungen zur Verfügung stehenden Flächen merklich zu beschneiden, oder sollte eine Entwicklung eintreten, die die Bedeutung des öffentlichen Straßenraums als Versammlungsstätte sonst spürbar schmälert, mag dies Anlass für eine Neubewertung sein. Derzeit rechtfertigen die tatsächlichen Gegebenheiten die von der Senatsmehrheit vollzogene Ausdehnung des Schutzbereichs nicht.

4. Die Urteilsgründe befördern ein Verständnis, das die Einbeziehung auch ausschließlich privat getragener Foren in den Schutzbereich des Versammlungsgrundrechts nahelegt. Das ergibt sich schon daraus, dass sie im Zusammenhang mit der Frage der Grundrechtsbindung wie auch der Öffnung sogenannter Foren die Inpflichtnahme (ausschließlich) privater Eigentümer erwähnen, obwohl der Ausgangsfall – zumal nach der ausführlichen Begründung für die unmittelbare Grundrechtsbindung der Fraport AG – an sich keinen Anlass bietet, hierauf einzugehen. Dabei wird weitgehend ausgeblendet, dass bei solcher Fallgestaltung das Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG) eine grundrechtliche Gegenposition verbürgt, auf die sich unmittelbar grundrechtsgebundene, „öffentlich beherrschte" Unternehmen nicht berufen können. Dessen ungeachtet würde die Kollisionslage zwischen beiden Grundrechten durch die in Rede stehende Ausweitung des Schutzbereichs des Art. 8 GG generell auch auf die allgemeinen Verkehrsflächen von Foren wie Einkaufszentren, Ladenpassagen und Begegnungsstätten von vornherein auf der Schutzbereichsebene zugunsten des Versammlungsgrundrechts vorentschieden. Das Eigentumsgrundrecht könnte bei einer solchen Sichtweise wohl allein noch auf der Rechtfertigungsebene in Bezug auf die Art und Weise der Durchführung der Versammlung berücksichtigt werden. Da in den Urteilsgründen angedeutet wird, dass möglicherweise auch Private einer der staatlichen Gewalt ähnlichen oder angenäherten Grundrechtsbindung unterzogen werden könnten, würde das im Ergebnis dazu führen, den privaten Eigentümer trotz einer nur mittelbaren Drittwirkung so in die Pflicht zu nehmen, als gelte Art. 8 GG ihm gegenüber unmittelbar mit dem von der Senatsmehrheit ausgedehnten Schutzbereich. Eine tragfähige Rechtfertigung dafür bleibt offen.

Die in den Urteilsgründen mit den obiter dicta zur Inpflichtnahme Privater und zu der ganz allgemeinen Einbeziehung auch von Foren in „Einkaufszentren, Ladenpassagen und Begegnungsstätten" angelegte Erstreckung des Schutzbereichs des Versammlungsgrundrechts auch auf Foren in ausschließlich privater Trägerschaft deutet im Übrigen darauf hin, dass die Senatsmehrheit die rechtspolitischen Vorstellungen, die der Arbeitskreis Versammlungsrecht seinem Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes zugrunde gelegt hat (vgl. Arbeitskreis Versammlungsrecht, Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, Enders/Hoffmann-Riem/Kniesel/Poscher/Schulze-Fielitz <Hrsg.>, 2011, dort § 21 und S. 60 ff.), im Wege der Verfassungsinterpretation aufgreift.

III. Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Art. 8 GG berücksichtigt der Senat – auf der Grundlage seines Schutzbereichsverständnisses – die Besonderheiten der räumlichen Enge und der Betriebsamkeit eines internationalen Großflughafens in seiner vielfältigen Fragilität sowie das hier weitgehend unausweichliche Betroffensein einer ganz außergewöhnlich großen Zahl anderer Grundrechtsträger nicht angemessen und gewichtet dies nicht realitätsgerecht.

Die Senatsmehrheit erstreckt den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit auf ein „öffentliches Forum“, das mangels funktional-räumlicher Abgrenzung in einem unmittelbaren Zusammenhang mit den landseitigen Funktionsflächen des größten internationalen Verkehrsflughafens der Bundesrepublik Deutschland steht. Mit den landseitigen Bereichen der Abfertigungsterminals wird eine Versammlungsstätte an einem Ort eröffnet, der durch eine dem Reisefieber geschuldete Betriebsamkeit auf engstem, umbautem Raum gekennzeichnet ist und wegen seiner herausragenden Bedeutung für den Passagierflugverkehr als „Drehkreuz“ weltweit Bedeutung hat. Eine bloß geringfügige Beeinträchtigung kann schnell in eine erhebliche, weitgreifende Betriebsstörung umschlagen, die dann – zumal beim Erforderlichwerden der Schließung eines Terminals – wegen der dichten Vernetzung des Luftverkehrs auf viele andere Flughäfen und deren Passagiere überwirken kann (Kettenreaktion). Wegen der weitgehenden Unausweichlichkeit beeinträchtigender Folgen für eine außergewöhnlich große Zahl von Flugreisenden und damit anderen Grundrechtsträgern, die von ihrer Freizügigkeit und allgemeinen Handlungsfreiheit Gebrauch machen wollen, können diese durch Störungen der Funktionsabläufe und eine etwa erforderlich werdende Schließung des Terminals eines Großflughafens nach Zahl und Intensität weit empfindlicher getroffen werden, als das bei Versammlungen auf öffentlichen Straßen und Plätzen regelmäßig der Fall ist. Angesichts der Enge und Dichte von Menschenansammlungen, die mit vielfach geschäftiger Betriebsamkeit einhergeht, liegt zudem auf der Hand, dass Versammlungen, die über solche von kleinen, überschaubaren Gruppen hinausgehen, zu Abwehr- und Unmutsreaktionen sich behindert fühlender, eiliger Fluggäste führen können. Weiter liegt nahe, dass Flucht- und Rettungswege verstellt werden und schon ein räumliches Ausweichen bei Versammlungen, die erheblichen Zulauf erfahren, anders als unter wirklich freiem Himmel nur begrenzt möglich erscheint. Überdies scheint mir die von der Senatsmehrheit in Betracht gezogene Auflösung einer „zu groß werdenden“ Versammlung in einem Terminal unter den Gegebenheiten besonderer Enge bei realitätsgerechter Betrachtung mit weiteren großen Risiken verbunden.

Hinzu kommt, dass die Erweiterung des Schutzbereichs auf das Innere der Terminals gerade wegen der Fragilität des Systems „Großflughafen“ und der Vielzahl der für das Versammlungsziel erreichbaren Menschen eine besonders große Medienwirkung und eine Vervielfachung des kund getragenen Anliegens verspricht, den Großflughafen also als Versammlungsort in spezifischer Weise besonders „attraktiv macht“. Gerade deshalb bedarf er im Blick auf die Grundrechte der ihn – im Sinne seiner eigentlichen Bestimmung – nutzenden anderen Grundrechtsträger eines besonderen Schutzes. Diese Umstände erkennt grundsätzlich auch die Senatsmehrheit an und erachtet versammlungsbeschränkende Maßnahmen unter weniger strengen Bedingungen als im öffentlichen Straßenraum für möglich. Darüber hinaus hätte indes Anlass bestanden, stringentere, vor allem konkretere Hinweise zu ortsspezifischen Einschränkungsmöglichkeiten bei der Durchführung von Versammlungen zu geben. Deshalb wäre es meines Erachtens auch vom Standpunkt des Senats aus angezeigt gewesen, die Befugnis des Gesetzgebers zu verdeutlichen, für solche speziellen, in vielfältiger Hinsicht fragilen „Foren“ unter Beachtung des Gewichts des Grundrechts der Versammlungsfreiheit, aber im Blick auf die hier in besonderer Weise zu beachtenden Grundrechte Dritter auch schon im Versammlungsrecht selbst ein deutlich einschränkenderes Regime einführen zu können. Dabei sollte es dem Gesetzgeber möglich sein, ähnlich wie dem Flughafenbetreiber in seiner Flughafenbenutzungsordnung, auch zu generalisierenden Regelungen zu greifen, die sich von einer konkreten Gefahrenprognose lösen dürfen. Darüber hinaus wäre es geboten gewesen, die Anforderungen an die Friedlichkeit einer Versammlung im Hinblick auf den konkreten Versammlungsort näher zu konkretisieren. Es hätte weiter der Klarstellung bedurft, dass zulässige Beschränkungen der Versammlungsfreiheit etwa von vornherein zahlenmäßige Begrenzungen auf Kleingruppen und den Ausschluss von Umzügen in den Flughafengebäuden vorsehen können.

IV. Die in Betracht zu ziehende Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) bei der Ausübung des Hausrechts durch die Fraport AG hätte der Verfassungsbeschwerde zum Erfolg verhelfen können, weil der Flughafenbetreiber zuvor andere kleinere Versammlungen geduldet hatte. Eine entsprechende Rüge ist indessen mit der Verfassungsbeschwerdeschrift nicht in zulässiger Weise erhoben worden.

§§ 434, 437, 441 BGB
Kauf; bebautes Grundstück; Mieterträge und aufzuwendende Betriebskosten als Beschaffenheit des Grundstücks; Mangel; Kaufpreisminderung; Schadensersatzanspruch des Käufers

Schlägt der Anspruch des Käufers auf Herabsetzung des Kaufpreises wegen eines Mangels der Kaufsache fehl, weil der Betrag der Minderung in Anwendung der in § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB bestimmten Berechnungsmethode nicht ermittelt werden kann, kann der Käufer – auch wenn er gegenüber dem Verkäufer die Minderung erklärt hat – den ihm durch den Mangel entstandenen Vermögensschaden als Schadensersatz nach § 437 Nr. 3 i.V.m. § 281 Abs. 1 BGB geltend machen.

(BGH, Urteil vom 5. 11. 2010 – V ZR 228/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin kaufte auf Grund einer Auktion mit notariellem Vertrag vom 9. Dezember 2004 von der Beklagten fünf in B. belegene Grundstücke eines ehemaligen Industriegeländes, die u. a. mit einem Fabrikgebäude und einem Produktions- und Lagergebäude bebaut sind, zu einem Preis von 2.000.000 €.

2 In den Kaufvertrag wurde der Katalogauszug des Auktionshauses einbezogen und als Inhalt des Vertrags bestimmt. Dieser enthielt unter anderem folgende Angaben zum Versteigerungsobjekt: Nutzfläche des 1938 errichteten, unter Denkmalschutz stehenden ehemaligen Fabrikgebäudes 45.900 m², vermietete Teilfläche 7823 m². Jahresbruttokaltmiete ca. 228.449 €, darin enthalten sind Betriebskostenpauschalen der Mieter für die gemieteten Flächen; vom Eigentümer für das Gesamtareal (inklusive nicht vermieteter Flächen) im Jahr 2003 zu zahlende Betriebskosten ca. 46.108 €. Nutzfläche des neuen, als Kunstzentrum genutzten Lagerhauses 2088 m², davon 1620 m² vermietet; Jahresbruttokaltmiete ca. 80.000 €, darin enthalten sind Betriebskostenpauschalen der Mieter, vom Eigentümer (inklusive nicht vermieteter Flächen) im Jahr 2003 zu zahlende Betriebskosten ca. 11.180 €.

3 In den notariellen Kaufvertrag einbezogen wurden ferner die Versteigerungsbedingungen des Auktionshauses. Diese enthalten einen Gewährleistungsausschluss wegen aller Ansprüche und Rechte des Erwerbers wegen Sachmängeln des Grundstücks und des Gebäudes und die Bestimmung, dass, soweit der Veräußerer dem Auktionshaus oder dem Auktionator Angaben oder Zusicherungen über das Objekt und die tatsächlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse gemacht habe, diese zugunsten des künftigen Erwerbers gelten.

4 In den in dem Katalogauszug ausgewiesenen Beträgen für die von dem Eigentümer im Jahr 2003 gezahlten Betriebskosten waren die Heizkosten und die Aufwendungen für den Hausmeister, die Stadtreinigung und den Schornsteinfeger nicht erfasst.

5 Die Klägerin erklärte die Minderung des Kaufpreises, weil sich die tatsächlichen Betriebskosten auf 91.432 € statt angegebener 57.288 € belaufen hätten. Sie hat von der Beklagten die Zahlung von 399.028 € zzgl. Zinsen als Minderung, hilfsweise als Schadensersatz verlangt. Das Landgericht Berlin hat die Klage abgewiesen; das Kammergericht hat die Berufung der

Klägerin zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

6 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht geht davon aus, dass die Klägerin das Objekt auf der Grundlage unzutreffender Angaben der Beklagten über die im Jahr 2003 von dem Eigentümer gezahlten Betriebskosten erworben hat. Deswegen hält es einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Minderung des Kaufpreises für möglich, weil die in einem Kaufvertrag enthaltenen und zum Gegenstand der Verhandlungen gemachten Angaben über tatsächlich erzielte Mieterträge regelmäßig als Zusicherung einer Eigenschaft zu verstehen seien.

7 Bei Durchführung der Beweisaufnahme habe sich jedoch ergeben, dass es auf Grund der Besonderheiten des zu beurteilenden Objekts nicht möglich sei, die von der Klägerin behauptete Wertminderung anhand der unrichtigen Angaben der Beklagten über die Einnahme- und Ausgabesituation im Jahr 2003 zu verifizieren. Bei einer auf das gesamte Objekt bezogenen Gesamtkalkulation eines Investors seien die auf einen tatsächlichen Vermietungsstand von unter 19% der vermietbaren Fläche bezogenen Betriebskosten zu vernachlässigen, zumal bei diesem Objekt der Ertragsanteil der Gebäude wegen hoher notwendiger Investitionen negativ ausfalle und der Ertragswert des Grundstücks unter dem Bodenwert des fiktiv unbebauten Grundstücks liege.

8 Die von der Klägerin beanspruchte Minderung könne deshalb nicht festgestellt werden. Aus denselben Gründen könne auch nicht festgestellt werden, dass die Klägerin durch die Zahlung des vereinbarten Kaufpreises einen Schaden erlitten habe.

9 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

10 1. Das Berufungsurteil ist im Ausgangspunkt richtig. Der Klägerin steht wegen der in dem Kaufvertrag falsch (nämlich zu niedrig) angegebenen Betriebskosten gegen die Beklagte ein Anspruch nach § 441 Abs. 4 Satz 1, § 346 Abs. 1 BGB wegen Minderung des Kaufpreises dem Grunde nach zu.

11 a) Davon gehen im Ansatz sowohl die Revision als auch die Erwiderung aus, die mit dem Berufungsgericht die in dem Katalogauszug genannten Mieterträge und die Betriebsausgaben als von der Beklagten zugesicherte Eigenschaften des Grundstücks ansehen. Eine der Haftung für zugesicherte Eigenschaften nach § 459 Abs. 2, § 463 Satz 1 BGB aF entsprechende Gewährleistungspflicht des Verkäufers gibt es auch nach den neuen, auf den im Jahre 2004 geschlossenen Kaufvertrag nach Art. 229 § 5 Abs. 1 Satz 1 EGBGB anzuwendenden Kaufrechtsvorschriften, wenn der Verkäufer gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1, § 276 Abs. 1 Satz 1 BGB das Vorliegen einer bestimmten Beschaffenheit der Kaufsache garantiert hat (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 132; BGH, Urteile vom 16. März 2005 – VIII ZR 130/04, juris Rn. 8 und vom 29. November 2006 – VIII ZR 92/06, BGHZ 170, 86, 91 f. Rn. 20 mwN).

12 b) Die aus der Bewirtschaftung eines bebauten, vermieteten Grundstücks erzielten Mieterträge und die aufzuwendenden Betriebskosten gehören zu den Eigenschaften, die Gegenstand einer von den Kaufvertragsparteien vereinbarten Beschaffenheit des Grundstücks nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB sein können und deren Vorhandensein der Verkäufer garantieren kann.

13 Das entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Senats zu § 459 Abs. 2 BGB aF (Urteile vom 8. Februar 1980 – V ZR 174/78, NJW 1980, 1456, 1457; vom 7. Dezember 1988 – V ZR 91/87, NJW 1989, 1795; vom 3. November 1989 – V ZR 154/88, NJW 1990, 902; vom 24. Oktober 1997 – V ZR 187/96, NJW 1998, 534 und vom 30. März 2001 – V ZR 461/99, NJW 2001, 2551, 2552), an der auch nach der Schuldrechtsmodernisierung festzuhalten ist. Da durch die Neuregelung des Gewährleistungsrechts in der Schuldrechtsmodernisierung die Unterschiede im früheren Recht zwischen den Fehlern (§ 459 Abs. 1 BGB aF) und zusicherungsfähigen Eigenschaften (§ 459 Abs. 2 BGB aF) eingeebnet (BT-Drucks. 14/6040, S. 210) und die Möglichkeiten für eine privatautonome Vereinbarung dessen, was der Verkäufer nach § 433, § 434 BGB als Erfüllung des Vertrags schuldet, erweitert werden sollten (BT-Drucks. 14/6040, S. 212; zu alledem: Schmidt-Räntsch, AnwBl. 2003, 529, 531), kann jedenfalls jede nach früherem Recht zusicherungsfähige Eigenschaft einer Sache im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB aF nunmehr eine Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB sein (Bamberger-Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 434 Rn. 12; Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl., § 434 Rn. 12; Staudinger/Matuschke-Beckmann, BGB ‹2004›, § 434 Rn. 42; Gruber, MDR 2002, 433, 435 f.; Roth, NJW 2004, 330, 331; Wunderlich, WPM 2002, 981, 983; der abweichenden Ansicht von Huber, AcP 202 ‹2002›, 179, 226; Grigoleit/Herresthal JZ 2003, 118, 122 und 124; Erman/Grunewald, BGB 12. Aufl., § 434 Rn. 3, nach der nur die körperlichen Eigenschaften der Sache und die dieser auf Dauer anhaftenden Umstände tatsächlicher, rechtlicher und wirtschaftlicher Art als Beschaffenheit anzusehen sein sollen, ist aus den vorstehenden Gründen nicht zu folgen).

14 b) Die Angaben über die Mieten und die Betriebskosten in dem Katalogauszug wurden nach den Bestimmungen in dem Notarvertrag ausdrücklich durch Verlesen der Verkäufererklärungen in der Anlage und deren Beifügen zur Vertragsurkunde als Inhalt des Kaufvertrags vereinbart.

15 c) Die Kaufsache war danach mangelhaft. Ihr fehlte eine vertraglich bestimmte Beschaffenheit, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Betriebskosten im Vorjahr des Verkaufs (2003) um 34.144 € über dem Betrag lagen, von dem ein Kaufinteressent nach den Zahlenangaben der Beklagten in dem Katalogauszug über die von dem Eigentümer zu tragenden Betriebskosten ausgehen musste.

16 d) Darauf, ob die zum Inhalt des Kaufvertrags bestimmten Angaben durch die Einbeziehung des Katalogauszugs in den Kaufvertrag von der Beklagten zugesichert (= garantiert) waren (so die std. Rechtsprechung des Senats zu den Erklärungen des Verkäufers über erzielte Mieten: Urteile vom 8. Februar 1980 – V ZR 174/78, NJW 1980, 1456, 1457; vom 19. September 1980 – V ZR 51/78, NJW 1981, 45, 46; vom 3. November 1989 – V ZR 154/88, NJW 1990, 902, 903; vom 26. Februar 1993 – V ZR 270/91, NJW 1993, 1385 und vom 5. Oktober 2001 – V ZR 275/00, NJW 2002, 208, 209 [= WuM 2002, 283 KL], wobei auch für die von der Beklagten durchgeführten Verkäufe im Wege freiwilliger Versteigerungen nichts anderes gilt – Senat, Urteil vom 5. Oktober 2001 – V ZR 275/00, NJW 2002, 208, 209), kommt es hier nicht an, weil das Recht des Käufers auf Kaufpreisminderung nach § 441 BGB eine Garantie des Verkäufers nicht voraussetzt und der vereinbarte Gewährleistungsausschluss in den Kaufvertrag einbezogenen Versteigerungsbedingungen des Auktionshauses sich nicht auf die Ansprüche des Käufers wegen falscher Angaben des Verkäufers über die Mieterträge und die Betriebskosten erstreckt.

17 Dies ergibt eine Auslegung der Auktionsbedingungen, die der Senat selbst vornehmen kann. Bei diesen Bestimmungen handelt es sich um eine Regelung in Allgemeinen Versteigerungsbedingungen, die für eine unbestimmte Vielzahl von Grundstücksauktionen gelten. Solche Klauseln sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (Senat, Urteile vom 8. November 2002 – V ZR 78/02, VIZ 2003, 240, 241 und vom 29. Mai 2009 – V ZR 201/08, NJW-RR 2010, 63, 64). Für einen Haftungsausschluss, der von der gesetzlichen Regelung abweicht, die die beiderseitigen Interessen angemessen gewichtet, gilt im Zweifel der Grundsatz der engen Auslegung (Senat, Urteil vom 24. Januar 2003 – V ZR 248/02, NJW 2003, 1316, 1317).

18 Vor diesem Hintergrund stellt sich die besondere Regelung in den Auktionsbedingungen über die Erklärungen zu den Mieten und den Betriebskosten in dem Katalog, die als Angaben und Zusicherungen zugunsten des künftigen Erwerbers gel-

ten sollen, als eine Ausnahme von dem zuvor bestimmten allgemeinen Haftungsausschluss dar. Ein Bieter (und späterer Käufer) wird eine solche Klausel in den Versteigerungsbedingungen so verstehen, dass er auf diese Angaben des Verkäufers vertrauen und sein Gebot auf deren Grundlage abgeben darf.

19 2. Soweit das Berufungsurteil einen Anspruch der Klägerin auf Teilrückzahlung des Kaufpreises (§ 437 Nr. 2 i.V.m. § 441 Abs. 4 BGB) mangels Verifizierbarkeit eines Minderungsbetrags verneint hat, hält es allerdings den Angriffen der Revision nicht stand.

20 a) Richtig ist auch hier der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass eine Minderung des Kaufpreises nach § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB eine Differenz zwischen dem Wert der Sache in mangelfreiem Zustand und ihrem tatsächlichen Wert voraussetzt und daher entfällt, wenn sich die beiden Werte decken (Jauernig/Chr. Berger, BGB, 13. Aufl., § 441 Rn. 6; Münch- Komm-BGB/H.P. Westermann, BGB, 5. Aufl., § 441 Rn. 13).

21 b) Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht sei seiner Pflicht nicht nachgekommen, bei der Beweiswürdigung zu prüfen, ob das Gutachten allgemein anerkannte Grundsätze für die Ermittlung des Verkehrswerts von Grundstücken beachtet hat (vgl. Senat, Urteile vom 17. Mai 1991 – V ZR 104/90, NJW 1991, 2698 und vom 12. Januar 2001 – V ZR 420/99, NJW-RR 2001, 732, 733). Auch nach den Darlegungen der Revision lässt sich ein Verstoß gegen diese Pflicht des Tatrichters nicht feststellen.

22 Das Berufungsgericht hat – entgegen der Ansicht der Revision – nicht verkannt, dass bei der Wertermittlung im Ertragswertverfahren nach § 17 WertV nur die nachhaltig erzielbaren Mieteinnahmen zu berücksichtigen sind, worunter die Mieten zu verstehen sind, die bei einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Grundstücks in überschaubarer Zeit erzielt werden (Senat, Urteile vom 25. Oktober 1996 – V ZR 212/95, NJW 1997, 129, 130 und vom 5. Oktober 2001 – V ZR 275/00, NJW 2002, 208, 212 [=WuM 2002, 283 KL]).

23 Die zwischen den Parteien streitige Frage, welche Mieten – hier vor allem bei dem nur teilweise vermieteten, renovierungsbedürftigen und denkmalgeschützten Fabrikgebäude – nachhaltig erzielbar und daher der Ermittlung des Ertragswerts des Grundstücks zugrunde zu legen sind, ist auch in den Wertermittlungsvorschriften nur unvollständig geregelt (Garbe, Wertermittlungsreform, S. 36). Von daher widerspricht es auch nicht anerkannten Grundsätzen der Wertermittlung, wenn das Berufungsgericht – dem Sachverständigen folgend – bei der Ertragswertermittlung die erst nach erheblichen Investitionen zu erwirtschaftenden Mieten unter Abzug der für die Renovierung und die Modernisierung aufzuwendenden Kosten als nachhaltig erzielbare Einnahmen angesehen hat.

24 c) Mit Erfolg macht die Revision jedoch geltend, dass das Berufungsgericht sich nicht mit den Einwendungen der Klägerin gegen die Grundlagen einer solchen Ermittlung des Ertragswerts des Grundstücks auseinandergesetzt hat, mit der es die Feststellbarkeit einer Differenz zwischen den Ertragswerten des Grundstücks mit und ohne den Mangel verneint hat.

25 Die Beweiswürdigung des Tatrichters kann von dem Revisionsgericht zwar nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht sich dem Gebot des § 286 ZPO entsprechend mit dem Streitstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (Senat, Urteil vom 9. Juli 1999 – V ZR 12/98, NJW 1999, 3481, 3482). Die Beweiswürdigung in dem angefochtenen Urteil hält jedoch auch diesem beschränkten Prüfungsmaßstab nicht stand, weil es an einer Auseinandersetzung mit den von der Klägerin vorgetragenen Beweiseinreden vollständig fehlt.

26 aa) Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht sich mit dem Einwand der Klägerin nicht befasst hat, der auf einer hypothetischen Vermietung von 80% der vermietbaren Flächen des Fabrikgebäudes ermittelte Ertragswert beruhe auf einer irrealen Prämisse, wenn dafür Investitionen von über 10 Millionen Euro erforderlich seien, der daraus erzielbare, kapitalisierte Mietertrag aber auch danach nur 8,8 Millionen Euro betrage. Das Berufungsgericht hat den unter Hinweis auf diese Zahlen erhobenen Einwand der Klägerin in seinem Urteil nicht erwähnt, obwohl es sich aufdrängt, dass Investitionen in einem solchen Umfang im Hinblick auf den zu erwartenden (geringeren) Ertrag nicht ordnungsgemäßer Bewirtschaftung entsprechen, so dass die mit einem solchen Kostenaufwand verbundenen Mieteinkünfte auch keine aus dem Grundstück nachhaltig erzielbaren Einnahmen im Sinne des § 17 WertV sind.

27 bb) Ebenfalls zu Recht beanstandet die Revision, dass es für die Berechnung der Minderung nach § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt, bei der das Fabrikgebäude zu über 80% leer stand. Dies führt zwar nicht dazu, dass jede künftige (hypothetische) Verbesserung der Vermietungssituation bei der Ermittlung der zu vergleichenden Ertragswerte der verkauften Grundstücke mit und ohne den Mangel außer Betracht bleiben müsste. Maßgebend sind solche Erwartungen aber nur, wenn sie bereits am Wertermittlungsstichtag Einfluss auf die zu vergleichenden Ertragswerte des Grundstücks mit und ohne den Mangel haben. Dazu ist nichts festgestellt. Dass nach den hier zu berücksichtigenden Umständen (insbesondere dem Bauzustand der Gebäude und der Nachfrage nach Lagerraum) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von einer sofortigen Verbesserung der Ertragslage bei der Bewirtschaftung durch einen anderen als die Beklagte auszugehen war, dürfte nach dem von dem Berufungsgericht dafür für erforderlich gehaltenen hohen Investitionsaufwand von über 10 Millionen Euro eher unwahrscheinlich sein.

28 3. Die Unvollständigkeiten in der Beweiswürdigung des Berufungsgerichts betreffen die Grundlagen bei der Ermittlung des Ertragswerts der Gebäude. Ihre Beantwortung ist ohne eine dem Tatrichter vorbehaltene erneute Anhörung desselben Gutachters (§ 411 Abs. 3 ZPO) oder die Einholung eines neuen Gutachtens (§ 412 Abs. 1 ZPO) nicht möglich. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

29 Bei der Bestimmung der für die Berechnung einer Minderung zu vergleichenden Werte des Grundstücks mit der vereinbarten und mit seiner tatsächlichen Beschaffenheit wird weiter zu berücksichtigen sein, in welchem Umfang die leerstandsbezogenen Ertragsausfälle bei einer den wirklichen Verhältnissen Rechnung tragenden Ertragswertermittlung zu berücksichtigen sind (vgl. Kleiber, Verkehrswertermittlung von Grundstücken, ImmoWertV § 8 Rn. 255 ff. und 319 ff.).

30 III. Für die neue Verhandlung weist der Senat darauf hin, dass der von der Klägerin hilfsweise geltend gemachte Schadensersatzanspruch nach § 437 Nr. 3 i.V.m. § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB nicht mit der Begründung verneint werden kann, dass die Klägerin – wenn ein Minderwert der Sache wegen des Mangels nach § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht festzustellen ist – auch keinen Schaden erlitten habe.

31 a) Das ist bereits im Ausgangspunkt nicht richtig, weil der nach § 311a Abs. 2 BGB von dem Verkäufer zu ersetzende Schaden – im Unterschied zu § 441 BGB – nicht in dem Minderwert der verkauften Sache besteht, sondern durch die Wertdifferenz im Vermögen des Käufers zwischen dem hypothetischen Vermögensstand, wenn die Sache bei Gefahrübergang mangelfrei gewesen wäre, und dem Vermögensstand, wie er sich infolge des Sachmangels tatsächlich darstellt, bestimmt wird (BGH, Urteil vom 19. Mai 1993 – VIII ZR 155/92, NJW 1993, 2103, 2104).

32 Der Käufer kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der Verkäufer ordnungsgemäß erfüllt hätte und die Sache mangelfrei gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2007 – VIII ZR 16/07, BGHZ 174, 290, 293). Be-

steht der Mangel darin, dass die Erträge geringer und die Betriebskosten einer vermieteten Sache höher als im Kaufvertrag vereinbart sind, kann der Käufer die ihm dadurch entstehenden Mehrkosten von dem Verkäufer als Schadensersatz auch dann beanspruchen, wenn die Voraussetzungen für eine Minderung nach § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht verifiziert werden können.

33 b) Ein Schadensersatzanspruch nach § 437 Nr. 3, § 311a Abs. 2 Satz 1 BGB wäre auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Klägerin von der Beklagten die Minderung des Kaufpreises verlangt hat.

34 aa) Allerdings ist streitig, ob die Minderung nach § 441 Abs. 1 Satz 1 BGB, die abweichend von dem früheren Recht ein Gestaltungsrecht des Käufers ist (BT-Drucks. 14/6040, S. 234, 235), für diesen in dem Sinne bindend ist, dass er – wenn er einmal die Minderung des Preises erklärt hat – wegen des Mangels von dem Verkäufer nicht mehr Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 281 BGB verlangen kann (so Palandt/Weidenkaff, BGB, 69. Aufl., § 441 Rn. 8; PWW/D. Schmidt, BGB, 5. Aufl., § 441 Rn. 6; Staudinger/Matuschke-Beckmann, BGB ‹2004›, § 441 Rn. 1; Lögering, MDR 2009, 664, 666; a.A. für die Zulässigkeit eines Wechsels zum Schadensersatzanspruch: MünchKomm-BGB/H.P. Westermann, 5. Aufl., § 437 Rn. 51; OLG Stuttgart, ZGS 2008, 479, 480; Berscheid, ZGS 2009, 17, 18; Derleder, NJW 2003, 998, 1002; Wertenbruch, JZ 2002, 862, 863; für eine gleichzeitige Geltendmachung von Minderung und sog. kleinem Schadensersatz: Bamberger-Roth/Faust, BGB, 2. Aufl., § 437 Rn. 164; Erman/Grunewald, BGB, 12. Aufl., § 437 Rn. 48; Althammer/Löhnig, AcP 202 ‹2002›, 520, 540).

35 bb) Diese Rechtsfrage braucht hier nicht generell entschieden zu werden. Jedenfalls dann, wenn die Minderung fehlschlägt, weil der Betrag der Minderung in Anwendung der in § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB bestimmten Berechnungsmethode nicht ermittelt werden kann, ist der Käufer, der infolge des Mangels tatsächlich einen Vermögensschaden erlitten hat, berechtigt, seinen Schaden im Wege des kleinen Schadensersatzes geltend zu machen, auch wenn er bereits die Minderung erklärt hat. Andernfalls würde nämlich der Zweck der Vorschriften über die Gewährleistung des Verkäufers bei einem Mangel insgesamt verfehlt, weil der Verkäufer den vollen Kaufpreis behielte, obwohl er seine Verpflichtung zur mangelfreien Leistung nach § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht erfüllt hat, der Käufer dagegen keinen Ausgleich bekäme, obwohl er durch den Mangel eine Vermögenseinbuße erlitten hat.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 307 BGB
Carsharing; Transparenz der Haftungsklausel im Teilnutzungsvertrag; Unfallschaden; Selbstbehalt

Zur Transparenz einer Klausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Carsharing-Unternehmens, die im Schadensfalle eine Haftung des Vertragspartners in Höhe eines vereinbarten Selbstbehalts vorsieht.

(BGH, Urteil vom 23. 2. 2011 – XII ZR 101/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, die ein Carsharing-Unternehmen betreibt, verlangt von der Beklagten restlichen Schadensersatz aufgrund eines von der Beklagten verursachten und verschuldeten Verkehrsunfalls. Zwischen den Parteien bestand bis 31. Mai 2007 ein Teilnutzungsvertrag, der die Beklagte zur vorübergehenden Nutzung von Fahrzeugen der Klägerin berechtigte.

2 Dem Vertrag lagen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin zugrunde, die folgende Klausel enthielten:

„§ 13 Versicherungen

1. Alle Fahrzeuge sind haftpflicht- und kaskoversichert.

2. Wird ein Fahrzeug während der Nutzungszeit des Teilnehmers beschädigt oder verursacht der Teilnehmer einen Schaden, haftet er hierfür im Rahmen der Selbstbeteiligung, deren Höhe der Tarifordnung zu entnehmen ist. Ausgenommen hiervon sind Fälle höherer Gewalt. Eine in diesem Vertrag geregelte weitergehende Haftung bleibt hiervon unberührt."

3 Die Beklagte verursachte einen Verkehrsunfall, wodurch am Fahrzeug der Klägerin ein Schaden in Höhe von 308,75 € und an dem Fahrzeug des Unfallbeteiligten ein Schaden in Höhe von 1261,44 € entstand.

4 Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin von der Beklagten die nach der Tarifordnung vorgesehene Selbstbeteiligung in Höhe von 770 €. Sie hat auf diese Forderung die von der Beklagten hinterlegte Kaution in Höhe von 490 € sowie die Erstattung der vorausgezahlten Monatspreise für die Monate Juni 2007 bis Dezember 2007 in Höhe von insgesamt 77 € verrechnet, woraus die Klageforderung in Höhe von 203 € resultiert.

5 Das Amtsgericht Hannover hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos.

6 Mit der vom Berufungsgericht [LG Hannover] zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Klagebegehren in vollem Umfang weiter.

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

8 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin verstoße gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und sei daher unwirksam. Das Transparenzgebot verpflichte den Verwender, Rechte und Pflichten seines Vertragspartners in allgemeinen Geschäftsbedingungen möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Der Grundsatz von Treu und Glauben gebiete auch, dass eine in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen für den anderen Vertragsteil soweit erkennen lasse, wie dies nach den Umständen gefordert werden könne. Diesen Anforderungen werde § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin nicht gerecht. Da sich die streitgegenständliche Klausel am Satzanfang auf Fahrzeuge der Teilnehmergemeinschaft beziehe, sei für einen aufmerksamen und sorgfältigen Vertragspartner nicht mit der erforderlichen Klarheit zu erkennen, dass von dieser Klausel auch Haftpflichtschäden umfasst sein sollen. Die Formulierung im zweiten Satzteil des § 13 Nr. 2 sei mehrdeutig. Insgesamt unterscheide die Klausel zwischen einer Beschädigung des genutzten Fahrzeugs der Teilnehmergemeinschaft einerseits und einem durch den Benutzer verursachten Schaden andererseits. In diesem zweiten Satzteil werde jedoch nicht deutlich gemacht, ob nur für Schäden am Fahrzeug der Teilnehmergemeinschaft oder auch für Schäden an anderen Rechtsgütern gehaftet werden solle. Mit dieser Verletzung des Transparenzgebots gehe auch die Gefahr einer inhaltlichen Benachteiligung der Vertragspartner der Klägerin einher.

9 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot aus § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist.

10 1. Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen sind daher nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen (Senatsurteil BGHZ 162, 39 = NJW 2005, 1183, 1184 [= GuT 2005, 124 KL]). Dazu gehört auch, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (Senatsurteil vom 16. Mai 2007

– XII ZR 13/05 – NJW 2007, 2176 [= GuT 2007, 205] Rn. 14). Der Verwender muss somit die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschreiben, dass für ihn kein ungerechtfertigter Beurteilungsspielraum entsteht (BGHZ 164, 11 = NJW-RR 2005, 1496, 1498 und BGHZ 165, 12 = NJW 2006, 996, 997 f. mwN). Die Beschreibung muss für den anderen Vertragsteil nachprüfbar und darf nicht irreführend sein (Senatsurteil BGHZ 162, 39 = NJW 2005, 1183, 1184 [= GuT 2005, 124 KL]). Abzustellen ist bei der Bewertung der Transparenz einer Vertragsklausel auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT 2010, 23] Rn. 22; vom 7. Mai 2008 – XII ZR 5/06 = GuT 2008, 339 Rn. 18 und vom 16. Mai 2007 – XII ZR 13/05 – NJW 2007, 2176 [= GuT 2007, 205] Rn. 14). Dabei sind Allgemeine Geschäftsbedingungen nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden (Senatsurteil BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 [= GuT 2008, 436] Rn. 14).

11 2. Nach diesen Grundsätzen wird § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht gerecht. Die verfahrensgegenständliche Vertragsklausel lässt nicht mit der erforderlichen Klarheit erkennen, in welchem Schadensfall der Vertragspartner der Klägerin mit der vereinbarten Selbstbeteiligung haften soll.

12 a) Das Berufungsgericht hat zutreffend ausgeführt, dass der Wortlaut von § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin verschiedene Auslegungen zulässt. Während sich die Formulierung am Satzanfang der Klausel ihrem Wortlaut nach eindeutig auf Schäden an dem überlassenen Fahrzeug bezieht, spricht der anschließende Satzteil allgemein von einem Schaden, den der Vertragspartner der Klägerin verursacht hat. Von ihrem Wortlaut her kann sich diese Formulierung sowohl allein auf einen von dem Benutzer verursachten Schaden an dem überlassenen Fahrzeug als auch – weitergehend – auf einen von ihm verursachten Haftpflichtschaden beziehen. Für einen möglichen Vertragspartner der Klägerin ist es jedoch von erheblicher Bedeutung, ob er im Schadensfalle die gesamte Selbstbeteiligung nur erbringen muss, wenn an dem ihm überlassenen Fahrzeug ein Schaden mindestens in Höhe der vereinbarten Selbstbeteiligung entstanden ist, oder auch dann, wenn er, etwa bei einem von ihm verschuldeten Verkehrsunfall, Fremdschäden verursacht hat. Dies wird aus der verfahrensgegenständlichen Vertragsklausel nicht ausreichend deutlich. Ihr Wortlaut ließe sogar die Möglichkeit zu, dass ein Vertragspartner der Klägerin die Selbstbeteiligung doppelt erbringen muss, sollte etwa bei einem von ihm verursachten Verkehrsunfall sowohl an dem ihm überlassenen Fahrzeug als auch bei einem weiteren Unfallbeteiligten ein erheblicher Schaden entstanden sein.

13 b) Hinzu kommt, dass eine Selbstbeteiligung typischerweise nur bei der Kaskoversicherung vereinbart wird, weil dadurch die Versicherungsprämien reduziert werden können. Bei einer Kfz-Haftpflichtversicherung ist die Vereinbarung eines Selbstbehalts im Schadensfall dagegen unüblich. Auch aus diesem Grund wird ein Vertragspartner der Klägerin § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelmäßig dahingehend verstehen, dass er nur bei Schäden, die der Kaskoversicherung unterfallen, mit der vereinbarten Selbstbeteiligung haften muss.

www.gmbbl.de

Gemeinsames Beiblatt (GmBBl)

14 c) Damit kommt die Absicht der Klägerin, ihre Vertragspartner auch im Rahmen der Abwicklung von Haftpflichtschäden an Rechtsgütern Dritter in Höhe der Selbstbeteiligung in Anspruch zu nehmen, nicht ausreichend im Wortlaut der streitgegenständlichen Klausel zum Ausdruck. Zweifel bei der Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen gehen jedoch gemäß § 305 c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders. § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin genügt daher insbesondere nicht dem in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltenen Gebot, wonach allgemeine Geschäftsbedingungen die wirtschaftlichen Belastungen und Nachteile des Vertragspartners soweit erkennen lassen müssen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BGHZ 164, 11 = NJW-RR 2005, 1496, 1498 und BGHZ 165, 12 = NJW 2006, 996, 997 f. mwN).

15 3. Soweit die Revision die Auffassung vertritt, § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin enthalte eine Haftungsbegrenzung zugunsten des Vertragspartners auf die vereinbarte Selbstbeteiligung, weshalb er selbst bei einer Intransparenz der Klausel nicht durch die Regelung benachteiligt werde, kann dem nicht gefolgt werden.

16 a) Zwar wird überwiegend die Auffassung vertreten, dass die bloße Intransparenz einer allgemeinen Geschäftsbedingung allein noch nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners und damit zur Unwirksamkeit einer Klausel führen würde, sondern darüber hinaus die Gefahr einer inhaltlichen Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders hinzutreten müsse (Staudinger/Coester BGB ‹2006› § 307 Rn. 174; Palandt/Grüneberg BGB 70. Aufl. § 307 Rn. 20; Jauernig/Stadler BGB 13. Aufl. § 307 Rn. 6; Erman/ Roloff BGB 12. Aufl. § 307 Rn. 22; Bamberger/Roth/Schmidt BGB § 307 Rn. 26; Armbruster DNotZ 2004, 437, 439 f.; Artz JuS 2002, 528, 529; von Westphalen NJW 2002, 12, 17; differenzierend MünchKommBGB/Basedow 4. Aufl. § 307 Rn. 51; aA AnwKomm/Hennrichs ‹2000› § 307 BGB Rn. 9; Prütting/Wegen/Weinreich/Berger BGB 5. Aufl. § 307 Rn. 14; für die Zeit vor dem Inkrafttreten des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB vgl. BGHZ 147, 354 = NJW 2001, 2014, 2016 und BGHZ 148, 74 = NJW 2001, 2635, 2636). Im vorliegenden Fall ist diese Voraussetzung jedoch ebenfalls erfüllt.

17 b) Entgegen der Auffassung der Revision wird die Haftung des Vertragspartners durch § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin nicht auf die Höhe der vereinbarten Selbstbeteiligung begrenzt; die Haftung wird jedenfalls bei Schäden, die von dem Teilnehmer fahrlässig verursacht wurden, durch die Klausel erst begründet.

18 Dafür spricht nicht nur der Wortlaut der Vertragsklausel, sondern auch der Regelungszusammenhang mit weiteren Bestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin. In § 13 Nr. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin ist festgehalten, dass alle Fahrzeuge haftpflicht- und kaskoversichert sind. § 15 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin sieht eine Haftung des Teilnehmers nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vor. In einer Gesamtschau können diese beiden Regelungen aus der maßgeblichen Sicht eines verständigen und redlichen Vertragspartners (Senatsurteil BGHZ 178, 158 = NJW 2008, 3772 [= GuT 2008, 436] Rn. 14) nur dahingehend verstanden werden, dass er bei einem von ihm fahrlässig verursachten Schaden an dem überlassenen Fahrzeug selbst oder an fremden Rechtsgütern von jeglicher Haftung freigestellt ist und solche Schäden durch die von der Klägerin abgeschlossenen Versicherungen ausgeglichen werden. § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin schränkt die generelle Haftungsfreistellung des Vertragspartners jedoch wieder ein, indem auch bei fahrlässig verursachten Schäden eine Haftung in Höhe der vereinbarten Selbstbeteiligung vorgesehen wird. Daher hat die Klausel jedenfalls bei fahrlässig verursachten Schäden eine haftungsbegründende Wirkung, durch die der Vertragspartner konkret benachteiligt wird. Ob die Wirkung der Klausel bei grob fahrlässig oder vorsätzlich verursachten Schäden anders zu beurteilen

wäre, kann dahingestellt bleiben, weil nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts die Beklagte den Unfall nur aufgrund einfacher Fahrlässigkeit verursacht hat.

19 4. Da § 13 Nr. 2 Satz 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin somit bereits wegen des Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist, hat das Berufungsgericht die Klage bereits aus diesem Grund zu Recht abgewiesen. Ob der Anspruch der Klägerin bereits verjährt wäre, kann daher offen bleiben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 133, 157, 307, 535 BGB; § 2 PrKlG
Gewerberaummiete; Preisgleitklausel; Index-Konkretisierung; Vereinbarung über Zulässigkeit einer Mieterhöhung

a) Die Klausel im Gewerbemietvertrag vom September 2003 über Gewerberäume

„Mieterhöhung alle 4 Jahre, wenn Index 4% übersteigt"

ist unwirksam.

b) Der Vermieter hat keinen Anspruch, an Stelle dieser unwirksamen Klausel ohne weiteres die Zustimmung zu der Klausel

„Erhöht oder ermäßigt sich der Verbraucherindex um 4%, so erhöht oder ermäßigt sich der Mietzins entsprechend und ab dem Monat, in dem die Veränderung des Verbraucherindexes 4% erreicht, frühestens aber nach jeweils 4 Jahren."

zu verlangen.

(LG Augsburg, Urteil vom 27. 8. 2010 – 3 O 1539/09)

(OLG München, Hinweisbeschluss vom 19. 11. 2010 – 27 U 624/10)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten im Wege der Klage und Widerklage um die Wirksamkeit einer Mietvertragsklausel. Beide Klagen stützen sich auf den folgenden Sachverhalt.

Am 27. 9. 2003 schlossen die Parteien, der Kläger als Mieter, der Beklagte als Vermieter, einen Gewerberaummietvertrag über die im Eigentum des Beklagten stehenden Räume. Das Mietverhältnis begann am 1. 11. 2003 und ist bis zum 31. 10. 2015 befristet.

In dem von beiden Parteien unterzeichneten Formularmietvertrag befindet sich unter § 20 Ziffer 5 unter dem Titel „Weitere Vereinbarungen" folgende, vom Vermieter handschriftlich eingetragene Klausel: „Mieterhöhung alle 4 Jahre, wenn Index 4% übersteigt"

Mit Schreiben vom 12. 2. 2009 erhöhte der Beklagte die Mietzinsforderung um 110,22 Euro unter Bezugnahme auf die oben genannte Klausel. Mit Schreiben vom 1. 4. 2009 und 3. 4. 2009 widersetzte sich der Kläger gegen die Mieterhöhung.

Der Kläger ist der Ansicht, die streitgegenständliche Klausel sei unwirksam. Sie sei eine vom Beklagten gestellte allgemeine Geschäftsbedingung, die nicht klar und verständlich sei. Zudem meint er, dass sie ihn unangemessen benachteilige, da sie nur eine Mieterhöhung, nicht aber eine Reduzierung zuließe. Es läge also ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1, S. 2, Abs. 2 Nr. 1 BGB und § 2 Abs. 2, 3 Nr. 1 PrKlG vor.

Er beantragt daher festzustellen, dass die unter § 20 des zwischen den Parteien bestehenden Gewerberummietvertrages vom 27. 9. 2003 über die Gewerberäume befindliche Klausel „Mieterhöhung alle 4 Jahre, wenn Index 4% übersteigt" unwirksam ist.

Der Beklagte behauptet, die streitgegenständliche Formulierung sei allein auf Betreiben des Klägers bzw. nach Verhandlungen mit dessen Vater so in den Vertrag aufgenommen worden. Der Kläger sei mit einem Vorschlag des Beklagten hinsichtlich der Regelung der Mieterhöhung nicht einverstanden gewesen, woraufhin der Beklagte sich mit dem Gegenvorschlag des Klägers einverstanden erklärt habe. Der Vertrag mit dem Kläger sei der einzige von ihm abgeschlossene Vertrag, der diese Klausel enthielte.

Der Beklagte ist der Ansicht, der Anwendungsbereich des § 307 BGB sei nicht eröffnet, da es sich bei der Klausel um keine allgemeine Geschäftsbedingung, sondern um eine zwischen den Parteien ausgehandelte Einzelfallregelung handele. Die Klausel sei wirksam, der Kläger könne sich nicht auf Unwirksamkeit berufen, da er selbst diese Formulierung gewünscht habe.

Er meint auch, eine Auslegung der Klausel sei zwanglos möglich.

Er ist zudem der Ansicht, dass der Kläger im Falle der Unwirksamkeit der Klausel verpflichtet sei, einer wirksamen Klausel zuzustimmen.

Im Wege der Widerklage beantragt er: Der Kläger und Widerbeklagte wird verurteilt, an Stelle der in Ziffer 20. 5. des zwischen den Parteien bestehenden Mietvertrages vom 27. 09. 2003 über Zahnarzt-Praxis-Räumlichkeiten im Gebäude enthaltenen Klausel „Mieterhöhung alle 4 Jahre, wenn Index 4% übersteigt" mit Wirkung ab 1. 11. 2003 der Klausel „Erhöht oder ermäßigt sich der Verbraucherindex um 4%, so erhöht oder ermäßigt sich der Mietzins entsprechend und ab dem Monat, in dem die Veränderung des Verbraucherindexes 4% erreicht, frühestens aber nach jeweils 4 Jahren." zuzustimmen.

Der Kläger beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Aus den Gründen:

Landgericht Augsburg: A. I. Die Klage ist zulässig. Insbesondere steht dem Kläger das gem. § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse zu, da das von ihm angestrebte Ziel nicht anderweitig erreicht werden kann.

II. Die Klage ist begründet, da die vom Kläger angegriffene Klausel den Kläger unangemessen benachteiligt und daher unwirksam ist.

1. Ob es sich bei der vorliegend angegriffenen Klausel um eine allgemeine Geschäftsbedingung oder eine Individualvereinbarung handelt, ist unerheblich, da sie in beiden Fällen aus den selben Gründen unwirksam ist, weil sie den Verpflichteten unangemessen benachteiligt.

Die Frage, ob sich dies aus § 307 BGB oder aber aus § 2 Abs. 2, 3 Nr. 1 PrKlG ergibt, kann dahinstehen, da sich der Begriff der unangemessenen Benachteiligung und das darin enthaltene Transparenzgebot beider Vorschriften decken und die Klausel somit sowohl gegen das AGB-Recht, als auch gegen das Preisklauselgesetz verstößt.

a. Zum einen liegt ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vor, da die Klausel nicht klar und verständlich bzw. hinreichend bestimmt ist.

aa. Aus ihrer Formulierung ergibt sich nicht, an welchen Index der Mietzins gekoppelt sein soll (Verbraucherpreisindex des statistischen Bundesamtes; VPI des statistischen Landesamtes; VPI der Eurozone; VPI der Europäischen Union; andere, nicht Verbraucherpreisbezogene Indizes).

bb. Nicht klar ist auch um welchen Betrag er sich konkret erhöhen soll (um einen der Indexänderung entsprechenden Prozentsatz; um einen festgesetzten Prozentsatz; um einen bestimmten Betrag; um einen auszuhandelnden Betrag).

cc. Außerdem ist auch ein für die Berechnung erforderliches Basisjahr nicht genannt.

b. Zum anderen benachteiligt die Klausel den Kläger insofern unangemessen, als sie nur eine Erhöhung, nicht aber auch eine Herabsetzung des Mietzinses zulässt. In dieser Konstellation würde ein Absinken des maßgeblichen Index allein dem Vermieter zugute kommen, während er seine erhöhten Kosten im Falle eines Indexanstiegs über die Klausel auf den Mieter

umwälzen könnte. Eine solche Regelung geht allein zu Lasten eines Vertragsteils, der somit das volle Risiko bei „von außen kommenden" Veränderungen trägt, während der andere Teil auf Kosten seines Vertragspartners nur Vorteile genießt.

Eine derartige „Upwords only"-Klausel benachteiligt den Beklagten als Vertragspartner unangemessen (vgl. hierzu auch BGH WPM 2010, 481–484 [= WuM 2010, 260 KL PM]).

B. Die Widerklage ist zulässig, aber unbegründet.

I. Die vom Kläger gerügte Unzulässigkeit der Widerklage wegen einer potentiellen Rückwirkung des Antrags ist eine Frage der Begründetheit, nicht der Zulässigkeit.

II. Die Widerklage ist unbegründet, weil dem Widerkläger kein Anspruch auf Zustimmung des Widerbeklagten zu der Umformulierung der angegriffenen Klausel zusteht.

1. Der vom Beklagten geltend gemachte Anspruch auf Vertragsanpassung ergibt sich nicht aus § 20 Ziffer 4 des zwischen den Parteien geschlossenen Mietvertrages, da dieser im Falle der Unwirksamkeit einer Bestimmung auf die Anwendung der entsprechenden gesetzlichen Vorschriften verweist.

2. Ein Anspruch auf Vertragsanpassung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben kann grundsätzlich bestehen. Aufgrund der Unwirksamkeit der angegriffenen Klausel besteht eine Vertragslücke, deren Regelungsbedürftigkeit sich daraus ergibt, dass die Parteien in dem Mietvertrag zum Ausdruck bringen wollten, dass die zu Beginn des Mietverhältnisses vereinbarte Miete nicht dauerhaft gelten soll.

3. Ein solcher Anspruch auf Vertragsanpassung kommt jedoch nur in den Fällen in Betracht, in denen auch auf einen eindeutigen mutmaßlichen Parteiwillen geschlossen werden kann.

a. So hat beispielsweise das OLG Köln mit Urteil vom 9. 4. 1999, Az: 3 U 84/98, ZMR 1999, 633 einen Anspruch auf Vertragsanpassung bejaht. Hierbei handelte es sich ebenfalls um einen Mietvertrag über Gewerberäume, dessen Gleitklausel allerdings nur deshalb nicht genehmigungsfähig war, weil die Laufzeit die erforderlichen 10 Jahre nicht erreichte. Inhaltlich war die Klausel klar gefasst und ließ so nicht nur auf einen mutmaßlichen, sondern sogar auf einen eindeutigen Parteiwillen schließen.

b. Ähnlich lag der vom Beklagten zitierte, vom Bundesgerichtshof entschiedene Fall (XII ZR 141/07, vom 4. 3. 2009 NJW-RR 2009, 880 ff. [= GuT 2009, 92]): Gegenstand war hier eine von Anfang an wirksame Klausel über Mietanpassung, bei der lediglich der Anpassungsmaßstab weggefallen war bzw. durch eine Gesetzesänderung ersetzt wurde.

Eine Vertragsanpassung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung konnte hier deshalb bejaht werden, weil der Parteiwille bezüglich des Inhalts der Klausel auf der Hand lag: Die Anpassung der Miete entsprechend dem Anstieg bzw. Abfall des vom Bundesamt für Statistik ermittelten Index für die Lebenshaltung eines 4-Personen-Arbeitnehmer-Haushalts. Uneinig waren sich die Parteien lediglich darüber, wie die Mietzinsanpassung nach Umstellung des Anpassungsmaßstabs berechnet werden sollte. Maßgebend war somit, was die Vertragsparteien bei angemessener Interessenabwägung nach Treu und Glauben vereinbart hätten, wenn sie einen späteren Wegfall bzw. Umstellung des Index bedacht hätten.

c. Vorliegend ist aber gerade kein solcher Fall gegeben. Die vom Widerkläger beantragte Formulierung kann, obwohl sie eine zulässige Gleitklausel darstellt, nicht als Ersatz für die unwirksame Klausel herangezogen werden, da nicht erkennbar ist, ob diese konkrete Regelung dem mutmaßlichen Parteiwillen entsprochen hätte.

aa. Es ist vorliegend schon nicht klar, auf welchen Index sich die Parteien überhaupt beziehen wollten und in welcher Weise der Mietzins verändert werden sollte. Weder aus dem Mietvertragsentwurf, noch aus dem Mietvertrag selbst noch aus den Vorträgen der Parteien ergeben sich Anhaltspunkte hinsichtlich dieser Fragen. Es wäre widersprüchlich, aufgrund einer einerseits nicht hinreichend bestimmten bzw. nicht klar und verständlich formulierten Klausel andererseits auf einen daraus folgenden, mutmaßlichen Parteiwillen schließen und die Klausel dementsprechend auslegen zu wollen.

bb. Dem steht auch nicht der Vortrag des Widerklägers entgegen, eine eindeutige Auslegung sei zwanglos möglich, da er die Klausel bereits unwidersprochen angewandt habe. Er selbst führt weiterhin nämlich aus, dass sich der Widerbeklagte daraufhin auf die Unwirksamkeit der Klausel berufen habe und sich der Mieterhöhung widersetzte. Diese Umstände lassen gerade nicht auf einen mutmaßlichen Parteiwillen schließen, dem die vorgeschlagene Formulierung entspräche, da der Widerbeklagte damit zum Ausdruck gebracht hat, dass er die im Vertrag enthaltene Klausel so nicht gelten lassen wollte. Auf einen auf die verlangte Neuformulierung gerichteten mutmaßlichen Parteiwillen des Widerbeklagten ergeben sich daraus objektiv jedoch keine Schlüsse.

Es kann dem Beklagten und Widerkläger deshalb auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Preis- bzw. Mietänderungsrecht zugebilligt werden (vgl. hierzu und zu den Voraussetzungen einer derartigen geltungserhaltenden Reduktion BGH WPM 2010, 481–484 [= WuM aaO]).

2. Da der Anspruch nicht besteht, stellt sich auch die Frage nach der Rückwirkung eines stattgebenden Urteils nicht.

Oberlandesgericht München: Das Landgericht hat – insoweit rechtskräftig – der Klage stattgegeben, die Widerklage, mit der der Beklagte eine Verurteilung des Klägers zur Erteilung der Zustimmung zu einer Mietvertragsklausel erreichen wollte, aber mit der Begründung abgewiesen, ein Anspruch auf Vertragsanpassung ergebe sich nicht aus § 20 Ziffer 4 des Mietvertrages und aus Treu und Glauben komme ein solcher Anspruch nur in Betracht, wenn auf einen eindeutigen mutmaßlichen Parteiwillen geschlossen werden könne, was aber nicht der Fall sei.

Gegen diese Abweisung der Widerklage richtet sich die Berufung des Beklagten, der weiterhin die Verurteilung des Klägers erreichen will, an Stelle der für unwirksam erklärten Klausel mit Wirkung ab 1. 11. 2003 folgender Klausel zuzustimmen: „Erhöht oder ermäßigt sich der Verbraucherpreisindex um 4%, so erhöht oder ermäßigt sich der Mietzins entsprechend und ab dem Monat, in dem die Veränderung des Verbraucherpreis-Indexes 4% erreicht, frühestens aber nach jeweils 4 Jahren." Der Anspruch auf Vertragsanpassung ergebe sich schon aus § 20. 4 des Mietvertrages. Auch verkenne das Landgericht die Voraussetzungen der ergänzenden Vertragsauslegung und überspanne die Anforderungen an einen eindeutigen mutmaßlichen Parteiwillen. Wäre den Parteien bewusst gewesen, dass die Bezeichnung „Index" ohne weitere Benennung nicht konkret genug sei, hätten sie schon damals den Verbraucherpreis-Index für Deutschland (VPI) benannt. Im Übrigen wird auf die Berufungsbegründung Bezug genommen.

Die Berufung des Beklagten hat keine Aussicht auf Erfolg.

1. Aus § 20. 4 des Mietvertrages vom 27. 9. 2003 lässt sich ein Anspruch auf Erklärung der Zustimmung zu der gewünschten Vertragsklausel nicht herleiten. Die Bestimmung verweist auf die gesetzlichen Vorschriften, die eine Änderung der Miethöhe, wie sie sich der Beklagte vorstellt, gerade nicht vorsehen.

2. Richtig ist, dass bei unwirksamer Vereinbarung von Mieterhöhungen im Rahmen eines Gewerberaummietverhältnisses auch bei langfristigen Mietverhältnissen keine Mieterhöhung möglich wäre, wenn die Auslegung der Willenserklärungen und des Vertrages (§§ 133, 157 BGB) keinen Schluss auf einen entsprechenden übereinstimmenden Parteiwillen zulässt. Es verwirklicht sich dann das Risiko der Vertragspartei, die eine unwirksame Klausel vereinbart.

Selbst wenn der Verbraucherpreis-Index für Deutschland gemeint gewesen sein sollte, bliebe die Frage, in welcher Weise der Mietzins verändert werden sollte. Auch hierzu lässt sich der

getroffenen Vereinbarung keine Regelung entnehmen, da dort nur eine Mieterhöhung (in welcher Höhe?) alle 4 Jahre, „wenn Index 4% übersteigt“, vereinbart ist.

Vor allem aber hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 13. 1. 2010 (NJW-RR 2010, 1202 [= WuM 2010, 260 KL PM]) deutlich gemacht, dass eine ergänzende Vertragsauslegung nur dann in Betracht komme, wenn sich die mit dem Wegfall einer unwirksamen Klausel entstehende Lücke nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lasse und dies zu einem Ergebnis führe, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr in vertretbarer Weise Rechnung trage, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig – in der dortigen Entscheidung – zu Gunsten des Kunden verschiebe.

Von einer solchen Situation kann hier nicht ausgegangen werden. Auch wenn anders als in der vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fallgestaltung ein vom 1. 11. 2003 bis 31. 10. 2015 laufendes gewerbliches Mietverhältnis vorliegt, wird der Beklagte nicht dadurch in unvertretbarer Weise belastet, dass ihm ab November 2007 nach seiner Berechnung im Schreiben vom 12. 2. 2009 eine monatliche Netto-Kaltmiete von EUR 110,22 entgeht (statt verlangter EUR 1406,97 nur der vertraglich vereinbarte Betrag von EUR 1296,75). Es handelt sich dabei bezogen auf die gemietete Fläche von 175 qm um eine Erhöhung um EUR 0,63/qm. Von einer völlig einseitigen Verschiebung in nicht mehr vertretbarer Weise kann schon deshalb nicht gesprochen werden.

3. Der hypothetische Parteiwille ist Grundlage für die Ergänzung des Vertragsinhalts. Es ist darauf abzustellen, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten (s. Palandt-Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 157 Rdnr. 7 m.w.N.). Das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung darf aber nicht im Widerspruch zum tatsächlichen Parteiwillen oder zum Vertragsinhalt stehen. So ist sie ausgeschlossen, wenn die Parteien über den (scheinbar) regelungsbedürftigen Punkt bewusst eine abschließende Regelung getroffen haben (s. Palandt-Ellenberger, a. a.O., Rdnr. 8).

So ist der Fall hier gelagert. Vereinbart ist eine Klausel, die allerdings rechtskräftig für unwirksam erklärt wurde, weil sie den Kläger unangemessen benachteiligt, indem sie nur eine Erhöhung, nicht aber auch eine Herabsetzung des Mietzinses zulässt. Die Tatsache, dass sich nunmehr die Unwirksamkeit der vereinbarten Klausel herausgestellt hat, kann nicht dazu führen, im Wege einer Vertragsauslegung die unwirksame Klausel dadurch zu ersetzen, dass eine Klausel gewählt wird, die über den ursprünglichen vertraglichen Regelungsgehalt hinausgeht. Die Vertragsauslegung muss sich innerhalb des Rahmens der getroffenen Vereinbarung halten. Dies ist aber bei der vom Beklagten im Wege der Widerklage begehrten Klausel nicht der Fall, da diese ihrem Inhalt nach weiter geht als die vereinbarte Klausel.

4. und 5. Im Hinblick darauf besteht auch kein Anspruch gegen den Kläger auf Zustimmung zu dieser Klausel, so dass die Frage der Rückwirkung auf den Tag des Vertragsschlusses – 1. 11. 2003 – dahin gestellt bleiben kann.

Die Berufung des Beklagten hat damit keine Aussicht auf Erfolg. Ihre Rücknahme wird empfohlen. Da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts aufgrund mündlicher Verhandlung nicht erfordern, beabsichtigt der Senat, die Berufung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen.

www.gut-netzwerk.de

§§ 305c, 307, 535, 242 BGB
Gewerberaummiete; Nebenkosten; NK-Vorauszahlung; Umlage der Verwaltungskosten; überraschende Klausel; Transparenzgebot; Wirtschaftlichkeitsgebot

Die Klausel zur Umlage und Abrechnung der Vorauszahlungen von „Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung der Mietsache“ im Formularmietvertrag über Gewerberäume ist nicht überraschend und verstößt nicht gegen das Transparenzgebot. Vor überhöhten Forderungen ist der Mieter durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 4. 5. 2011 – XII ZR 112/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin begehrt von den Beklagten die Zahlung von Verwaltungskosten.

2 Im Jahr 2004 mieteten die Beklagten von der Klägerin gewerbliche Mieträume. Gemäß § 4 des Mietvertrages belaufen sich die Vorauszahlungen für Heizkosten auf 495 € und für Betriebskosten auf ebenfalls 495 € bei einer monatlichen Grundmiete von 5197,50 €. Hinsichtlich der Berechnung der Mietnebenkosten verweist der Mietvertrag auf seine Anlage 1. Diese enthält eine Aufstellung der einzelnen Betriebskosten. Unter Nr. 17 sind als sonstige Betriebskosten unter anderem „die Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung der Mietsache“ aufgeführt. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2006 erfolgte die Abrechnung der Betriebskosten für das Abrechnungsjahr 2005. Danach entfällt auf die Verwaltungsgebühren ein Betrag von 2652,80 €.

3 Das Amtsgericht Köln hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht Köln das amtsgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen.

4 Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Landgericht zugelassenen Revision.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Berufung und damit zur Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

6 I. Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, § 4 des Mietvertrages in Verbindung mit Nr. 17 der Anlage 1 zum Mietvertrag beinhalte eine unwirksame allgemeine Geschäftsbedingung. Es könne dahinstehen, ob diese Bestimmung bereits wegen unangemessener Benachteiligung der Mieter gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sei. Jedenfalls bedeute die Überbürdung von nicht bezifferten Hausverwaltungskosten auf die Beklagten durch eine allgemeine Geschäftsbedingung eine Überraschungsklausel gemäß § 305 c BGB und sei unwirksam, weil sie in ihrer konkreten Auswirkung von den Erwartungen des Vertragspartners des Verwenders deutlich abweiche und dieser mit ihr vernünftigerweise nicht habe zu rechnen brauchen.

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

8 Der Senat hat nach Erlass des angefochtenen Urteils entschieden, dass eine in einem gewerblichen Mietverhältnis vereinbarte – mit der hier streitgegenständlichen Klausel inhaltsgleichen – Formularklausel zur Umlage der „Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung“ nicht überraschend im Sinne von § 305 c Abs. 1 BGB ist und den Mieter auch nicht im Sinne von § 307 BGB unangemessen benachteiligt (Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT 2010, 23]; siehe auch Senatsurteil vom 24. Februar 2010 – XII ZR 69/08 – NJW-RR 2010, 739 [= GuT 2010, 96]).

9 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts handelt es sich bei der streitgegenständlichen Klausel nicht um eine Überraschungsklausel im Sinne des § 305 c BGB.

10 Die Umlegung von Verwaltungskosten auf den gewerblichen Mieter ist nicht so ungewöhnlich, dass dieser als Vertragspartner damit nicht zu rechnen brauchte. Etwas anderes ergibt sich weder aus der Art der Kosten noch aus den sonstigen Umständen (vgl. Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT 2010, 23] Rn. 9).

11 Die Frage der Einbeziehung der Klausel ist aufgrund des Vertragsinhalts zu beurteilen, § 305 c BGB. Dass die Bewertung der Klausel nicht von der Höhe der Kosten im Einzelfall und deren Verhältnis zu anderen Positionen abhängen kann, zeigt sich schon daran, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht feststehen muss, welche Kosten entstehen werden. Der Mieter ist insoweit vor überhöhten Forderungen durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt, das den Vermieter etwa dazu verpflichtet, den Mieter von der Umlegung nicht erforderlicher Kosten freizustellen (Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT aaO] Rn. 11). Der Vermieter kann die Verwaltungskosten im Rahmen des Ortsüblichen und Notwendigen umlegen. Daraus ergibt sich gleichzeitig, dass die Kosten nicht zu einem Überraschungseffekt führen. Wenn sie sich im Rahmen des Ortsüblichen halten, können sie von dem gewerblichen Mieter wenigstens im Groben abgeschätzt werden (vgl. Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT aaO] Rn. 12 mwN).

12 Das Berufungsgericht hat nicht in Frage gestellt, dass die in der Nebenkostenabrechnung vom 30. Oktober 2006 mit 5,5% der Bruttomiete veranschlagten Verwaltungskosten üblich sind. Demnach mussten die Beklagten als gewerbliche Mieter aufgrund der Beschreibung der Kostenposition („Kosten der kaufmännischen und technischen Hausverwaltung“) auch ohne zusätzliche Aufklärung oder Bezifferung der Kosten damit rechnen, dass Kosten in dieser Größenordnung anfallen werden (vgl. Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT aaO] Rn. 13).

13 Ebenso wenig verschleiert die streitgegenständliche Klausel in Verbindung mit den auf die Nebenkosten zu leistenden Vorauszahlungen die wahre Höhe der vom Mieter insgesamt zu tragenden Betriebskosten.

14 Ausweislich des vom Berufungsgericht in Bezug genommenen § 4 des Mietvertrages belaufen sich die Vorauszahlungen für Betriebskosten (ohne Heizkosten) auf 495 €. Dies ergibt einen Jahresbetrag von 5940 €. Demgegenüber beträgt der auf die Beklagten umgelegte Anteil der Hausverwalterkosten 2652,80 €. Zwar belaufen sich die – auf die Beklagten umgelegten – gesamten Betriebskosten (ohne Heizkosten) auf insgesamt 10.381,34 €. Daraus folgt aber nicht, dass die Klausel zur Umlage der Verwaltungskosten überraschend ist. Denn ein Mieter darf nicht ohne weiteres darauf vertrauen, dass sich die Kosten im Rahmen der Vorauszahlungen halten. Nach der Rechtsprechung des Senats begründet allein der Umstand, dass die vom gewerblichen Vermieter verlangten Betriebskostenvorauszahlungen die später entstandenen Kosten deutlich unterschreiten, noch keinen Vertrauenstatbestand, der wegen unzureichender Aufklärung eine Schadensersatzpflicht des Vermieters auslösen oder den Mieter aufgrund § 242 BGB zu einer Leistungsverweigerung berechtigten könnte. Ein solcher Vertrauenstatbestand erfordert vielmehr das Vorliegen besonderer Umstände (Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT aaO] Rn. 14 mwN). Besondere Umstände, die ein Vertrauen der Beklagten darauf rechtfertigen könnten, dass die abzurechnenden Kosten nicht – wesentlich – über den Vorauszahlungen liegen würden, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

15 Ein Überraschungseffekt ergibt sich auch nicht aus der Stellung der Klausel über die Verwaltungskosten im Rahmen der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Durch die Platzierung der Klausel in Nr. 17 wird auch im Zusammenhang mit der fehlenden Bezifferung der Kosten nicht der Eindruck erweckt, dass es sich um eine vergleichsweise unbedeutende Position handele. Zur weiteren Begründung nimmt der Senat auf seine Entscheidung vom 9. Dezember 2009 Bezug (Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT aaO] Rn. 16 ff.).

16 Schließlich folgt auch nicht aus einer Gesamtwürdigung der Umstände, hier also der im Mietvertrag nicht genannten konkreten Höhe der Verwaltungskosten sowie die niedriger festgesetzten Vorauszahlungen, dass die Klausel überraschend ist. Hätten die Beklagten nähere Angaben über die Kosten haben wollen, hätten sie insoweit nachfragen müssen (vgl. Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT aaO] Rn. 20).

17 2. Die Klausel benachteiligt die Beklagten als Mieter auch nicht unangemessen im Sinne von § 307 BGB.

18 a) Der Senat hat bereits entschieden, dass die Klausel nicht wegen Verstoßes gegen das – vom Berufungsgericht nicht erwogene – Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist (zur Begründung im Einzelnen siehe Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT aaO] Rn. 21 ff.; s. auch Senatsurteil vom 24. Februar 2010 – XII ZR 69/08 – NJW-RR 2010, 739 [= GuT 2010, 96] Rn. 7 ff.).

19 b) Ebenso wenig führt die Klausel zu einer unangemessenen Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Der Senat hat in seinem Urteil vom 9. Dezember 2009 ausgeführt, dass die Umlegung von Verwaltungskosten bei der Geschäftsraummiete nicht ungewöhnlich ist (Senatsurteil BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT 2010, 23] Rn. 10 mwN; s. auch Wolf/Eckert/Ball Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 10. Aufl. Rn. 511). Zudem erlaubt die streitgegenständliche Klausel dem Vermieter nur, die Verwaltungskosten im Rahmen des Ortsüblichen und Notwendigen umzulegen; demgemäß wird der Mieter – wie oben bereits ausgeführt – vor überhöhten Forderungen durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot geschützt (Senatsurteile BGHZ 183, 299 = NJW 2010, 671 [= GuT aaO] Rn. 11 f. und vom 24. Februar 2010 – XII ZR 69/08 – NJW-RR 2010, 739 [= GuT 2010, 96] Rn. 11).

20 III. Da die erforderlichen Feststellungen getroffen sind bzw. die der Klageforderung zugrundeliegenden Tatsachen unstreitig sind, kann der Senat abschließend in der Sache entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO.

21 Nach der vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Nebenkostenabrechung vom 30. Oktober 2006 entfielen an Betriebskosten für das hier streitgegenständliche Abrechnungsjahr 2005 insgesamt 10.381,34 €. Unter Berücksichtigung der Vorauszahlungen in einer Gesamthöhe von 5197,50 € ergibt sich zu Lasten der Beklagten eine Nachzahlung von 5183,84 €. Hiervon ist ihr Guthaben aus der Heiz-Wasserkostenabrechnung in Höhe von 3.395,94 € abzuziehen, so dass der vom Amtsgericht ausgeurteilte Zahlbetrag verbleibt.

22 Soweit die Beklagten in der mündlichen Verhandlung ausgeführt haben, in den Hausverwalterkosten seien auch nicht umlagefähige Kosten enthalten, fehlt es hierzu an Feststellungen seitens des Berufungsgerichts. Eine ordnungsgemäße Gegenrüge ist nicht erhoben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

www.gut-netzwerk.de

Fachleute auf den Gebieten Recht, Wirtschaft, Wettbewerb, Steuern, Miete, Leasing, Immobilien, Stadtentwicklung, Architektur, Politik und Kultur

im Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum

Erleichtern Sie Ratsuchenden die Kontaktaufnahme über das GuT-Netzwerk!

§§ 126, 550, 242, 280 BGB
Gewerberaummiete; Schriftform; Abänderung der Beheizungspflicht des Vermieters; Lebensmittelmarkt; befristeter Kündigungsausschluss; Rechtsanwaltskosten zur Kündigungsabwehr

Auf einen etwaigen Mangel der Schriftform kann sich die Partei des Gewerberaummietvertrags, die aus der Änderungsvereinbarung einen rechtlichen und tatsächlichen Vorteil hat, nicht berufen, um sich aus einem ihr inzwischen lästig gewordenen Mietvertrag zu lösen.

Vorgerichtlich aufgewendete Anwaltskosten zur Kündigungsabwehr sind dem Vertragspartner nicht zu erstatten, wenn der Kündigende die Plausibilität seines Rechtsstandpunkts in dem Mietverhältnis geprüft hat.

(OLG Bamberg, Urteil vom 2. 3. 2011 – 3 U 182/10)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um den Fortbestand eines Gewerberaummietverhältnisses. Dabei begehrt die Klägerin die Feststellung, dass dieses nicht durch Kündigungserklärungen der Beklagten vom 18. 5. 2009 und 9. 6. 2009 zum 31. 12. 2009 beendet worden ist sowie die Erstattung vorgerichtlich angefallener Rechtsverfolgungskosten in Höhe von 2118,44 €.

Die Klägerin hat mit Mietvertrag vom 11. 5. 2000, der mit Nachträgen vom 11. 5. 2000 und 12. 10. 2000 ergänzt wurde, Räumlichkeiten in einem noch zu errichtenden Lebensmittel- und Getränkemarkt sowie Kraftfahrzeug-Stellplätze von der Fa. F. gemietet. Das Mietverhältnis, das nach Übergabe der Räumlichkeiten am 15. 3. 2001 begann, wurde auf unbestimmte Zeit geschlossen und konnte von beiden Seiten erstmals zum Ende des 10. Mietjahres gekündigt werden. Mit einer am 25. 4. 2001 von der Fa. F., am 2. 5. 2001 von den Beklagten und am 16. 5. 2001 von der Klägerin unterzeichneten Vereinbarung kam es zu einem Vermieterwechsel und die Fa. F. schied als Vermieterin aus dem ursprünglichen Mietvertrag aus. Auf Wunsch der Beklagten wurde im Juli 2001 die ursprünglich im Mietvertrag vorgesehene Heizkostenabrechnung geändert. Im Mai 2003 änderten die Mietvertragsparteien die im Mietvertrag enthaltene Preisindexklausel einvernehmlich ab.

Mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 18. 5. 2009 und 9. 6. 2009 wurde das Mietverhältnis von der Vermieterseite gekündigt. Zur Abwehr der Kündigung sind der Klägerin Anwaltskosten in Höhe von 2118,44 Euro entstanden.

Zwischen den Parteien ist streitig, wer auf der Vermieterseite Vertragspartner geworden ist. Während die Klägerin die Auffassung vertritt, dies seien A. und B. persönlich, vertreten die Beklagten die Auffassung, Vermieterin sei die AB GbR. Außerdem streiten die Parteien darüber, ob der ursprünglich zwischen der Klägerin und der Fa. F. am 11. 5. 2000 für einen Zeitraum von zunächst 10 Jahren abgeschlossene Mietvertrag, der durch Nachtragsvereinbarungen vom 11. 5. 2000 und 12. 10. 2000 erweitert wurde und mit einer von der Fa. F. am 25. 4. 2001, den Beklagten am 2. 5. 2001 und der Klägerin am 16. 5. 2001 unterzeichneten Vereinbarung von den Beklagten übernommen wurde, wegen Nichteinhaltung der Schriftform mit der gesetzlichen Frist gekündigt werden konnte (§ 550 BGB).

Das Landgericht Bamberg hat auf Antrag der Klägerin festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis durch die Kündigungen der Beklagten nicht beendet wurde und bis zur ursprünglich vorgesehenen Vertragsablaufzeit fortbesteht. Außerdem hat es die Beklagten zum Ersatz der der Klägerin entstandenen vorgerichtlichen Anwaltskosten in Höhe von 2118,44 € nebst Zinsen verurteilt und den Beklagten als Gesamtschuldnern die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Kündigungen der Beklagten vom 18. 5. 2009 und 9. 6. 2009 hätten das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis nicht beendet.

Die Vertragsübernahme durch die Beklagten sei wirksam und in schriftlicher Form erfolgt. Der Mietvertrag wahre auch die für die Wirksamkeit der vereinbarten Laufzeit erforderliche äußere Schriftform.

Der Mietvertrag sei auch nicht deswegen als auf unbestimmte Zeit geschlossen und als von den Beklagten jederzeit ordentlich kündbar anzusehen, weil die Klägerin im Juli 2001 auf ausdrücklichen Wunsch der Beklagten zur Vereinfachung der Heizkostenabrechnung einen eigenen Gasversorgungsvertrag mit den Stadtwerken abgeschlossen habe und diese Abrede nicht etwa den Anforderungen der Schriftform entsprechend fixiert worden sei. Diese Änderung habe als unwesentliche Änderung nicht der Schriftform bedurft. Gleiches gelte, soweit die Parteien im März 2003 den vertraglich vereinbarten Preisindex durch einen neuen ersetzt hätten. Im Übrigen sei insoweit die Schriftform des § 550 S. 1 BGB auch durch das einverständliche Schreiben der Parteien vom 7./9. 5. 2003 gewahrt. Anspruch auf Bezahlung ihrer außergerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 2118,44 Euro (1,3 Gebühr aus Gegenstandswert in Höhe von 106.963,28 Euro, 20,00 Euro Auslagenpauschale und 19% Mehrwertsteuer) nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 10. 6. 2009 könne die Klägerin von den Beklagten nach §§ 280 Abs. 1, 311, 286 Abs. 1, 288 Abs. 1 BGB verlangen. Durch die unberechtigten Kündigungen hätten die Beklagten schuldhaft ihre Pflicht aus dem Mietverhältnis verletzt; sie seien daher zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Aus den Gründen: II. Die nach § 511 ZPO statthafte sowie form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung (§§ 517, 519, 520 ZPO) der Beklagten hat in der Sache nur insoweit Erfolg, als die Klägerin keinen Anspruch auf Ersatz der ihr entstandenen vorgerichtlichen Anwaltskosten hat.

Zu Recht hat das Erstgericht dagegen festgestellt, dass das Mietverhältnis bis zum Ende des 10. Mietjahres ab dem der Übergabe der Räumlichkeiten sowie der Außenanlagen folgenden Monatsersten fortbesteht und durch die Kündigungserklärungen der Beklagten vom 18. 5. 2009 und 9. 6. 2009 nicht zu einem früheren Zeitpunkt, insbesondere nicht zum 31. 12. 2009, beendet wurde. Der Senat nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die diesbezüglich zutreffenden Gründe der Erstentscheidung Bezug. Das Berufungsvorbringen ist nicht geeignet, diese zu entkräften. Insoweit ist auszuführen:

1. Passivlegitimation der Beklagten und Vertragsübernahme […]

2. Schriftform des ursprünglichen Mietvertrages vom 11. 5. 2000 […] Der Mietvertrag vom 11. 5. 2000 genügte daher dem Schriftformerfordernis (§§ 550, 126 BGB).

3. Änderung des Brennstoffbezugs und der Heizkostenabrechnung

Es kann dahinstehen, ob es sich bei der von den Parteien im Juli 2001 vorgenommenen Vertragsänderung hinsichtlich der Verpflichtung der Beklagten, für die Beheizung des Mietobjektes zu sorgen (§ 3 des Mietvertrages) und dem damit im Zusammenhang stehenden Abschluss eines eigenständigen Gasversorgungsvertrages seitens der Klägerin mit einem Energieversorgungsunternehmen und dem daraus resultierenden Wegfall der Heizkostenabrechnung mit den Beklagten um eine, wie das Erstgericht angenommen hat, unwesentliche Vertragsänderung handelt, die nicht von dem Schriftformerfordernis erfasst wird, oder aber, wie die Beklagten meinen, als wesentliche Vertragsänderung der Schriftform hätte genügen müssen.

Die Beklagten können sich jedenfalls nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) insoweit nicht auf eine fehlende Schriftform berufen.

Treuwidrig handelt, wer eine später getroffene Abrede, die lediglich ihm vorteilhaft ist, allein deshalb, weil sie nicht die schriftliche Form wahrt, zum Anlass nimmt, sich von einem ihm

inzwischen lästig gewordenen Mietvertrag zu lösen (vgl. BGHZ 65, 49, 55 [= WuM 1976, 26]). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Die Beklagten haben die diesbezügliche Änderung des Vertrages im Juli 2001 aus Vereinfachungsgründen selbst initiiert. Die diesbezügliche Vertragsänderung wurde von den Parteien einvernehmlich seit diesem Zeitpunkt praktiziert. Sie brachte den Bekiagten nicht nur den praktischen Vorteil, die Heizkosten nicht mehr abrechnen zu müssen, sondern auch den rechtlichen Vorteil, als Vermieter nicht mehr für die Versorgung des Mietobjektes mit Heizmaterial verantwortlich zu sein. Damit wurden die Beklagten von einer rechtlichen Verpflichtung befreit.

Dieser Umstand führt im Übrigen auch dazu, dass die erforderliche Schriftform des Mietvertrages durch diese Vertragsänderung auch gar nicht tangiert wird. Es handelt sich insoweit nämlich um eine teilweise Aufhebung einer Verpflichtung der Beklagten, und die Aufhebung – auch die Teilaufhebung – eines Mietvertrages bedarf nach allgemeiner Meinung der Schriftform nicht (vgl. Müller JR 1970, 86, 87).

4. Ohne Erfolg wenden sich die Beklagten somit gegen den Feststellungsausspruch des Erstgerichts.

5. Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten

Dagegen kann die Klägerin Ersatz der ihr entstandenen Anwaltskosten in Höhe von 2118,44 € zur Abwehr der unberechtigten Kündigungen der Beklagten nicht beanspruchen. Im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses kommt nach der Rechtsprechung des BGH ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch der Klägerin wegen der Verfolgung unberechtigter Forderungen nur dann in Betracht, wenn es die Beklagten unterlassen haben zu prüfen, ob der von ihnen eingenommene Rechtsstandpunkt plausibel ist (BGH, Urteil vom 16. 1. 2009, Az. V ZR 133/08, veröffentlicht u. a. in NJW 2009, 1262–1264). Im Hinblick auf die vorliegende Problematik und die Vielzahl der höchstrichterlichen Entscheidungen zur Frage der Einhaltung der Schriftform bei langfristigen Mietverträgen kann den Beklagten nicht angelastet werden, dass der von ihnen eingenommene Standpunkt zur Kündigungsberechtigung nicht plausibel gewesen sei. Ein Kostenerstattungsanspruch der Klägerin hinsichtlich der von ihr zur Kündigungsabwehr vorgerichtlich aufgewendeten Anwaltskosten besteht daher nicht.

6. […] Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor. Der Senat weicht weder von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ab noch setzt er sich mit von anderen Oberlandesgerichten aufgestellten Rechtssätzen in Widerspruch. Dem vorliegenden Rechtsstreit kommt auch keine grundsätzliche Bedeutung zu. Er wird geprägt durch die ihm eigenen Besonderheiten im materiellrechtlichen Bereich.

Mitgeteilt von RA Specht, Fries Rechtsanwälte, Nürnberg

Hinw. d. Red.: Vgl. LG Münster GuT 2010, 232 zur Schriftform bei unwesentlichen Vertragsänderungen.

§§ 328, 652, 781 BGB
Maklerprovision; Verflechtung; Immobilientochter der Bank des Verkäufers als Maklerin für den Käufer; Maklerklausel im notariellen Kaufvertrag

1. Ein das Entstehen des Maklerprovisionsanspruchs hindernder (unechter) Verflechtungstatbestand liegt nahe, wenn eine Bank nach Kündigung des Kreditengagements dem Verkäufer die freihändige Veräußerung des besicherten Grundstücks unter ihrer Obhut empfohlen hat und die Immobilientochtergesellschaft der Bank als Maklerin für den Käufer tätig wird.

2. Zur Auslegung der in einen notariellen Kaufvertrag aufgenommenen Maklerklausel.

(OLG Koblenz, Urteil vom 9. 6. 2010 – 1 U 1344/09)

Zum Sachverhalt: Der Kläger verlangt von der Beklagten, einer Tochtergesellschaft der V.-Bank W. eG, die Rückzahlung der im Zuge des freihändigen Erwerbs eines Hausanwesens in W. gezahlten Käuferprovision.

Der Kläger, der eine Wertschätzung seiner Hausbank eingeholt hatte, besichtigte Mitte Mai 2008 mit Mitarbeitern der Beklagten das Hausanwesen des Voreigentümers, seines Nachbarn; dieser hatte der Beklagten im März 2008 einen Makler-Alleinauftrag erteilt. Bei der Beurkundung wurde der Kläger vom Notar auf die vorgesehene Maklerklausel nebst Unterwerfungserklärung in § 7 des Kaufvertrages vom 16. August 2008 hingewiesen. Die von der Beklagten nachfolgend in Rechung gestellte Käuferprovision in Höhe von 5057,50 € hat der Kläger – zur Vermeidung von Nachteilen in Ansehung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung – ausgeglichen.

Das Landgericht Mainz hat – nach Beweisaufnahme – die Klage abgewiesen; hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers.

Der Kläger erkennt einen Verflechtungstatbestand, da die V.-Bank W. eG als „wirtschaftliche Eigentümerin/faktische Verkäuferin“ des von ihr kreditierten Hausanwesens entscheidenden Einfluss auf die Kaufverhandlungen genommen habe. Die Beklagte wiederum habe als „100%ige und in den Verwaltungsapparat eingegliederte“ Tochter der V.-Bank W. eG keine eigenständige Entscheidungsbefugnis mehr besessen, sondern sei vielmehr den wirtschaftlichen Interessen ihrer Mutter unbedingt verpflichtet gewesen. Im Übrigen sei aber auch ein Provisionsanspruch mangels entsprechender Maklerleistung der Beklagten nicht entstanden; zur Übergabe des im Rechtsstreit vorgelegten Exposées sei es im Mai 2005 – entgegen der nicht glaubwürdigen Bekundung der Zeugin R. – nicht gekommen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Der Kläger habe aufgrund der (keinesfalls überraschenden) Maklerklausel im notariellen Kaufvertrag seine Verpflichtung zur Zahlung der gegenständlichen Käuferprovision ausdrücklich bestätigt (deklaratorisches Schuldanerkenntnis). Es liege auf ihrer, des Maklers, Seite auch keine unzulässige (echte oder unechte) Verflechtung mit der Verkäuferseite vor; sie, die Beklagte, sei als GmbH eine eigene Rechtspersönlichkeit und führe ihre Geschäfte selbständig und ohne jeden Einfluss ihrer Mutter, der V.-Bank W. eG.

Aus den Gründen: II. Die – zulässige – Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Rückzahlung der aufgrund der Maklerklausel im notariellen Kaufvertrag vom 16. August 2008 – unter Vorbehalt – gezahlten Käuferprovision gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB.

Dem Vortrag des insofern darlegungs- und gegebenenfalls beweisbelasteten (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Auflage 2010, § 362 Rn. 14) Klägers lässt sich das Fehlen eines rechtlichen Grundes für die Leistung nicht schlüssig entnehmen.

Es wird auf die ausführlichen Erörterungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat Bezug genommen, die wie folgt zusammengefasst werden:

a) Allerdings liegt bei einer wertenden Gesamtbetrachtung die Annahme einer das Entstehen eines Maklerprovisionsanspruchs gemäß § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB hindernden – zumindest unechten – Verflechtung der Beklagten (Maklerin) mit der Verkäuferseite des Grundstücksgeschäfts und eines dementsprechend institutionalisierten Interessenkonflikts nahe (vgl. zu den Grundlagen der Rechtsprechung zusammenfassend BGH NJW 2009, 1809 ff. [= GuT 2009, 118]; Palandt/Sprau a. a.O., § 652 Rn. 29 ff.).

Die V.-Bank W. eG als Kreditgeberin und Grundschuldgläubigerin hatte dem Verkäufer das Kreditengagement gekündigt und ihm – zur Meidung der allfälligen Zwangsversteigerung – die freihändige Veräußerung des Hausanwesens unter ihrer Obhut empfohlen. Stand insofern das Interesse der V.-Bank an der

Befriedigung des dinglich gesicherten Darlehens inmitten, so hatte sie zugleich im Blick auf die Sicherungsabrede mit dem Verkäufer auf eine bestmögliche Verwertung des Hausanwesens Bedacht zu nehmen. Gegenläufig dazu stand das Interesse des – von der (als „100%ige Tochter" vollständig in den Unternehmensverbund der V.-Bank integrierten) Beklagten mit eigenem Provisionsinteresse unterstützten – Klägers (Käufers) an einem möglichst niedrigen Erwerbspreis. Der Bundesgerichtshof (Urteil vom 24. Juni 1997 – XI ZR 178/96 – = NJW 1997, 2672 f.) hat im Fall einer die Zwangsversteigerung betreibenden Bank, die nach Vermittlung eines freihändigen Verkaufs den Kaufpreis durch Vereinbarung einer Maklerprovision mit dem Käufer gemindert hat, eine „institutionell bedingte Interessenkollision" angenommen. Im Streitfall dürfte sich die Sachlage nicht entscheidend anders darstellen. Unbeschadet ihrer – formalen – rechtlichen Selbständigkeit drängt es sich gleichsam auf, dass sich die Beklagte als Immobilientochtergesellschaft der V.-Bank regelmäßig den geschäftlichen Interessen ihrer Mutter verpflichtet ansehen wird und damit dem gesetzlichen Leitbild des Maklers als unabhängiger Wahrer der Interessen seines Auftraggebers bei objektiver Betrachtung nicht mehr genügen kann. Bei dieser so „verwobenen" Interessenlage konnte alsdann die V.-Bank W. eG steuernden Einfluss sowohl auf die Geschäftstätigkeit der Maklerin als auch des Vertragsgegners des Klägers nehmen (vgl. dazu BGH NJW 1974, 1130).

b) Der Kläger hat allerdings – nach dementsprechend vorausgegangener Belehrung durch den beurkundenden Notar – die Maklerklausel in § 7 des notariellen Kaufvertrages vom 16. August 2008 hingenommen. Er hat insofern – nicht anders als der Zeuge Z. hinsichtlich der Verkäuferprovision (vgl. zum sog. Doppelmakler Palandt/Sprau a. a.O. § 654 Rn. 4) – ausdrücklich anerkannt, dass der Vertrag durch die Beklagte vermittelt bzw. nachgewiesen wurde und er als Käufer eine Maklerprovision in bestimmter Höhe schulde. Es wurde insofern eine unmittelbare Anspruchberechtigung zu Gunsten der Beklagten begründet (§ 328 Abs. 1 BGB). In dieser – vom Kläger im vorliegenden Rechtsstreit hinsichtlich ihrer Rechtswirksamkeit nicht beanstandeten – Vertragsklausel sieht der Senat, in Übereinstimmung mit der Berufungserwiderung, die Abgabe eines deklaratorischen Schuldanerkenntnisses (Schuldbestätigungsvertrag; zur Auslegung der Maklerklausel vgl. Palandt/Sprau a. a.O. § 652 Rn. 23). Die Parteien wollten – getragen schon vom insofern eindeutigen Wortlaut – ersichtlich eine etwaige Unsicherheit über den Abschluss des Maklervertrages und das Entstehen des Provisionsanspruchs ausräumen. Der Kläger ist demzufolge mit allen Einwendungen tatsächlicher und rechtlicher Natur gegen den Bestand der bestätigten Forderung der Beklagten ausgeschlossen, die ihm zum besagten Zeitpunkt bekannt waren oder mit denen er zumindest rechnen musste; eine Kondiktion ist ihm insofern verschlossen (vgl. Palandt/Sprau a. a.O. § 781 Rn. 3 f.). Die tatsächlichen Umstände einer etwaigen Verflechtung der Verkäuferseite mit der Maklerin (sub a.) waren zum Zeitpunkt des Notartermins offenkundig.

Mitgeteilt von RiOLG Dennhardt, Koblenz

Hinw. d. Red.: Vgl. aber LG Regensburg GE 1994, 519 (juris). – Ebenso (Schuldanerkenntnis) LG Hamburg 327 O 380/93 (juris). Zum selbständigen Provisionsversprechen vgl. BGH GuT 2008, 486; WuM 2006, 632; GuT 2003, 96 KL = WuM 2003, 221; OLG Köln GuT 2002, 182.

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.

§ 1375, 1376, 1378 BGB
Goodwill einer freiberuflichen Praxis; Zahnarzt; Gemeinschaftspraxis; Zugewinnausgleich

a) Der Goodwill einer freiberuflichen Praxis ist als immaterieller Vermögenswert grundsätzlich in den Zugewinnausgleich einzubeziehen.

b) Bei der Bemessung eines solchen Goodwill ist im Rahmen der modifizierten Ertragswertmethode ein Unternehmerlohn abzusetzen, der sich an den individuellen Verhältnissen des Inhabers orientiert.

c) Die stichtagsbezogene Bewertung einer Inhaberpraxis im Zugewinnausgleich setzt eine Verwertbarkeit der Praxis voraus. Deswegen sind bereits bei der stichtagsbezogenen Bewertung dieses Endvermögens latente Ertragssteuern abzusetzen, und zwar unabhängig davon, ob eine Veräußerung tatsächlich beabsichtigt ist.

d) Die Berücksichtigung eines Goodwills im Zugewinnausgleich verstößt nicht gegen das Doppelverwertungsverbot, weil er den am Stichtag vorhandenen immateriellen Vermögenswert unter Ausschluss der konkreten Arbeitsleistung des Inhabers betrifft, während der Unterhaltsanspruch auf der Arbeitsleistung des Inhabers und weiteren Vermögenserträgen beruht.

(BGH, Urteil vom 9. 2. 2011 – XII ZR 40/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten noch über den Zugewinnausgleich. Ihre am 18. Dezember 1987 geschlossene Ehe wurde auf den am 13. April 1999 zugestellten Scheidungsantrag durch Verbundurteil vom 15. Juli 2003 rechtskräftig geschieden. Zugleich wurde das Sorgerecht für die beiden gemeinsamen Kinder der Klägerin übertragen und über den Versorgungsausgleich entschieden. Die Folgesachen nachehelicher Ehegattenunterhalt und Zugewinnausgleich hatte das Amtsgericht zuvor abgetrennt. Mit rechtskräftigem Urteil vom 4. Mai 2006 hat es den Beklagten verurteilt, an die Klägerin nachehelichen Unterhalt zu zahlen.

2 Der Beklagte ist Zahnarzt und betreibt mit einem Kollegen eine Gemeinschaftspraxis. Ohne den Wert dieses Praxisanteils verfügte er bei Zustellung des Scheidungsantrags über ein positives Endvermögen in Höhe von 1.773.966,91 DM. Unter Berücksichtigung seines negativen Endvermögens in Höhe von 1.643.109,15 DM betrug das Endvermögen – vorbehaltlich eines zusätzlichen Wertes des Praxisanteils – 130.857,76 DM. Abzüglich eines indexierten Anfangsvermögens des Beklagten in Höhe von 94.925,64 DM ergab sich ein Zugewinn des Beklagten in Höhe von 35.932,12 DM. Den Wert des Praxisanteils hat das Oberlandesgericht mit 321.157 DM bemessen.

3 Die Klägerin erzielte in der Ehezeit einen Zugewinn in Höhe von 169.248,16 DM.

4 Das Amtsgericht Halle (Westf.) hat den Antrag der Klägerin auf Zahlung von Zugewinnausgleich abgewiesen. Es hat kein Anfangsvermögen des Beklagten berücksichtigt, aber wegen des Verbots einer Doppelverwertung gleicher Vermögensmassen im Unterhalt und Zugewinnausgleich auch eine Berücksichtigung des Wertes des Praxisanteils im Endvermögen des Beklagten abgelehnt. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht Hamm, das diese beiden Positionen abweichend beurteilt und eine aufrechenbare Gegenforderung des Beklagten abgelehnt hat, den Beklagten verurteilt, an die Klägerin einen Zugewinnausgleich in Höhe von (93.920,48 DM =) 48.020,78 € nebst Zinsen zu zahlen. Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Revision des Beklagten.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision ist unbegründet.

6 Für das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis Ende August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar,

weil der Rechtsstreit vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 3. November 2010 – XII ZB 197/10 – FamRZ 2011, 100).

7 I. Das Oberlandesgericht, dessen Entscheidung in OLGR Hamm 2009, 540 veröffentlicht ist, hat dem Antrag auf Zugewinnausgleich teilweise stattgegeben, weil der anteilige Praxiswert des Beklagten im Endvermögen mit 321.157 DM zu berücksichtigen sei. Der Bundesgerichtshof habe in seiner Rechtsprechung die Richtlinie der Bundesärztekammer für die Bewertung von Arztpraxen grundsätzlich als geeignete Bewertungsmethode anerkannt. Danach sei der Substanzwert einer freiberuflichen Praxis nach allgemeinen Grundsätzen festzustellen. Hinzu komme der ideelle Wert, der am sichersten auf der Grundlage des Umsatzes zu ermitteln sei, weil sich daraus am ehesten die Entwicklungschancen beurteilen ließen. Dabei sei auf die Betriebseinnahmen der drei letzten Kalenderjahre vor dem Bewertungsstichtag abzustellen und ein signifikanter Anstieg oder ein signifikantes Abfallen des Jahresumsatzes zusätzlich zu berücksichtigen. Hier seien unter Berücksichtigung aller Umstände nachhaltig realisierbare Betriebseinnahmen in Höhe von 90% der durchschnittlichen Jahreseinnahmen zu berücksichtigen. Davon seien Kosten, Ausgaben und die Abschreibung abzusetzen. Von dem sich daraus ergebenden Praxisrohgewinn seien Ertragssteuern und ein kalkulatorischer Unternehmerlohn der beiden Inhaber abzusetzen. Der sich so ergebende Ertragswert sei hier mit einem Rentenbarwertfaktor von 2,7620 zu multiplizieren, woraus sich der ideelle Wert der Gemeinschaftspraxis ergebe. Eine solche Methode erscheine grundsätzlich geeignet, über den Substanzwert hinaus den Goodwill einer freiberuflichen Praxis zu ermitteln, soweit dieser übertragbar sei. Die dem Beklagten zurechenbare Hälfte aus der Summe dieses Goodwills und des Substanzwertes der Praxis sei noch um latente Ertragssteuern zu bereinigen. Die Differenz sei in das Endvermögen des Beklagten einzustellen.

8 Der Goodwill einer freiberuflichen Praxis gründe sich auf immaterielle Faktoren wie Mitarbeiterstamm, günstiger Standort, Art und Zusammensetzung der Patienten, Konkurrenzsituation und ähnliche Faktoren, die regelmäßig auf einen Nachfolger übertragbar seien, aber auch auf Faktoren wie Ruf und Ansehen des Praxisinhabers, die mit dessen Person verknüpft und deshalb grundsätzlich nicht übertragbar seien. Weil der Käufer einer freiberuflichen Praxis oder eines Anteils hieran mit dem Goodwill die Chance erwerbe, die Patienten des bisherigen Praxisinhabers zu übernehmen und auf dem vorhandenen Bestand aufzubauen, komme dem Goodwill in der Regel ein eigener Marktwert zu. Der Sachverständige habe den immateriellen Wert der Zahnarztpraxis zu Recht nach einer bewertenden und deshalb als „modifiziert“ bezeichneten Ertragswertmethode bestimmt. Dabei sei dieser bewusst von der pauschalen Methode der Bundesärztekammer abgewichen, zumal diese zu unrealistischen geringen Ergebnissen gelange und die Bundesärztekammer selbst seit Oktober 2008 von ihren Empfehlungen abgerückt sei. Den vom Umsatz abgesetzten kalkulatorischen Arztlohn habe der Sachverständige zutreffend unter Berücksichtigung der wöchentlichen Arbeitszeit der beiden Ärzte ermittelt. Auf der Grundlage eines Tariflohns nach BAT und der festgestellten 34-Stunden-Woche ergebe sich ein Gehalt von 92.355 DM, das wegen des vorhandenen Labors um 50% zu erhöhen und sodann um pauschale Steuern in Höhe von 35% herabzusetzen sei. So ergebe sich für jeden der beiden Ärzte ein abzusetzender Unternehmerlohn von rund 90.000 DM.

9 Die Berücksichtigung des um die subjektive Komponente bereinigten, zutreffend ermittelten Goodwills im Endvermögen des Beklagten sei nicht wegen Doppelverwertung ein und derselben Vermögensmasse ausgeschlossen. Sie laufe nicht darauf hinaus, dass künftig zu erzielende Gewinne kapitalisiert und güterrechtlich ausgeglichen würden. Vielmehr werde nur der am Stichtag vorhandene Wert des Praxisanteils erfasst, der sich in der Nutzungsmöglichkeit niederschlage. Künftige Erträge und Nutzungen seien allenfalls Grundlage der Bewertung des Goodwills.

10 Mit der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei auch die latente Steuerlast aus einer Verwertung des Praxisanteils zu berücksichtigen. Diese sei auf der Grundlage der Fünftelregelung nach § 34 Abs. 1 EStG zu bemessen.

11 Dem Beklagten stehe kein aufrechenbarer Gegenanspruch aus § 426 Abs. 2 BGB wegen seiner Zahlungen in Höhe von 71.635,80 € auf gemeinsame Verbindlichkeiten während der Trennungszeit zu. Die Zahlungen in der Zeit von April 1998 bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags im April 1999 seien hier wegen des durchzuführenden Zugewinnausgleichs im Ergebnis neutral, weil ein Ausgleichsanspruch des Beklagten über eine Berücksichtigung im Endvermögen der Parteien zu einem entsprechend höheren Zugewinnausgleich führe. Zahlungen des Beklagten auf gemeinsame Verbindlichkeiten nach Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages würden durch den Zugewinnausgleich zwar nicht mehr neutralisiert. Insoweit scheide ein aufrechenbarer Anspruch des Beklagten aber aus, weil seine Tilgungsleistungen bei der Bemessung des Trennungsunterhalts berücksichtigt worden seien, woraus sich eine anderweitige Bestimmung im Sinne des § 426 Abs. 1 BGB ergebe.

12 Das Oberlandesgericht hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen. Zwar entspreche es der Rechtsprechung des Bundesgerichthofs, wenn bei der Bemessung des Goodwills einer freiberuflichen Praxis ein kalkulatorischer individueller Unternehmerlohn berücksichtigt werde, der keinerlei Bezug zu den tatsächlichen Einkünften des Praxisinhabers habe. Für die Bewertung seien lediglich die Umsatzerwartung und der dafür zu leistende Aufwand entscheidend. Eine Praxis, die einen gewissen Umsatz schon bei einem Arbeitsaufwand von dreißig Wochenstunden erbringe, sei viel attraktiver als eine, die denselben Umsatz erst mit sechzig Wochenarbeitsstunden ermögliche. Als individueller Unternehmerlohn sei bei der Bewertung des Goodwills auch nicht das konkrete Einkommen des Beklagten abzusetzen, das der Unterhaltsberechnung zugrunde liege. Sonst wäre der Goodwill in jedem Fall mit Null anzusetzen. Die Gefahr, dass eine derartige Bemessung des Goodwills zu einer doppelten Teilhabe der Klägerin an Vermögensbestandteilen des Beklagten führe, bestehe nicht. Dies bedürfe allerdings der grundsätzlichen Klärung.

13 II. Diese Ausführungen des sachverständig beratenen Berufungsgerichts halten den Angriffen der Revision stand.

14 Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zu Recht zur Zahlung eines Betrages in Höhe von 48.020,78 € nebst Zinsen verurteilt.

15 1. Nach § 1373 BGB ergibt sich der Zugewinn eines Ehegatten aus dem Betrag, um den sein Endvermögen sein Anfangsvermögen übersteigt. Endvermögen ist nach § 1375 Abs. 1 Satz 1 BGB das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten bei der Beendigung des Güterstandes gehört. Wird die Ehe – wie hier – geschieden, so tritt für die Berechnung des Zugewinns und für die Höhe der Ausgleichsforderung an die Stelle der Beendigung des Güterstandes der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags (§ 1384 BGB).

16 Für die Berechnung des Endvermögens ist nach § 1376 Abs. 2 BGB der Wert zugrunde zu legen, den das vorhandene Vermögen zum Stichtag hat. Dabei ist auf den objektiven (Verkehrs-) Wert des jeweiligen Vermögensgegenstandes abzustellen (Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 18; vom 25. November 1998 – XII ZR 84/97 – FamRZ 1999, 361, 362 und vom 24. Oktober 1990 – XII ZR 101/89 – FamRZ 1991, 43, 44; BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38). Nach welcher Methode die Bewertung im Einzelnen zu erfolgen hat, regelt das Gesetz nicht (vgl. insoweit Schröder in Schröder/Bergschneider Familienvermögensrecht 2. Aufl. Rn. 4. 242 ff.; Schröder Bewertung im Zugewinnausgleich 4. Aufl. Rn. 67 ff.; Haußleiter/Schulz Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung 5. Aufl. Kap. 1 Rn. 116 ff.; Büte Zugewinnaus-

gleich bei Ehescheidung 3. Aufl. Rn. 51 ff.). Sie sachverhaltsspezifisch auszuwählen und anzuwenden ist Sache des – sachverständig beratenen – Tatrichters. Seine Entscheidung kann vom Revisionsgericht nur darauf überprüft werden, ob sie gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht (Senatsurteile vom 24. Oktober 1990 – XII ZR 101/89 – FamRZ 1991, 43, 44 und vom 7. Mai 1986 – IVb ZR 42/85 – FamRZ 1986, 776, 779).

17 2. Neben sonstigem vorhandenen Vermögen ist auch ein Unternehmen oder eine freiberufliche Praxis stets mit dem vollen Wert in den Zugewinnausgleich einzubeziehen.

18 a) Eine Bemessung dieses Wertes allein nach dem Umsatz verbietet sich schon deswegen, weil der Umsatz keine sicheren Rückschlüsse auf die Gewinnerwartung und somit auch nicht auf den am Stichtag realisierbaren Wert zulässt. Ein besonders hoher Umsatz kann den Wert einer freiberuflichen Praxis sogar verringern, wenn den Einnahmen sehr hohe Kosten gegenüberstehen und der Ertrag deswegen mit einem hohen Unternehmerrisiko verbunden ist. Ein reines Umsatzwertverfahren eignet sich deswegen auch nicht als Vergleichsmaßstab für eine andere Bewertungsmethode.

19 Die Bewertung einer freiberuflichen Praxis erfolgt grundsätzlich auch nicht nach dem reinen Ertragswertverfahren, weil sich eine Ertragsprognose kaum von der Person des derzeitigen Inhabers trennen lässt und der Ertrag von ihm durch unternehmerische Entscheidungen beeinflusst werden kann. Zudem kann die Erwartung künftigen Einkommens, die der individuellen Arbeitskraft des Inhabers zuzurechnen ist, nicht maßgebend sein, weil es beim Zugewinnausgleich nur auf das am Stichtag vorhandene Vermögen ankommt (Senatsurteil vom 24. Oktober 1990 – XII ZR 101/89 – FamRZ 1991, 43, 44; Büte Zugewinnausgleich bei Ehescheidung 3. Aufl. Rn. 75; Johannsen/Henrich/Jaeger Familienrecht 5. Aufl. § 1376 BGB Rn. 23).

20 Stattdessen hat der Senat schon in seiner bisherigen Rechtsprechung eine modifizierte Ertragswertmethode gebilligt, die sich an den durchschnittlichen Erträgen orientiert und davon einen individuellen Unternehmerlohn des Inhabers absetzt (vgl. Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 19; vom 25. November 1998 – XII ZR 84/97 – FamRZ 1999, 361, 362 und vom 24. Oktober 1990 – XII ZR 101/89 – FamRZ 1991, 43, 44).

21 b) Der zum Stichtag zu ermittelnde Wert eines Unternehmens schließt jedenfalls den in diesem Zeitpunkt vorhandenen Substanzwert ein. Er ist mit dem Wert zu bemessen, der im Falle eines Praxisverkaufs auf den Rechtsnachfolger übergeht (vgl. Schröder in Schröder/Bergschneider Familienvermögensrecht 2. Aufl. Rn. 4. 249; Schröder Bewertung im Zugewinnausgleich 4. Aufl. Rn. 67 f.; Haußleiter/Schulz Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung 5. Aufl. Kap. 1 Rn. 150 f.; Büte Zugewinnausgleich bei Ehescheidung 3. Aufl. Rn. 54).

22 Der objektive Wert eines Unternehmens ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats aber nicht auf den Substanz- oder Liquidationswert beschränkt. Daneben ist auch der Geschäftswert zu berücksichtigen, der sich darin äußert, dass das Unternehmen im Verkehr höher eingeschätzt wird, als es dem reinen Substanzwert der zum Unternehmen gehörenden Vermögensgegenstände entspricht (BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38; BGHZ 70, 224 = FamRZ 1978, 332, 333 und BGH Urteil vom 13. Oktober 1976 – IV ZR 104/74 – FamRZ 1977, 38, 39). Dabei kommt es trotz der stichtagsbezogenen Bewertung beim Zugewinnausgleich nicht darauf an, ob das Unternehmen oder die Beteiligung daran tatsächlich veräußert wird. Denn der vermögenswerte Gehalt der Beteiligung liegt in der Mitberechtigung am Unternehmen und der anteiligen Nutzungsmöglichkeit des Unternehmenswertes (BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38). Lediglich in Fällen, in denen der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Ausscheidens aus einer Gemeinschaftspraxis eine Begrenzung des Abfindungsanspruchs (etwa auf den Substanzwert) vorsieht, kann dies Auswirkungen auf den objektiven Wert haben (BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38; Senatsurteil vom 25. November 1998 – XII ZR 84/97 – FamRZ 1999, 361, 362; Schröder in Schröder/Bergschneider Familienvermögensrecht 2. Aufl. Rn. 4.279 f.).

23 c) Diese Bewertungsgrundsätze hat der Senat im Ansatz auch auf die Inhaberschaft oder Beteiligung an freiberuflichen Praxen angewandt, die ebenfalls über einen über den Substanzwert hinausgehenden immateriellen Wert in Form eines Goodwills verfügen können (Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 15 ff. und vom 25. November 1998 – XII ZR 84/97 – FamRZ 1999, 361, 362).

24 Allerdings sind solche freiberuflich betriebenen Praxen – wie hier die Gemeinschaftspraxis des Beklagten und seines Sozius – regelmäßig inhaberbezogen. Insbesondere bei kleineren freiberuflichen Kanzleien oder Praxen, bei denen die unternehmerischen Fähigkeiten des Eigentümers Wohl und Wehe des Unternehmens bestimmen (vgl. Schröder Bewertung im Zugewinnausgleich 4. Aufl. Rn. 84 e), hängt der Erfolg in erheblichem Maße auch von der Person des Inhabers ab. Denn Angehörige eines freien Berufes erbringen regelmäßig eine höchstpersönliche Leistung, bei der Hilfskräfte lediglich für untergeordnete, nicht zum eigentlichen Berufsbild gehörende Tätigkeiten eingesetzt werden (BGH Urteil vom 13. Oktober 1976 – IV ZR 104/74 – FamRZ 1977, 38, 40). Gleichwohl schließt auch der objektive Wert einer freiberuflichen Kanzlei oder Praxis regelmäßig einen über den Substanzwert hinausgehenden immateriellen Wert ein. Die besondere Bedeutung des Inhabers ist in solchen Fällen jedoch bei der Wertermittlung zu berücksichtigen (Michalski/Zeidler FamRZ 1997, 397, 400 f.).

25 Der neben dem Substanzwert vorhandene Goodwill gründet sich auf immaterielle Faktoren wie Standort, Art und Zusammensetzung der Mandanten/Patienten, Konkurrenzsituation und ähnlichen Faktoren, soweit sie auf einen Nachfolger übertragbar sind; er hat somit in der Regel einen eigenen Marktwert. Mit dem Goodwill bezahlt der Käufer einer freiberuflichen Praxis die Chance, die Mandanten des bisherigen Praxisinhabers oder Teilhabers zu übernehmen und auf dem vorhandenen Bestand und der gegebenen Konkurrenzsituation aufbauen zu können (Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 20 und vom 25. November 1998 – XII ZR 84/97 – FamRZ 1999, 361, 362). Daneben bemisst sich der Erfolg einer freiberuflichen Praxis allerdings auch durch andere immaterielle Faktoren, wie Ruf und Ansehen des Praxisinhabers, die mit dessen Person verknüpft und deswegen grundsätzlich nicht übertragbar sind. Diese Faktoren können den Goodwill der Kanzlei oder Praxis jedenfalls im Zugewinnausgleich nicht bestimmen. Es kann sogar Fälle geben, in denen dem Ruf und Ansehen des Praxisinhabers eine solche überwiegende Bedeutung zukommt, dass dies einen Goodwill vollständig ausschließt oder jedenfalls deutlich herabsetzt (Senatsurteile vom 25. November 1998 – XII ZR 84/97 – FamRZ 1999, 361, 362 und vom 24. Oktober 1990 – XII ZR 101/89 – FamRZ 1991, 43, 47). Im Regelfall erzielt der Inhaber oder Mitinhaber einer freiberuflichen Praxis seine Einkünfte aber nicht ausschließlich aus der Nutzung seiner Arbeitskraft, sondern auch unter Einsatz des vorhandenen Goodwills seiner Kanzlei oder Praxis. Dem so zu bemessenden Goodwill kommt auch bei freiberuflichen Praxen ein eigener Marktwert zu. Seine bestehende Nutzungsmöglichkeit bestimmt über den Stichtag für den Zugewinnausgleich hinaus den objektiven Wert der Kanzlei oder Praxis.

26 d) Auch ein zusätzlich zu bewertender Goodwill der freiberuflichen Kanzlei oder Praxis darf aber nicht darauf hinauslaufen, künftig zu erzielende Gewinne zu kapitalisieren und güterrechtlich auszugleichen. Vielmehr ist auch insoweit nur der am Stichtag nachhaltig vorhandene Wert der Praxis oder des Praxisanteils zu erfassen, der sich in der bis dahin aufgebauten und zum maßgeblichen Zeitpunkt vorhandenen Nutzungsmöglichkeit niederschlägt (Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 21; vom 25. November 1998 – XII ZR 84/97 – FamRZ 1999, 361, 363; Hoppenz FamRZ 2006, 1242, 1244; Borth FamRB 2002, 371, 374).

27 aa) Im Hinblick darauf bestehen keine rechtlichen Bedenken, wenn sich der sachverständig beratene Tatrichter bei der Bemessung des Goodwills einer inhabergeführten Praxis im Wege einer modifizierten Ertragswertmethode an den durchschnittlichen Erträgen orientiert und davon einen Unternehmerlohn absetzt (vgl. Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 19; vom 25. November 1998 – XII ZR 84/97 – FamRZ 1999, 361, 362 und vom 24. Oktober 1990 – XII ZR 101/89 – FamRZ 1991, 43, 44; Büte Zugewinnausgleich bei Ehescheidung 3. Aufl. Rn. 75; Haußleiter/Schulz Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung 5. Aufl. Kap. 1 Rn. 189, 222 ff.; vgl. auch die Richtlinien zur Bewertung von Arztpraxen unter Ziff. D und die Hinweise für die Ermittlung des Wertes einer Steuerberaterpraxis unter Ziff. III 1 jeweils abgedruckt in Schröder Bewertung im Zugewinnausgleich 4. Aufl. Rn. 175 f. und Büte Zugewinnausgleich bei Ehescheidung 3. Aufl. Anhang 2 und 4).

28 Weil der Ertrag einer freiberuflichen Praxis nicht nur von dem vorhandenen Goodwill, sondern auch von dem persönlichen Einsatz des Inhabers bestimmt wird, muss die am Ertrag anknüpfende Bewertung des auf einen Übernehmer übertragbaren Goodwills einen Unternehmerlohn absetzen, der sich an den individuellen Verhältnissen des Inhabers orientiert. Nur auf diese Weise kann der auf den derzeitigen Praxis(mit)inhaber bezogene Wert ausgeschieden werden, der auf dessen persönlichem Einsatz beruht und nicht auf einen Übernehmer übertragbar ist (Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 23 und vom 25. November 1998 – XII ZR 84/97 – FamRZ 1999, 361, 364; Johannsen/Henrich/Jaeger aaO § 1376 BGB Rn. 23). Auch für einen Erwerber kommt es bei der Wertermittlung wesentlich darauf an, mit welchem Einsatz der zugrunde gelegte Ertrag zu erzielen ist. Einer freiberuflichen Praxis, deren Ertrag mit einem geringeren zeitlichen Aufwand des Inhabers aufrechterhalten werden kann, kommt stets ein höherer Goodwill zu als einer Praxis mit gleichem Ertrag, die einen erheblich höheren Einsatz des Inhabers erfordert. Der Abzug eines pauschal angesetzten kalkulatorischen Unternehmerlohns würde das Maß des individuellen Einsatzes des Inhabers bei der Erzielung der Erträge hingegen nicht im gebotenen Umfang berücksichtigen. Entsprechend gehen auch die überarbeiteten „Hinweise“ der Bundesärztekammer zur Bewertung von Arztpraxen seit 2008 mehr als die früheren Richtlinien zur Bewertung von Arztpraxen von dem individuellen Einsatz des Praxisinhabers aus (DÄBl 2008, A-2778).

29 bb) Ebenfalls zu Recht hat das Berufungsgericht von dem durchschnittlichen Praxisrohgewinn latente Ertragsteuern abgesetzt. In der Rechtsprechung des Senats ist anerkannt, dass bei der stichtagsbezogenen Wertermittlung im Zugewinnausgleich eine solche latente Steuerlast wertmindernd ins Gewicht fällt. Dies gilt nicht nur in Fällen, in denen eine Veräußerung tatsächlich beabsichtigt ist.

30 Zwar beruht die Berücksichtigung des Wertes einer freiberuflichen Praxis im Zugewinnausgleich wegen des Stichtagsbezugs nicht auf einem späteren Veräußerungsfall, sondern hebt darauf ab, dass der am Stichtag vorhandene Wert die damit verbundene Nutzungsmöglichkeit auch für den Inhaber selbst weiterhin in sich birgt (Senatsurteil vom 25. November 1998 – XII ZR 84/97 – FamRZ 1999, 361, 363; BGHZ 75, 195, 199 = FamRZ 1980, 37, 38 und BGH Urteil vom 13. Oktober 1976 – IV ZR 104/74 – FamRZ 1977, 38, 39). Die Bewertung, die mit dem Zugewinnausgleich stichtagsbezogen endgültig vorzunehmen ist, setzt aber voraus, dass die Praxis zu dem ermittelten Wert auch frei verwertbar ist (BGHZ 75, 195, 201 = FamRZ 1980, 37, 38 f.; BGHZ 70, 224, 226 = FamRZ 1978, 332, 333 und BGH Urteil vom 13. Oktober 1976 – IV ZR 104/74 – FamRZ 1977, 38, 40). Deswegen ist die Bewertungsmethode auch darauf gerichtet, einen Wert der freiberuflichen Praxis zu ermitteln, der zum Bewertungsstichtag am Markt erzielbar ist. Die Berücksichtigung latenter Ertragssteuern folgt aus der Prämisse der Verwertbarkeit und ist somit auch eine Konsequenz der Bewertungsmethode (vgl. Schröder aaO Rn. 74; Schröder in Schröder/Bergschneider aaO Rn. 4. 257). Soweit der Wert danach ermittelt wird, was im Falle einer Veräußerung aus dem Substanzwert und dem Goodwill der freiberuflichen Praxis oder Kanzlei zu erzielen wäre, darf auch nicht außer Betracht bleiben, dass wegen der damit verbundenen Auflösung der stillen Reserven dem Verkäufer wirtschaftlich nur der um die fraglichen Steuern verminderte Erlös verbleibt. Insoweit handelt es sich um unvermeidbare Veräußerungskosten (Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 32; vom 24. Oktober 1990 – XII ZR 101/89 – FamRZ 1991, 43, 48 und vom 27. September 1989 – IVb ZR 75/88 – FamRZ 1989, 1276, 1279; Johannsen/Henrich/Jaeger aaO § 1376 BGB Rn. 23; Büte aaO Rn. 194; Kogel FamRZ 2004, 1337; aA Hoppenz FamRZ 2006, 449, 450; vgl. auch Tiedtke FamRZ 1990, 1188 ff. und Gernhuber NJW 1991, 2238, 2242 f.).

31 e) Die Berücksichtigung eines auf die vorgenannte Weise ermittelten Wertes einer freiberuflichen Praxis unter Einschluss des immateriellen Wertes in Form eines Goodwills widerspricht auch nicht dem Verbot der zweifachen Teilhabe ein und desselben Vermögenswerts im Zugewinnausgleich und im Unterhalt.

32 Zwar hat nach ständiger Rechtsprechung des Senats ein güterrechtlicher Ausgleich eines vorhandenen Vermögenswerts nicht stattzufinden, soweit diese Vermögensposition bereits auf andere Weise, sei es unterhaltsrechtlich oder im Wege des Versorgungsausgleichs, ausgeglichen wurde. Für das Verhältnis zwischen Zugewinnausgleich und Versorgungsausgleich ergibt sich dies bereits aus § 2 Abs. 4 VersAusglG (früher: § 1587 Abs. 3 BGB aF). Für das Verhältnis zwischen Unterhalt und Zugewinnausgleich gilt nichts anderes, auch wenn dies nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt ist (Senatsurteil vom 11. Dezember 2002 – XII ZR 27/00 – FamRZ 2003, 432, 433).

33 aa) Eine solche doppelte Teilhabe kann aber nur eintreten, wenn jeweils dieselbe Vermögensposition ausgeglichen wird. Das ist im Verhältnis zwischen Unterhalt und Zugewinnausgleich regelmäßig nicht der Fall, weil der Zugewinnausgleich auf ein stichtagsbezogenes Vermögen gerichtet ist, während der Unterhalt, der den laufenden Lebensbedarf decken soll, auf Einkünften und Vermögenserträgen aufbaut. Das Unterhaltsrecht verlangt den Einsatz des Vermögensstamms für Unterhaltszwecke nur unter besonderen Voraussetzungen (§§ 1577 Abs. 3, 1581 Satz 2 BGB). Zu einer Konkurrenz zwischen Zugewinnausgleich und Unterhalt kann es somit lediglich dann kommen, wenn zum Unterhalt auch der Vermögensstamm herangezogen wird (Senatsurteil BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 17; Hoppenz FamRZ 2006, 1242, 1243 und FamRZ 2008, 765, 766; Münch NJW 2008, 1201 f.).

34 Eine zweifache Teilhabe ist deswegen ausgeschlossen, wenn der Unterhalt lediglich aus Vermögenseinkünften bemessen wird, während sich der Zugewinnausgleich auf den Vermögensstamm beschränkt. Das ist etwa der Fall, wenn Zinseinkünfte bei der Bemessung des Unterhaltsanspruchs berücksichtigt werden und dem Zugewinnausgleich lediglich das Bankguthaben als Vermögensstamm zugrunde gelegt wird. Gleiches gilt bei vorhandenem Wohneigentum, dessen Stamm im Zugewinnausgleich zu berücksichtigen ist, während sich ein vorhandener Wohnwert auf die Höhe des Unterhalts auswirkt. In solchen Fällen ist lediglich zu beachten, dass durch den Zugewinnausgleich auch die Vermögenseinkünfte verlagert werden, was für die Zukunft unterhaltsrechtliche Auswirkungen hat.

35 Eine unzulässige doppelte Teilhabe an ein und demselben Vermögenswert liegt hingegen vor, wenn der Vermögensstamm ausnahmsweise unterhaltsrechtlich berücksichtigt wird. Das ist regelmäßig bei Abfindungen nach Aufgabe einer Erwerbstätigkeit der Fall, soweit diese Lohnersatzfunktion haben und deswegen auf die Zeit der geminderten Erwerbstätigkeit als ergänzendes Einkommen aufzuteilen sind. Im Umfang der unterhaltsrechtlichen Berücksichtigung ist dann ein zusätzlicher güterrechtlicher Ausgleich ausgeschlossen (Senatsurteil vom 21. April 2004 – XII ZR 185/01 – FamRZ 2004, 1352 f. mit Anm. Bergschneider; Wendl/Dose Das Unterhaltsrecht in der

familienrechtlichen Praxis 7. Aufl. § 1 Rn. 16, 71; vgl. aber Senatsurteil vom 2. Juni 2010 – XII ZR 138/08 – FamRZ 2010, 1311 Rn. 28 f.).

36 bb) Eine Doppelverwertung ist auch bei der Berücksichtigung des Goodwills einer freiberuflichen Praxis im Zugewinnausgleich ausgeschlossen, wenn – wie dargestellt – der nach den individuellen Verhältnissen konkret gerechtfertigte Unternehmerlohn in Abzug gebracht wurde.

37 Der dem Zugewinnausgleich zugrunde zu legende objektive Wert der freiberuflichen Praxis oder Kanzlei beschränkt sich auf den am Stichtag vorhandenen Substanzwert und den im selben Zeitpunkt vorhandenen Goodwill des Unternehmens unter Abzug des Unternehmerlohns nach den individuellen Verhältnissen des Inhabers. Selbst wenn der Inhaber seiner freiberuflichen Praxis Beträge entnimmt, die über den nach den individuellen Verhältnissen bemessenen Unternehmerlohn hinausgehen und als unterhaltsrelevantes Einkommen zugrunde gelegt werden, liegt darin keine zusätzliche Teilhabe an dem im Zugewinnausgleich zugrunde gelegten Vermögensstamm. Denn die Entnahmen des Inhabers müssen sich nicht nur aus seinem individuellen Arbeitseinsatz ergeben, der bei der Bemessung des Praxiswertes abgesetzt wird und somit im Endvermögen unberücksichtigt bleibt. Höhere Entnahmen können auch auf der Inanspruchnahme des vorhandenen Goodwills beruhen und bilden insoweit bloße Vermögenserträge. Sollten die Entnahmen über die Summe dieser beiden Positionen hinausgehen und damit den Vermögensstamm betreffen, wären sie unterhaltsrechtlich ohnehin nicht zu berücksichtigen, weil insoweit auf einen objektiven Maßstab abzustellen ist (Senatsurteil vom 4. Juli 2007 – XII ZR 141/05 – FamRZ 2007, 1532 Rn. 27).

38 f) Nach dieser Rechtsprechung des Senats ist die Bewertung des Anteils des Beklagten an der zahnärztlichen Gemeinschaftspraxis durch das Oberlandesgericht nicht zu beanstanden.

39 aa) Auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens ist es von den durchschnittlichen Praxiseinnahmen der Jahre 1996 bis 1998, also der drei dem Endstichtag vorangegangenen Jahre, ausgegangen. Wenn es davon unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles lediglich 90% als nachhaltig realisierbar angesetzt hat, ist dagegen revisionsrechtlich nichts zu erinnern.

40 Der revisionsrechtlichen Prüfung hält auch stand, dass das Oberlandesgericht sodann durch Abzug der Kosten, Ausgaben und einer Abschreibung einen durchschnittlichen Rohgewinn dieser Jahre ermittelt und im Rahmen der von ihm angewandten Methode davon einen individuellen Unternehmerlohn der beiden Inhaber sowie latente Ertragsteuern abgesetzt hat.

41 Den abzusetzenden Unternehmerlohn hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ermittelt. Dabei ist es auf der Grundlage des Tariflohns für Zahnärzte, erhöht um den Arbeitgeberzuschlag für Lohnnebenkosten, von der wöchentlichen Arbeitszeit der beiden Inhaber mit je 34 Stunden ausgegangen. Dies berücksichtigt in hinreichender Weise den individuellen Einsatz der Praxisinhaber, zumal weitere Umstände, die eine über den üblichen Umfang hinausgehende Bedeutung der Inhaberleistung rechtfertigen könnten, nicht substantiiert vorgetragen sind. Revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden ist die Erhöhung des nach den individuellen Verhältnissen gerechtfertigten Unternehmerlohns um 50% wegen des zusätzlich vorhandenen Labors und die Berücksichtigung der Steuerlast von 35%, was zu einem abzusetzenden Nettounternehmerlohn für beide Inhaber in Höhe von insgesamt 180.000 DM führt.

42 Den so errechneten Ertragswert hat das sachverständig beratene Oberlandesgericht mit einem Rentenbarwertfaktor multipliziert, den es für das Ende der Ehezeit mit 2,7620 bemessen hat. Dabei hat es den im Rahmen seiner Bewertungsmethode um die Ertragssteuer reduzierten Basiszinssatz, einen Zuschlag für das allgemeine Unternehmensrisiko, eine Abzinsung der Zukunftsgewinne und eine dreijährige Nachhaltigkeitsdauer berücksichtigt. Wenn es auf diese Weise zu einem Goodwill der gesamten Zahnarztpraxis in Höhe von 1.200.322,54 DM und zzgl. des vorhandenen Substanzwertes von 189.985 DM zu einem gesamten Praxiswert in Höhe von 1.390.307,54 DM gelangt ist, ist auch dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Auch die Revision erinnert gegen diese Berechnung nichts.

43 Entsprechend dem 50%igen Anteil des Beklagten an der Gemeinschaftspraxis hat das Oberlandesgericht dessen Anteil mit 695.153 DM und abzüglich latenter Ertragsteuern mit 321.157 DM in das Endvermögen eingestellt. Hinsichtlich der Ertragsteuern ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass diese im Wege der „Fünftelregelung“ gemäß § 34 Abs. 1 EStG ermittelt wurden (vgl. Tiedtke FamRZ 1990, 1188, 1189).

44 bb) Wie der Senat wiederholt ausgesprochen hat, führt die Einbeziehung des Goodwills bei der Ermittlung des objektiven Wertes einer freiberuflichen Praxis oder Kanzlei nicht ohne weiteres zur Notwendigkeit einer Liquidierung des betreffenden Vermögensgegenstandes. Die Ausgleichspflicht beläuft sich gemäß § 1378 Abs. 1 BGB nur auf die Hälfte des Zugewinnüberschusses des ausgleichspflichtigen Ehegatten. Die zu ihrer Erfüllung notwendigen Mittel können häufig bereits aus einem anderen liquiden Teil des vorhandenen Vermögens aufgebracht werden. Ist dies im Einzelfall nicht möglich, so ist zu beachten, dass das Gesetz in § 1382 BGB unter den dort genannten Voraussetzungen die Möglichkeit der Stundung und Ratenzahlung vorsieht. Auf diese Weise kann der Schuldner in die Lage versetzt werden, den Zugewinnausgleich ratenweise aus seinem künftigen laufenden Einkommen zu leisten (Senatsurteile BGHZ 175, 207 = FamRZ 2008, 761 Rn. 31 und vom 25. November 1998 – XII ZR 84/97 – FamRZ 1999, 361, 363).

45 Die Einbeziehung des objektiven Wertes freiberuflicher Praxen in den Zugewinnausgleich verstößt deswegen auch weder gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG noch gegen die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG (Senatsurteil vom 25. November 1998 – XII ZR 84/97 – FamRZ 1999, 361, 363).

46 cc) Entgegen der Auffassung der Revision führt auch der Zinsausspruch in dem angefochtenen Urteil nicht zu einer Doppelberücksichtigung vorhandener Vermögenswerte.

47 Die Zinsforderung der Klägerin beruht nicht auf einer Bewertung vorhandenen Vermögens, sondern folgt aus dem Gesetz. Sie beruht darauf, dass der bereits bei rechtskräftiger Ehescheidung geschuldete Zugewinnausgleich deutlich später geleistet wird, so dass dem Beklagten als Schuldner der Ausgleichsforderung für die Übergangszeit die Verwertungsmöglichkeit des vorhandenen Vermögens verblieben war. Dass der Beklagte für diese Zeit auf der Grundlage seines Arbeitseinsatzes und des anteiligen Goodwills der Gemeinschaftspraxis Unterhalt geleistet hat, steht dem nicht entgegen. Der Zugewinnausgleich kann unterhaltsrechtlich erst dann zu einer Änderung des geschuldeten Unterhalts führen, wenn er tatsächlich geleistet wird und Auswirkungen auf die Zuordnung der Vermögenserträge hat (vgl. Senatsurteil vom 4. Juli 2007 – XII ZR 141/05 – FamRZ 2007, 1532 Rn. 33).

48 g) Unter Berücksichtigung des dem Beklagten zurechenbaren hälftigen Werts der Gemeinschaftspraxis von 321.157 DM und der weiteren unstreitigen Vermögenswerte hat das Oberlandesgericht zutreffend und von der Revision insoweit nicht angegriffen ein Endvermögen des Beklagten in Höhe von 452.014,76 DM und nach Abzug des ebenfalls zutreffend ermittelten und von der Revision als ihr günstig nicht angegriffenen indexierten Anfangsvermögens von 94.925,64 DM einen Zugewinn in Höhe von 357.089,12 DM errechnet. Die Differenz zum Zugewinn der Klägerin (169.248,16 DM) beläuft sich mithin auf 187.840,96 DM, der hälftige Ausgleichsanspruch der Klägerin auf (93.920,48 DM =) 48.020,78 €.

49 3. Im Ergebnis zu Recht hat das Oberlandesgericht auch eine aufrechenbare Gegenforderung des Beklagten verneint.

50 a) Zwar hat der Beklagte nach seinem Vortrag noch nach der Trennung der Parteien einen Gesamtbetrag in Höhe von 71.635,80 € auf Verbindlichkeiten geleistet, für die er gemein-

sam mit der Klägerin als Gesamtschuldner haftet. Nach § 426 Abs. 1 BGB haften Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu gleichen Anteilen, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Entsprechend geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Gesamtschuldner nach § 426 Abs. 2 BGB auf den Gesamtschuldner über, der den Gläubiger befriedigt. Der Beklagte könnte danach also hälftige Erstattung der von ihm geleisteten Beträge verlangen, wenn nicht im Innenverhältnis der Parteien etwas anderes bestimmt wäre.

51 b) Die güterrechtlichen Vorschriften über den Zugewinnausgleich verdrängen den Gesamtschuldnerausgleich nicht, und zwar unabhängig davon, ob die Leistung eines gesamtschuldnerisch haftenden Ehegatten vor oder nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens erbracht worden ist. Bei richtiger Handhabung der güterrechtlichen Vorschriften vermag der Gesamtschuldnerausgleich das Ergebnis des Zugewinnausgleichs allerdings nicht zu verfälschen (Senatsurteil vom 6. Oktober 2010 – XII ZR 10/09 – FamRZ 2011, 25 Rn. 16).

52 Die Tilgung der Gesamtschuld durch einen der haftenden Ehegatten bewirkt im Regelfall keine Veränderung der für die Ermittlung des Zugewinns maßgeblichen Endvermögen, wenn die Gesamtschulden wirtschaftlich zutreffend, d.h. unter Beachtung des gesamtschuldnerischen Ausgleichs, in die Vermögensbilanz eingestellt werden. Soweit bei Zustellung des Scheidungsantrags als Stichtag für die Berechnung des Endvermögens gemeinsame Verbindlichkeiten der Ehegatten noch nicht getilgt sind, ist im Endvermögen beider Ehegatten jeweils die noch bestehende Gesamtschuld in voller Höhe als Passivposten zu berücksichtigen. Demgegenüber ist – die Durchsetzbarkeit vorausgesetzt – der jeweilige Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten, der die Befriedigung des Gläubigers nicht voraussetzt, als Aktivposten anzusetzen. Im Ergebnis hat das regelmäßig zur Folge, dass Ehegatten, die als Gesamtschuldner haften, die gemeinsamen Verbindlichkeiten bei ihrem Endvermögen jeweils nur mit der Quote ansetzen können, die im Innenverhältnis auf sie entfällt (Senatsurteil vom 6. Oktober 2010 – XII ZR 10/09 – FamRZ 2011, 25 Rn. 16).

53 aa) Im Außenverhältnis haften die Parteien für die als Gesamtschuldner aufgenommenen Darlehen jeweils voll. Die sich daraus ergebende hälftige Ausgleichspflicht war während der intakten Ehe allerdings durch die eheliche Lebensgemeinschaft überlagert, so dass von einer stillschweigend geschlossenen Vereinbarung im Sinne des § 426 Abs. 1 BGB auszugehen ist, die es einem Ehegatten verwehrt, Ausgleich für Zahlungen zu verlangen, die er während des Zusammenlebens erbracht hat. Eine solche anderweitige Vereinbarung endet allerdings mit dem Scheitern der Ehe und der Trennung der Ehegatten. Ausgleichs- und Freistellungsansprüche entstehen dann für weitere Zahlungen und künftig fällig werdende Leistungen, soweit nicht an die Stelle der Lebensgemeinschaft andere besondere Umstände treten, aus denen sich erneut ein vom Regelfall abweichender Maßstab ergibt (Senatsurteile vom 11. Mai 2005 – XII ZR 289/02 – FamRZ 2005, 1236 f. und vom 30. November 1994 – XII ZR 59/93 – FamRZ 1995, 216, 217).

54 bb) Soweit der Beklagte die Gesamtschulden der Parteien zwischen Trennung und Zustellung des Scheidungsantrags getilgt hat, wäre eine hälftige Ausgleichsforderung nach § 426 Abs. 2 BGB als Vermögenswert in sein Endvermögen aufzunehmen, während sie als Verbindlichkeit im Endvermögen der Klägerin zu berücksichtigen wäre. Der hälftige Ausgleich der Differenz durch den Zugewinn neutralisiert mithin regelmäßig die Ausgleichsforderung nach § 426 Abs. 2 BGB.

55 Nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts verfügt die zugewinnausgleichsberechtigte Ehefrau im vorliegenden Fall über einen eigenen Zugewinn, der die Ausgleichsforderung übersteigt. Weil sich die Ausgleichsforderung nach § 426 Abs. 2 BGB deswegen im Ergebnis nicht auswirkt und sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht in die Endvermögen der Parteien eingestellt wurde, kann von einer anderweitigen Vereinbarung ausgegangen werden, die den Ausgleich im Innenverhältnis der Parteien dem Zugewinnausgleich belässt.

56 cc) Soweit das Oberlandesgericht auch eine aufrechenbare Ausgleichsforderung des Beklagten aus § 426 Abs. 2 BGB für Tilgungsleistungen nach Zustellung des Scheidungsantrags abgelehnt hat, hält dies ebenfalls der revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

57 Eine anderweitige Bestimmung, die die grundsätzlich anteilige Haftung von Gesamtschuldnern im Innenverhältnis verdrängt, liegt nach der Rechtsprechung des Senats dann nahe, wenn die alleinige Schuldentilgung durch einen der getrennt lebenden oder geschiedenen Ehegatten bereits bei der Berechnung des dem anderen zustehenden Unterhalts berücksichtigt wurde. Denn dies führt zu einer dem hälftigen Schuldenabtrag nahezu entsprechenden Reduzierung des Unterhalts und damit wirtschaftlich zu einer mittelbaren Beteiligung des Unterhaltsberechtigten am Schuldenabtrag (Senatsurteil vom 9. Januar 2008 – XII ZR 184/05 – FamRZ 2008, 602 Rn. 9).

58 Diese Voraussetzungen liegen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier vor, weil der Unterhaltsanspruch der Klägerin unter Berücksichtigung der gesamten Tilgungsleistungen des Beklagten bemessen wurde. Diese Feststellungen sind rechtlich nicht zu beanstanden und werden auch von der Revision nicht substantiiert angegriffen. Zwar ist die Höhe des Bedarfs der Klägerin auf Trennungsunterhalt durch Urteil des Oberlandesgerichts vom 30. November 2004 konkret mit 4935 DM Elementarunterhalt, 1600 DM Altersvorsorgeunterhalt und 650 DM Krankenvorsorgeunterhalt bemessen worden. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die fortlaufende Tilgung des gemeinsamen Kredits aber auch die Bemessung des konkreten Unterhaltsbedarfs beeinflusst, was zu einer wirtschaftlichen Beteiligung der Klägerin an der Kredittilgung führt.

59 Es kommt deswegen nicht darauf an, welchen Teil der Tilgungsleistungen der Beklagte noch vor Zustellung des Scheidungsantrags vorgenommen hat und auf welchen Betrag sich die Tilgungsleistungen nach Zustellung des Scheidungsantrags belaufen.

60 4. Weil das Berufungsgericht den Beklagten deswegen zu Recht zur Zahlung eines Zugewinnausgleichs in Höhe von 48.020,78 € nebst Zinsen verurteilt hat, ist seine Revision zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 35, 80 InsO; § 1353 BGB
Ehe; Einkommensteuer; Anspruch auf Zustimmung zur Zusammenveranlagung gegen den Insolvenzverwalter

a) Der Anspruch des Ehegatten auf Zustimmung zur Zusammenveranlagung richtet sich nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des anderen Teils gegen den Insolvenzverwalter.

b) Der Insolvenzverwalter kann die Zustimmung nicht davon abhängig machen, dass sich der Ehegatte zur Auszahlung des Wertes des durch die Zusammenveranlagung erzielten Steuervorteils verpflichtet.

(BGH, Urteil vom 18. 11. 2010 – IX ZR 240/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte ist Verwalter in dem am 18. Juni 1999 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen des Ehemannes der Klägerin (fortan: Schuldner). Die Eheleute, die in intakter Ehe zusammenleben, waren in den Jahren 1999 und 2000 getrennt zur Einkommensteuer veranlagt worden; für das Jahr 2001 hatten sie die Zusammenveranlagung beantragt. Im Jahr 2002 führte das zuständige Finanzamt auf Antrag des Beklagten die getrennte Veranlagung durch. Danach hatte die Klägerin – die Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt und keine Vor-

auszahlungen geleistet hat – Einkommensteuer nebst Solidaritätszuschlag in Höhe von 4244,26 € zu zahlen. Die Klägerin legte Einspruch ein. Für die Jahre 2003 und 2004 hat die Klägerin bisher keine Einkommensteuererklärung abgegeben.

2 Die Klägerin verlangt von dem Beklagten, gegenüber dem zuständigen Finanzamt der Zusammenveranlagung der Eheleute für die Jahre 2002, 2003 und 2004 zuzustimmen. Sie will damit einen zum 31. Dezember 2001 gemäß § 10d Abs. 4 EStG zugunsten des Schuldners festgestellten Verlustvortrag von 392.019 € zur Steuerersparnis nutzen. Aus der Verwaltung der Insolvenzmasse sind im fraglichen Zeitraum keine steuerpflichtigen Einnahmen erzielt worden. Das Landgericht Cottbus (ZInsO 2006, 1337) hat den Beklagten verurteilt, der Zusammenveranlagung Zug um Zug gegen Abgabe einer Erklärung zuzustimmen, mit der sich die Klägerin bindend verpflichtet, die aus der Anrechnung des Verlustvortrags erlangten Steuervorteile an den Beklagten auszuzahlen. Das Berufungsgericht ([OLG Brandenburg] ZVI 2008, 30) hat den Beklagten verurteilt, der Zusammenveranlagung Zug um Zug gegen Abgabe einer Erklärung zuzustimmen, mit welcher der Schuldner von etwa künftig eintretenden steuerlichen Nachteilen infolge der gemeinsamen steuerlichen Veranlagung freigestellt wird. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision will der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

3 **Aus den Gründen:** Die Revision bleibt ohne Erfolg.

4 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zustimmung zur gemeinsamen steuerlichen Veranlagung folge aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 80 InsO, weil sich die Steuerlast der Klägerin verringern, der Schuldner und damit die Masse – bezogen auf den Veranlagungszeitraum – aber keinerlei Nachteile erleiden würde. Die Klägerin habe den Schuldner von künftig aus dem teilweisen Verbrauch des Verlustvortrags folgenden Nachteilen freizustellen. Anspruch auf Teilhabe an den steuerlichen Vorteilen der Klägerin habe der Beklagte nicht. Ein derartiger Anspruch folge weder aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB noch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Ein Ehegatte habe kein Recht auf (teilweise) Auszahlung des Einkommens des anderen Teils; die Ehe stelle den Rechtsgrund für die gegenseitige Inanspruchnahme eines Verlustvortrages dar.

5 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

6 1. Grundlage des Begehrens der Klägerin ist § 1353 Abs. 1 BGB.

7 a) Gemäß § 1353 Abs. 1 BGB ist ein Ehegatte dem anderen gegenüber verpflichtet, in eine von diesem gewünschte Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer einzuwilligen, wenn dadurch die Steuerschuld des anderen verringert und der auf Zustimmung in Anspruch genommene Ehegatte keiner zusätzlichen steuerlichen Belastung ausgesetzt wird; denn aus dem Wesen der Ehe folgt eine Verpflichtung beider Ehegatten, die finanziellen Lasten des anderen Teils nach Möglichkeit zu vermindern, soweit dies ohne Verletzung eigener Interessen möglich ist (BGHZ 155, 249, 252 f; BGH, Urt. v. 23. Mai 2007 – XII ZR 250/04, NJW 2007, 2554 Rn. 10; v. 18. November 2009 – XII ZR 173/06, FamRZ 2010, 209, 210 Rn. 11; jeweils m.w.N.). Die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen eines Wahlrechts der Eheleute nach § 26 Abs. 1 Satz 1 EStG standen in den Vorinstanzen außer Streit. Die Zusammenveranlagung führt in den hier relevanten Veranlagungszeiträumen nicht zu steuerlichen Nachteilen des Schuldners; derartige Nachteile sind auch nicht in absehbarer Zeit zu erwarten, weil das Unternehmen des Schuldners abgewickelt worden ist.

8 b) Dass der Schuldner die Verlustvorträge, welche die Klägerin jetzt für sich nutzbar machen möchte, in Zukunft nicht mehr gemäß § 10d Abs. 2 EStG steuermindernd wird einsetzen können, ändert im Ergebnis nichts. Verpflichtet sich der die Zusammenveranlagung begehrende Ehegatte, den anderen von etwaigen Nachteilen hieraus freizustellen, wird dieser so behandelt, als träfen ihn keine Nachteile (BGH, Urt. v. 3. November 2004 – XII ZR 128/02, NJW-RR 2005, 225). Die Klägerin hat vorliegend zwar keine Freistellung angeboten. Das Berufungsgericht hat den Beklagten jedoch nur Zug um Zug gegen Abgabe einer Erklärung verurteilt, in der sich die Klägerin verpflichtet, den Schuldner von etwa künftig eintretenden steuerlichen Nachteilen freizustellen, die aus der Zusammenveranlagung folgen. Das Risiko einer in Zukunft höheren Steuerlast des Schuldners wird deshalb im Ergebnis von der Klägerin getragen und trifft den Schuldner nicht.

9 Entgegen der Ansicht der Revision brauchte das Berufungsgericht nicht zu prüfen, inwieweit beide Ehegatten – die Klägerin und der Schuldner – finanzielle Beiträge zum Familienunterhalt geleistet haben. Nach der Rechtsprechung des für das Familienrecht zuständigen XII. Zivilsenats, von welcher abzuweichen der erkennende Senat keinen Anlass sieht, ist der Ehegatte zur Zustimmung verpflichtet, wenn ihm hieraus keine Nachteile erwachsen. Nur dann, wenn diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, wenn der Ehegatte also infolge seiner Zustimmung mit einer höheren Steuerlast im Veranlagungszeitraum oder in den folgenden Jahren rechnen muss, ist weiter zu prüfen, ob einer der Ausnahmetatbestände vorliegt, der den Anspruch auf Zustimmung trotz der Mehrbelastung weiterhin bestehen lässt. Eine zusätzliche steuerliche Belastung des anderen Teils steht dem Anspruch auf Zustimmung nämlich nicht entgegen, wenn es sich um eine Belastung handelt, die der andere nach den gegebenen Umständen im Innenverhältnis zu tragen hat, etwa weil die Ehegatten eine entsprechende Aufteilung ihrer Steuerschulden ausdrücklich oder konkludent vereinbart haben oder dies aus der tatsächlichen Gestaltung im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft entspricht (vgl. BGH, Urt. v. 18. November 2009 – XII ZR 173/06, aaO S. 217 Rn. 16 ff). Da im vorliegenden Fall eine höhere steuerliche Belastung des Schuldners weder in den Veranlagungszeiträumen, für welche Zustimmung zur Zusammenveranlagung verlangt wird, noch in den Folgejahren zu befürchten ist und das gleichwohl bestehende Risiko einer in Zukunft höheren Steuerlast des Schuldners durch die Freistellungserklärung abgedeckt wird, war eine Prüfung der dargelegten Ausnahmetatbestände entbehrlich.

10 2. Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners richtet sich der Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten.

11 a) Nur der Beklagte ist für den geltend gemachten Anspruch passivlegitimiert. In der Insolvenz eines Ehegatten wird das Wahlrecht für eine Getrennt- oder Zusammenveranlagung zur Einkommensteuer durch den Insolvenzverwalter ausgeübt (vgl. BGH, Urt. v. 24. Mai 2007 – IX ZR 8/06, NZI 2007, 455, 456 Rn. 8 f). Der Schuldner ist aus diesem Grund nicht mehr in der Lage, die von der Klägerin geforderte Erklärung abzugeben.

12 b) Der Anspruch der Klägerin aus § 1353 Abs. 1 BGB stellt keine Insolvenzforderung dar, die – gegebenenfalls nach Umrechnung (§ 45 InsO) – zur Tabelle angemeldet und festgestellt werden müsste (§§ 174 ff InsO). Es handelt sich nicht um einen „Vermögensanspruch“ im Sinne von § 38 InsO; denn das Veranlagungswahlrecht, um dessen Ausübung es hier geht, ist, wie der Senat an anderer Stelle näher ausgeführt hat, kein Vermögensgegenstand (BGH, Urt. v. 24. Mai 2007, aaO Rn. 9). Im Übrigen war der Anspruch im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht begründet.

13 3. Auf ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) kann sich der Beklagte nur in dem vom Berufungsgericht ausgeurteilten Umfang berufen.

www.prewest.de

Februar 2007 – Februar 2011: 426 377 Zugriffe

14 a) Der Schuldner hätte, wenn das Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden wäre, keinen Anspruch auf Auszahlung desjenigen Betrages gehabt, um den sich die Steuerlast der Klägerin bei Inanspruchnahme des Verlustvortrags verringert. Ein entsprechender Anspruch folgt weder aus § 1353 Abs. 1 BGB noch aus § 812 Abs. 1 BGB. Leben die Eheleute, wie hier, in intakter Ehe zusammen, ist davon auszugehen, dass sie von den zusammengelegten beiderseitigen Einkünften gelebt und mit ihnen gewirtschaftet haben.

15 b) Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ändert im Ergebnis nichts. Auch dem Beklagten steht kein Anspruch auf Auszahlung der Steuerersparnis zu, den die Klägerin unter Inanspruchnahme des Verlustvortrags des Schuldners erzielt.

16 aa) Der Beklagte meint im Anschluss an Kahlert, EWiR 2008, 47, 48, der Verlustvortrag stelle eine vermögenswerte Rechtsposition dar, welche gemäß § 35 Abs. 1 InsO Teil der Insolvenzmasse sei und deshalb den Gläubigern des Insolvenzschuldners, nicht aber dem anderen Ehegatten gebühre. Die insolvenzrechtliche Zuordnung des Verlustvortrags zur Insolvenzmasse verbiete es, dem Ehegatten die Nutzung des Verlustvortrages zu gestatten, ohne dass der Masse ein Ausgleich zuteil werde.

17 bb) Die Ansicht trifft nicht zu. Die Vorschrift des § 10d EStG gewährt dem Steuerpflichtigen unter den dort statuierten Voraussetzungen eine subjektivöffentliche Berechtigung zum Verlustabzug, also zur Verrechnung der im Veranlagungszeitraum ihrer Entstehung nicht ausgeglichenen negativen Einkünfte mit den positiven Einkünften nachfolgender Veranlagungszeiträume. Der Verlustabzug hat den Rechtscharakter eines aufschiebend, nämlich durch die Entstehung künftiger positiver Gesamtbeträge der Einkünfte bedingten Einkommensteuerminderungsanspruchs. Einem solchen potentiellen Verrechnungsanspruch kommt dem Grunde nach ein wirtschaftlicher (Vermögens-)Wert zu (BFH ZEV 2008, 199, 201). Aus dem Rechtscharakter der Einkommensteuer als Personensteuer und dem Prinzip der Individualbesteuerung folgt jedoch, dass der Verlustvortrag weder für sich genommen noch in Verbindung mit der die Verluste verursachenden Einkunftsquelle übertragen werden kann (BFH ZEV 2008, 199, 202). Kann er nicht übertragen werden, kann er auch nicht zugunsten der Insolvenzmasse „versilbert" werden.

18 c) Auf Verlangen des Beklagten wäre die Klägerin unter Umständen verpflichtet gewesen, Sicherheit für die Zug um Zug gegen die Zustimmungserklärung zu übernehmende Freistellungsverpflichtung zu leisten (vgl. BGH, Urt. v. 24. Mai 2007, aaO Rn. 11; OLG Dresden ZIP 2009, 1017, 1021; Onusseit, ZVI 2009, 353, 357 f). Im Ergebnis bedarf diese Frage hier aber keiner Entscheidung.

19 aa) Die Leistung einer Sicherheit wird nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag des Berechtigten angeordnet (vgl. § 321 Abs. 1 BGB). Die Revision weist nicht nach, dass der Beklagte in den Tatsacheninstanzen Sicherheit verlangt hat. In der Revisionsinstanz kann die Erhebung einer Einrede aus § 273 BGB nicht nachgeholt werden (BGH, Urt. v. 24. November 2006 – LwZR 6/05, WPM 2007, 996, 1000 Rn. 37 m.w.N.).

20 bb) Die Revision zieht dies im Grundsatz nicht in Zweifel. Sie rügt jedoch unter Hinweis auf § 139 ZPO, dass das Berufungsgericht den Beklagten nicht auf die beabsichtigte Abänderung des erstinstanzlichen Urteils hingewiesen habe. Im Falle eines rechtzeitigen Hinweises hätte der Beklagte Sicherheit verlangt. Diese Rüge ist nicht berechtigt. Nach § 139 Abs. 2 ZPO darf das Gericht seine Entscheidung nicht auf einen Gesichtspunkt stützen, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat. Hat eine Partei in erster Instanz obsiegt, darf sie darauf vertrauen, dass das Berufungsgericht ihr einen Hinweis erteilt, wenn es aufgrund seiner abweichenden rechtlichen Beurteilung eine Ergänzung des tatsächlichen Vorbringens der Partei oder einen Beweisantritt für erforderlich hält. Das gilt jedoch dann nicht, wenn es um einen oder sogar den zentralen Streitpunkt geht, der zur Überprüfung durch das Berufungsgericht gestellt wird (BGH, Urt. v. 19. August 2010 – VII ZR 113/09, NJW 2010, 3089 [= WuM 2011, 52] Rn. 18). Das Berufungsgericht muss den Parteien dann nicht vorab mitteilen, wie es zu entscheiden gedenkt. Im vorliegenden Fall hatte das Landgericht eine Zug-um-Zug-Verurteilung ausgesprochen. Die Klägerin hat Berufung mit dem Ziel eingelegt, eine unbedingte Verurteilung des Beklagten zu erreichen. Das kann dem Beklagten nicht entgangen sein. Es war seine Sache zu überlegen, welche Gegenrechte er geltend machen wollte.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 129, 131 InsO
Gewerbliche Zwischenvermietung; Zahlungsunfähigkeit; Direktzahlung des Endmieters an den Vermieter; Gläubigerbenachteiligung; inkongruente Deckung

Die auf Anweisung des zahlungsunfähigen Zwischenmieters erfolgte Direktzahlung des Endmieters an den Vermieter gewährt diesem eine inkongruente Deckung, welche die Gläubiger des Zwischenmieters objektiv benachteiligt.

(BGH, Urteil vom 20. 1. 2011 – IX ZR 58/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die T. mbH (fortan: Schuldnerin) schloss mit den Klägern als Vermietern im Januar 2005 einen Staffelmietvertrag, mit dem sie deren Wohnung in A. für die gewerbliche Weitervermietung bis Juni 2015 mietete. Im April 2007 vermietete die Schuldnerin diese Wohnung an die P. GmbH als Endmieterin weiter. Die von der Schuldnerin an die Kläger für Juli und Oktober 2007 zu entrichtenden Mieten blieben offen. Mit Schreiben vom 15. Oktober 2007 wies die Schuldnerin die Endmieterin – nach entsprechender schriftlicher Mitteilung an die Kläger – an, die bislang an sie gezahlte Miete an die Kläger zu zahlen. Die Endmieterin überwies von Dezember 2007 bis Juni 2008 monatlich 530 € an die Kläger.

2 Nachdem am 11. März 2008 ein Gläubiger einen Insolvenzantrag gestellt hatte, wurde am 28. Juli 2008 das Verfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Nach Eröffnung kündigte der Beklagte das Zwischenmietverhältnis mit den Klägern zum 31. Oktober 2008.

3 Die Kläger nehmen den Beklagten auf Zahlung der von August bis Oktober 2008 geschuldeten Mieten zuzüglich Nebenkostenvorauszahlungen in Höhe von insgesamt 1533 € in Anspruch. Der Beklagte macht geltend, die Direktzahlungen der Endmieterin seien als inkongruente Deckungen anfechtbar und begehrt Rückgewähr. In Höhe der Klageforderung rechnet er gegen diese auf. Den nach seiner Berechnung überschießenden Betrag von 3237 € macht er im Wege der Widerklage geltend. Das Amtsgericht Albstadt hat die Klage abgewiesen und der Widerklage in Höhe von 2177 € stattgegeben. Auf die Berufung der Kläger hat das Landgericht Hechingen das amtsgerichtliche Urteil teilweise abgeändert und die Widerklage in Höhe von weiteren 530 € abgewiesen. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihren Klage- und Abweisungsantrag weiter. Der Beklagte begehrt Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

4 **Aus den Gründen:** I. Im Hinblick auf die teilweise Abweisung der Widerklage ist die Revision des Beklagten unzulässig.

5 1. Das Berufungsgericht hat die Revision nur beschränkt zugelassen. Das ergibt sich zwar nicht aus dem Tenor, wohl aber, was nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausreicht (BGH, Urteil vom 29. Januar 2003 – XII ZR 92/01, BGHZ 153, 358, 360 f mwN; vom 30. September 2010 – IX ZR 178/09, ZInsO 2010, 2089 Rn. 6), eindeutig aus den Gründen des Urteils. Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision damit begründet, es sei eine abschließende höchstrichterliche Klärung zur Frage der Anfechtung von Direktzahlungen im Dauerschuldverhältnis wegen inkongruenter Deckung herbeizuführen. Diese Begründung betrifft nur den Widerklageanspruch.

spruch über die Rückgewähr der durch Direktzahlung der Endmieterin vor Verfahrenseröffnung erlangten Beträge, aber nicht die Zuordnung der vom Berufungsgericht auf den Monat November 2008 verrechneten Überweisung der (früheren) Endmieterin vom 18. November 2008. Die Parteien hatten auch nur in diesem Umfang die Zulassung der Revision beantragt.

6 2. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Beschränkung der Revisionszulassung ist auch wirksam. Denn die Zulassung der Revision kann auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Streitstoffs beschränkt werden, welcher Gegenstand eines Teilurteils sein oder auf den der Revisionskläger seine Revision beschränken könnte (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2010 – VIII ZR 159/09, BGHZ 184, 138 [=WuM 2010, 163] Rn. 16 mwN). So verhält es sich hier, weil es sich bei dem Anfechtungsanspruch wegen der vorausgegangenen Mietzahlungen um einen rechtlich selbständigen Teil des Streitgegenstands handelt.

7 3. Die unzulässige Revision des Beklagten kann auch nicht als Anschlussrevision nach § 554 Abs. 2 ZPO weiter verfolgt werden, denn ihr Gegenstand steht nicht in einem unmittelbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem von der Revision der Kläger erfassten Streitgegenstand (vgl. Hk-ZPO/Kayser, 4. Aufl. § 554 Rn. 5 mwN).

8 II. Die Revision der Kläger ist unbegründet.

9 1. Das Berufungsgericht hat angenommen, dem Beklagten stehe für den Zeitraum Januar bis einschließlich Juni 2008 ein Rückgewähranspruch gemäß § 129 Abs. 1, § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2, § 143 Abs. 1 InsO zu, mit dem er gegen die mit der Klage geltend gemachten Mietansprüche aufrechnen könne. Die Schuldnerin sei spätestens im November 2007 zahlungsunfähig gewesen. Die Direktzahlungen der Endmieterin an die Kläger hätten zu einer objektiven Gläubigerbenachteiligung geführt, weil hierdurch die Mietansprüche der Schuldnerin gegen die Endmieter erloschen seien und die Gläubiger damit nur noch Zugriff auf eine verminderte Aktivmasse gehabt hätten. Auf hypothetische Erwägungen zu einer möglichen Kündigung des Zwischenmietvertrages durch die Kläger komme es nicht an. Diese könnten die tatsächlich eingetretene Gläubigerbenachteiligung nicht beseitigen. Ob die Kläger ohne die Direktzahlungen den Mietvertrag bei Auftreten weiterer Zahlungsrückstände über die Monate Juli und Oktober 2007 hinaus tatsächlich zeitnah gekündigt hätten, sei offen. Die Direktzahlungen seien inkongruent, weil eine insolvenzfeste Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner – und damit ein Anspruch der Kläger auf diese Zahlungen – gefehlt habe. Wegen der Inkongruenz komme ein Bargeschäft nicht in Betracht. Der Anspruch des Beklagten in Höhe von 3180 € sei in Höhe von 1533 € durch Aufrechnung erloschen. In den Monaten August und September 2008 hätten die Kläger unstreitig nichts bekommen. Soweit die Endmieterin für Oktober 2008 am 15. Oktober 530 € überwiesen habe, sei dieser Betrag am 17. Oktober zurückgebucht worden. Eine Überweisung vom 18. November 2008 sei auf den Monat November zu verrechnen, in dem das Mietverhältnis schon zwischen den Klägern und der Endmieterin unmittelbar bestanden habe (§ 565 Abs. 1 Satz 1 BGB).

10 2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision der Kläger stand.

11 a) Der geltend gemachte Anfechtungsanspruch aus §§ 129 ff, 143 Abs. 1 InsO scheitert entgegen der Auffassung der Revision der Kläger nicht am Fehlen einer objektiven Gläubigerbenachteiligung.

12 aa) Eine Gläubigerbenachteiligung im Sinne der insolvenzrechtlichen Anfechtungsvorschriften liegt vor, wenn eine Rechtshandlung entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt und dadurch den Zugriff auf das Schuldnervermögen vereitelt, erschwert oder verzögert hat (BGH, Urteil vom 22. Dezember 2005 – IX ZR 190/02, BGHZ 165, 343, 350; vom 16. Oktober 2008 – IX ZR 2/05, ZInsO 2008, 1322 Rn. 9; HK-InsO/Kreft, 5. Aufl. § 129 Rn. 37 mwN). Eine Verkürzung der Masse kann insbesondere dann eintreten, wenn eine dem Schuldner zustehende Forderung durch Zahlung an einen Dritten getilgt wird, weil der Schuldner für die Befriedigung des Zahlungsempfängers einen Vermögensgegenstand aufgibt, der anderenfalls den Gläubigern insgesamt zur Verfügung gestanden hätte (BGH, Urteil vom 10. Mai 2007 – IX ZR 146/05, ZIP 2007, 1162 Rn. 9; vom 16. Oktober 2008, aaO).

13 bb) Die hier in Rede stehende Mietforderung der Schuldnerin aus dem mit der Endmieterin geschlossenen Mietvertrag vom April 2007 stand ausschließlich der Schuldnerin zu. Aus dem Mietvertrag für gewerbliche Zwischenvermietung vom Januar 2005 hatten die Kläger nur Ansprüche gegen die Schuldnerin, einen unmittelbaren Anspruch gegen die Endmieterin gab es nicht. Auf die Frage, ob die Schuldnerin überhaupt Einnahmen durch Weitervermietung erzielen konnte, sollte es im Hinblick auf die von ihr gegen Entgelt übernommene Mietgarantie gerade nicht ankommen. Nach § 2 der „Allgemeinen Bedingungen für die gewerbliche Zwischenvermietung“ sollte die Schuldnerin das wirtschaftliche Risiko der Erstvermietung, Weitervermietung und des Mietausfalls der Kaltmiete tragen. Damit mussten ihr auch die Einnahmen aus der Weitervermietung zustehen. Eine Vereinbarung zwischen den Klägern und der Schuldnerin über die Änderung dieser Vertragsbedingungen, aufgrund derer die Zahlung unmittelbar von der Endmieterin an die Kläger zu leisten war, hat es unstreitig nicht gegeben.

14 cc) Die in diesem Zusammenhang angestellte Erwägung der Revision der Kläger, diese hätten ohne eine insolvenzfeste Übertragung der Ansprüche der Schuldnerin gegen die Endmieterin auf sie durch die Anweisung zur Direktzahlung vom 15. Oktober 2007 nur die Möglichkeit gehabt, das Mietverhältnis mit der Schuldnerin wegen der offenen Mieten aus Juli und Oktober 2007 fristlos zu kündigen und damit die Krise der Schuldnerin noch zu verschärfen, ist im Rahmen der Prüfung, ob eine Gläubigerbenachteiligung vorliegt, nicht erheblich. Die Frage des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Rechtshandlung und der Gläubigerbenachteiligung ist aufgrund des realen Geschehens zu beurteilen. Für hypothetische, nur gedachte Kausalverläufe ist insoweit kein Raum (BGH, Urteil vom 2. Juni 2005 – IX ZR 263/03, ZIP 2005, 1521, 1523; vom 29. September 2005 – IX ZR 184/04, ZIP 2005, 2025, 2026; HK-InsO/ Kreft, aaO § 129 Rn. 66; MünchKomm-InsO/Kirchhof, 2. Aufl. § 129 Rn. 181; Uhlenbruck/Hirte, InsO 13. Aufl. § 129 Rn. 123). Dass die Kündigung ohne die Anweisung zur Direktzahlung tatsächlich erfolgt wäre, konnte das Berufungsgericht ohnehin nicht feststellen. Die Kläger hätten mit der Kündigung die Mietgarantie verloren.

15 dd) Die Würdigung des Berufungsgerichts, die Gläubiger der Schuldnerin hätten infolge der Anweisung vom 15. Oktober 2007 nur noch Zugriff auf eine verminderte Aktivmasse gehabt, ist entgegen der klägerischen Revisionsbegründung zutreffend. Die Schuldnerin hat durch ihre mittelbare Zuwendung den Klägern volle Deckung ihres Mietzahlungsanspruchs verschafft zu Lasten ihrer anderen Gläubiger. Denn was einem Gläubiger zugewendet wird, kann für die Befriedigung der anderen nicht mehr eingesetzt werden (Raebel in Festschrift Ganter 2010, S. 339, 343 oben; vgl. auch BGH, Urteil vom 6. Oktober 2009 – IX ZR 191/05, BGHZ 182, 317 Rn. 13).

16 b) Auch die übrigen Voraussetzungen eines Anfechtungsanspruchs aus § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2, § 143 Abs. 1 InsO sind erfüllt.

17 aa) In der Rechtsprechung ist seit jeher anerkannt, dass Befriedigungen, die nicht in der Art erbracht werden, in der sie geschuldet sind, eine inkongruente Deckung im Sinne von § 30 Nr. 2 KO gewähren (vgl. für Direktzahlungen des Auftraggebers gemäß § 16 Nr. 6 VOB/B an einen Nachunternehmer BGH, Beschluss vom 6. Juni 2002 – IX ZR 425/99, ZInsO 2002, 766; Urteil vom 16. Oktober 2008, aaO Rn. 13; OLG Dresden, ZIP 1999, 2161, 2165 mit zustimmender Anmerkung von Schmitz EWiR 2000, 253 f). Für § 131 Abs. 1 InsO gilt dieser Grundsatz wie schon unmittelbar dem Wortlaut der Bestimmung entnommen werden kann, gleichermaßen (vgl. Graf-Schlicker/Huber,

InsO 2. Aufl. § 131 Rn. 5; HK-InsO/Kreft, aaO § 131 Rn. 9; Jaeger/Henckel, InsO, § 131 Rn. 15; Schoppmeyer in Kübler/Prütting/Bork, InsO § 131 Rn. 59). Die Insolvenzgläubiger benachteiligende nicht geschuldete Direktzahlungen, die ein Dritter auf Anweisung des Schuldners erbringt, sind dem Empfänger gegenüber als inkongruente Deckung anfechtbar. Dies gilt auch für Mietzahlungen, die der Endmieter auf Anweisung des Zwischenmieters an den Vermieter entgegen der vertraglichen Vereinbarung leistet. Denn der Vermieter hat keinen Anspruch darauf, seine Forderung gegen den Zwischenmieter in dieser Art – aufgrund einer Zahlungsanweisung an den Endmieter – durch diesen als Dritten erfüllt zu bekommen. Darin liegt eine nicht unerhebliche Abweichung vom normalen Zahlungsweg des Zwischenmieters an den Vermieter. Derartige Direktzahlungen sind zudem besonders verdächtig, wenn sie – wie hier – an einen Zahlungsverzug des Zwischenmieters und damit typischerweise an dessen Liquiditätsschwierigkeiten anknüpfen (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2008, aaO Rn. 13).

18 bb) Aus den Besonderheiten des Mietverhältnisses als Dauerschuldverhältnis folgt hier nichts anderes. Ob das Mietverhältnis bei fristloser Kündigung durch die Kläger auf die Endmieterin übergegangen wäre, ist unerheblich, weil eine fristlose Kündigung unterblieben ist. Mieterschutzrechtliche Gesichtspunkte gebieten keine andere Sichtweise. Auch wenn gemäß § 566c Satz 1 BGB Anweisungen des Zwischenmieters vom Endmieter zu befolgen sind, hat die fehlende Kongruenz der Anweisung keine mieterschädlichen Auswirkungen. Anfechtbar ist die von den vertraglichen Vereinbarungen abweichende Befriedigung gegenüber dem Vermieter als Empfänger, nicht gegenüber dem Endmieter als Leistendem. Der Schutz des Endmieters, der sich auf die Anweisung des Zwischenmieters berufen kann, bleibt gewahrt. Dass eine periodische Verpflichtung vorliegt und keine Einmalzahlung geschuldet wird, ändert nichts an der Inkongruenz der von den Vereinbarungen abweichenden Befriedigung. Der Einwand des Bargeschäfts kann schon wegen der Inkongruenz der Art der Leistungserbringung nicht greifen (BGH, Urteil vom 10. März 2007, aaO Rn. 10 mwN).

19 cc) Die hier in Rede stehenden Zahlungen hat die Schuldnerin in den Monaten Januar bis Juni 2008 veranlasst. Sie gingen entweder im zweiten und dritten Monat vor der Antragstellung im März 2008 oder in diesem Monat und danach ein. Die Schuldnerin war nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts spätestens im November 2007 zahlungsunfähig. Die weiteren Voraussetzungen des § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO liegen damit vor.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 540, 545, 559, 562 ZPO
Anforderungen an das Berufungsurteil zur revisionsrechtlichen Nachprüfung

Zu den Anforderungen an die Abfassung von Berufungsurteilen zur Ermöglichung einer revisionsrechtlichen Nachprüfung.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 4. 5. 2011 – XII ZR 142/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger begehrt von den Beklagten rückständige Miete.

2 Das Amtsgericht Wiesbaden hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht Wiesbaden das amtsgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Das Berufungsurteil enthält keine eigenen Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts und keine Bezugnahme auf den Tatbestand der amtsgerichtlichen Entscheidung. Die Berufungsanträge der Parteien sind nicht wiedergegeben.

3 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein im Berufungsverfahren erweitertes Klagebegehren fort.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision ist begründet. Das Berufungsurteil ist aufzuheben, da es mangels tatsächlicher Feststellungen und der Wiedergabe der Berufungsanträge in der Revision nicht überprüfbar ist.

5 1. Nach § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO kann in einem Berufungsurteil der Tatbestand durch die Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im Urteil der ersten Instanz, verbunden mit erforderlichen Berichtigungen, Änderungen und Ergänzungen, die sich aus dem Vortrag der Parteien und aus etwaiger Bezugnahme vor dem Berufungsgericht ergeben, ersetzt werden.

6 Diese Voraussetzungen sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für den Inhalt eines Urteils nicht entbehrlich (Senatsurteile vom 10. Januar 2007 – XII ZR 235/04 – GuT 2007, 156 und vom 8. Februar 2006 – XII ZR 57/03 – NJW 2006, 1523; BGHZ 158, 60 = NJW 2004, 1389, 1390 mwN). Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut des Gesetzes, sondern auch und vor allem aus seinem Sinn, trotz der Erleichterungen bei der Abfassung von Berufungsurteilen die revisionsrechtliche Nachprüfung zu ermöglichen. Lässt ein Berufungsgericht die Revision zu, müssen sich die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung aus dem Urteil oder – im Falle des § 540 Abs. 1 Satz 2 ZPO – aus dem Sitzungsprotokoll so erschließen, dass eine revisionsrechtliche Nachprüfung möglich ist (BGHZ 158, 60 = NJW 2004, 1389, 1390). Außerdem muss das Berufungsurteil erkennen lassen, von welchem Sach- und Streitstand das Berufungsgericht ausgegangen ist, und die Anträge, die die Parteien im Berufungsverfahren gestellt haben, müssen zumindest sinngemäß wiedergeben werden (Senatsurteil vom 11. August 2010 – XII ZR 102/09 – FamRZ 2010, 1637 Rn. 20 mwN). Es ist nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, den Sachverhalt selbst zu ermitteln, um abschließend beurteilen zu können, ob die Revision begründet ist (BGHZ 73, 248 = NJW 1979, 927 und BGH Urteil vom 29. März 2007 – I ZR 152/04 – NJW 2007, 2334 Rn. 5).

7 2. Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsurteil diesen Anforderungen nicht genügt. Das Urteil enthält weder einen Tatbestand noch eine Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen des amtsgerichtlichen Urteils nach § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO noch die Wiedergabe der Berufungsanträge. Auch aus den Entscheidungsgründen lassen sich die tatsächlichen Feststellungen, auf denen das Urteil beruht, nicht in dem erforderlichen Umfang entnehmen. Zwar wird dort an einigen Stellen tatsächliches Vorbringen der Parteien erwähnt. Ohne Kenntnis des weiteren Tatsachenstoffs genügen diese Angaben jedoch nicht, um eine revisionsrechtliche Überprüfung des Urteils vornehmen zu können.

8 3. Dem Berufungsurteil fehlt daher die für die revisionsrechtliche Nachprüfung nach §§ 545, 559 ZPO erforderliche tatsächliche Beurteilungsgrundlage. Daher ist es nach §§ 562 Abs. 1, 563 Abs. 1 ZPO aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (BGH Urteil vom 14. Januar 2005 – V ZR 99/04 NJW-RR 2005, 716, 718 mwN).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

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.

§ 765a ZPO
Räumungszwangsvollstreckung; Vollstreckungsschutz; Befürchtung persönlicher und wirtschaftlicher Härten

Vorübergehender Vollstreckungsschutz gegen die Herausgabe eines vermieteten Gewerbegrundstücks an die geschiedene Ehefrau und ihren neuen Ehemann in der Räumungszwangsvollstreckung kann nicht allein aus dem Grund gewährt werden, dass der Schuldner im Rahmen des Zugewinnausgleichs eine Übertragung des Grundstücks in Aussicht nimmt, als Sozialleistungsbezieher die monatlichen Mieteinnahmen verliert, eine Behinderung des Zugangs über das herausgegebene Grundstück zu seinem Wohngrundstück erwartet und er einen Verstoß gegen das Schikaneverbot im Betreiben der Zwangsvollstreckung erblickt.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 18. 11. 2010 – I ZB 85/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Gläubiger betreiben gegen den Schuldner aus einem Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 26. März 2009 die Räumungsvollstreckung. Das Landgericht hat den Schuldner verurteilt, an die Gläubiger einen Schießstand (Flurstück 876) sowie eine Abstellhalle und eine Freifläche nebst Zugangstoren (Flurstück 874) herauszugeben.

2 Der Schuldner hat gegen die vom Gerichtsvollzieher auf den 29. Juli 2010 anberaumte Zwangsräumung die Gewährung von Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO beantragt. Dies hat er unter anderem damit begründet, dass er gegen die Gläubigerin zu 2, seine geschiedene Ehefrau, einen Anspruch auf Zugewinnausgleich habe, den diese nur durch Übereignung des Grundstücks mit der Flurstücknummer 876 (nachfolgend Grundstück 876) erfüllen könne. Die Gläubiger sind der beantragten Gewährung von Räumungsschutz entgegengetreten.

3 Das Vollstreckungsgericht [AG Chemnitz] hat dem Antrag auf Gewährung von Räumungsschutz stattgegeben und Räumungsschutz bis zur Entscheidung über den Zugewinnausgleich, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2010 bewilligt. Auf die sofortige Beschwerde der Gläubiger hat das Beschwerdegericht diese Entscheidung aufgehoben und den Antrag auf Vollstreckungsschutz zurückgewiesen. Der Gerichtsvollzieher hat auf den 15. Dezember 2010 Räumungstermin festgesetzt.

4 Gegen diese Entscheidung hat der Schuldner die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde eingelegt. Er beantragt, ihm für die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Beschwerdegerichts Prozesskostenhilfe zu bewilligen und Rechtsanwalt W. beizuordnen. Er beantragt ferner, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 26. März 2009 bis zur Entscheidung über die Rechtsbeschwerde, längstens bis 31. Dezember 2010, vorläufig einzustellen.

5 **Aus den Gründen:** II. Der Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe und Beiordnung von Rechtsanwalt W. ist abzulehnen, weil die beabsichtigte Rechts- verfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 114 Satz 1 ZPO).

6 Die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde ist zwar statthaft (§ 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO) und auch sonst zulässig (§ 575 ZPO). In der Sache hat sie jedoch keine Aussicht auf Erfolg, weil das Beschwerdegericht den Antrag des Schuldners auf Gewährung von Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO mit Recht zurückgewiesen hat.

7 Die Vorschrift des § 765a ZPO ermöglicht den Schutz gegen Vollstreckungsmaßnahmen, die wegen ganz besonderer Umstände eine Härte für den Schuldner bedeuten, die mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist. Die Anwendung dieser Bestimmung kommt nur in Betracht, wenn die Zwangsvollstreckungsmaßnahme im Einzelfall nach Abwägung der beiderseitigen Belange zu einem untragbaren Ergebnis für den Schuldner führen würde (BGH, Beschluss vom 14. Januar 2010 – I ZB 34/09, WuM 2010, 250 Rn. 7 mwN). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt.

8 a) Die Rechtsbeschwerde macht ohne Erfolg geltend, die Vollstreckung des Räumungsanspruchs führe zu einem für den Schuldner untragbaren Ergebnis, weil dieser berechtigterweise erwarten könne, das Eigentum an dem zu räumenden Grundstück 876 im Rahmen des laufenden Zugewinnausgleichsverfahrens zugewiesen zu erhalten und das Grundstück 876 damit wieder besitzen und nutzen zu können. Da nach einem anerkannten Rechtsgrundsatz derjenige treuwidrig und missbräuchlich handele, der eine Leistung verlange, die er alsbald zurückzugewähren habe, sei die Vollstreckung mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren.

9 Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts ist es noch völlig offen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe der Schuldner gegen die Gläubigerin zu 2 einen Anspruch auf Zugewinnausgleich hat. Über den Anspruch auf Zugewinnausgleich ist noch nicht rechtskräftig entschieden. Mit einer Entscheidung ist nach Darstellung der Rechtsbeschwerde auch kurzfristig nicht zu rechnen. Soweit das Familiengericht einen Ausgleichsanspruch von mehr als 111.000 € errechnet hat, handelt es sich dabei lediglich um eine vorläufige und unverbindliche Berechnung.

10 Es kann auch nicht angenommen werden, dass dem Schuldner aufgrund eines – unterstellten – Zugewinnausgleichsanspruchs das Eigentum am Grundstück 876 zu übertragen wäre und er damit wieder den Besitz und die Nutzungen des Grundstücks 876 erlangen würde. Dem steht entgegen, dass die Gläubigerin zu 2 nicht Alleineigentümer, sondern – neben dem Gläubiger zu 1, ihrem neuen Ehemann – lediglich Miteigentümer dieses Grundstücks ist. Das Familiengericht kann zwar nach § 1383 BGB anordnen, dass der Schuldner des Ausgleichsbetrages dem Gläubiger bestimmte Gegenstände seines Vermögens unter Anrechnung auf die Ausgleichsforderung zu übertragen hat, wenn dies erforderlich ist, um eine grobe Unbilligkeit für den Gläubiger zu vermeiden, und wenn dies dem Schuldner zugemutet werden kann. Die Begründung einer Bruchteilsgemeinschaft zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger zu 1 dürfte der Gläubigerin zu 2 wegen der zu erwartenden Verwaltungs- und Nutzungsstreitigkeiten zwischen ihrem geschiedenen und ihrem neuen Ehemann jedoch wohl kaum zumutbar sein (vgl. MünchKomm. BGB/Koch, 5. Aufl., § 1383 Rn. 10; Staudinger/Thiele, BGB ‹2007›, § 1383 Rn. 13). Selbst wenn dem Schuldner der Miteigentumsanteil der Gläubigerin zu 2 am Grundstück zu übertragen wäre, wäre er allein aufgrund seiner Rechtsstellung als Miteigentümer neben dem Gläubiger zu 1 nicht zum Besitz und zur Nutzung des Grundstücks berechtigt.

11 Im Übrigen führt die Räumung der Grundstücke auch deshalb nicht zu einem mit Blick auf einen möglichen Zugewinnausgleichsanspruch untragbaren Ergebnis für den Schuldner, weil seine möglichen Ausgleichsansprüche dadurch gesichert sind, dass zu seinen Gunsten aufgrund eines dinglichen Arrestes Zwangssicherungshypotheken auf den Miteigentumsanteilen der Gläubigerin zu 2 an den Grundstücken eingetragen sind.

12 b) Die Rechtsbeschwerde macht weiter ohne Erfolg geltend, dem Schuldner würde durch die Räumung die Möglichkeit genommen, den auf dem Grundstück 876 befindlichen Schießstand zu vermieten und damit einen Teil seines Lebensunterhalts zu verdienen. Das Landgericht hat darin, dass der Schuldner infolge der Räumung monatliche Einnahmen von 150 € aus dem Betrieb der Schießanlage verliert, mit Recht keinen Umstand gesehen, der es rechtfertigt, von der Räumungsvollstreckung abzusehen. Dass der monatliche Betrag von 150 € – wie die Rechtsbeschwerde geltend macht – angesichts der sehr beengten finanziellen Verhältnisse des Schuldners, der Sozial-

leistungen nach dem SGB II bezieht, einen erheblichen Teil seiner Lebensgrundlage darstellt, rechtfertigt keine andere Beurteilung.

13 c) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ist dem Schuldner auch nicht deshalb Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO zu gewähren, weil die Gläubiger angekündigt haben, ihm nach der Räumung die Zufahrt bzw. den Zugang zu dem von ihm bewohnten Grundstück, das nur über das zu räumende Grundstück 876 zugänglich ist, zu versperren bzw. zu erschweren. Der Schuldner ist nicht daran gehindert, gegen eine unberechtigte Behinderung des Zugangs zu dem von ihm bewohnten Grundstück vorzugehen. Er kann deshalb aber nicht die Einstellung der Zwangsvollstreckung verlangen.

14 d) Die Rechtsbeschwerde macht vergeblich geltend, eine sittenwidrige Härte sei darin zu sehen, dass die beabsichtigte Vollstreckung gegen das Schikaneverbot verstoße. Dass die Gläubiger die Zwangsvollstreckung nur betreiben, um dem Schuldner einen Schaden zuzufügen, ist nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts durch nichts belegt. Verbale Entgleisungen der Gläubiger sind – wie das Beschwerdegericht mit Recht angenommen hat – nicht geeignet, den Vollstreckungsschutzantrag des Schuldners zu begründen.

15 III. Der Antrag, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Landgerichts Chemnitz vom 26. März 2009 bis zur Entscheidung über die Rechtsbeschwerde, längstens bis zum 31. Dezember 2010, vorläufig einzustellen, wird abgelehnt.

16 Das Rechtsbeschwerdegericht kann nach § 575 Abs. 5, § 570 Abs. 3 ZPO vor der Entscheidung über die Rechtsbeschwerde eine einstweilige Anordnung erlassen und insbesondere die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung aussetzen. Eine Aussetzung kommt allerdings nur in Betracht, wenn die Rechtsbeschwerde zulässig und in der Sache nicht aussichtslos ist (Zöller/Gummer, ZPO, 28. Aufl., § 575 Rn. 11). Da die Rechtsbeschwerde – wie ausgeführt – keine Aussicht auf Erfolg hat, ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 3 ZPO; § 1004 BGB
Fischereirecht;
Streitwert der Klage zur Abwehr einer Störung

Der Streitwert der Klage gegen einen Störer auf Unterlassen des Fischens im Bereich des Fischereirechts des Klägers kann in einem Bruchteil des am Kaufpreis orientierten Verkehrswerts des Fischereirechts bemessen werden.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 25. 11. 2010 – III ZR 94/10)

1 **Aus den Gründen:** Der Kläger begehrt von den Beklagten, das Fischen im Bereich seines Fischereirechts zu unterlassen.

2 Der Wert des Streitgegenstands bestimmt sich für einen solchen Fall nach § 3 ZPO, weil andere Bestimmungen mit Sonderregelungen nicht eingreifen (Senatsurteil vom 9. Juni 1969 – III ZR 231/65, LM Nr. 40 zu § 3 ZPO).

3 Für die nach § 3 ZPO notwendige Schätzung ist dabei entscheidend, wie sich der Wert des als beeinträchtigt geltend gemachten Rechts verändert. Der im normalen Geschäftsverkehr erzielte Kaufpreis eines solchen Rechts gibt den Geschäftswert regelmäßig deutlich wieder und kann der Schätzung zugrunde gelegt werden. Ausgangspunkt ist deshalb der Wert des Fischereirechts selbst. Die Klage zur Abwehr einer Störung ist aber nicht so hoch zu bewerten wie etwa der Anspruch auf Abtretung und Übertragung des Rechts (vgl. Senatsurteil aaO).

4 Ausgehend von diesen Grundsätzen ist maßgeblich für den Streitwert auf die Wertänderung aufgrund der Beeinträchtigung des Fischereirechts des Klägers abzustellen.

5 Der Kläger hat für sein Fischereirecht, dessen Beeinträchtigung er im vorliegenden Verfahren geltend macht, 1993 umgerechnet 10.225,84 € bezahlt. Der Privatgutachter des Klägers indexiert den Kaufpreis auf den 1. Januar 2010 auf 13.140,20 €. Warum dieser Wert nicht vom Privatgutachter des Klägers für die Bewertung des Rechts herangezogen wird, wird im Gutachten nicht erläutert. Der Senat hat jedoch keine Bedenken, diesen Wert als maßgeblichen Wert des Fischereirechts des Klägers anzunehmen.

6 Da das Fischereirecht nicht gänzlich in Frage gestellt ist, sondern hier die Unterlassung einer Beeinträchtigung des Rechts geltend gemacht ist, schätzt der Senat die Beeinträchtigung auf höchstens 50% des Werts. Daraus ergibt sich der Streitwert für das hiesige Verfahren, der im Übrigen leicht über dem Wert liegt, den der Kläger in seiner Klageschrift selbst angegeben hat.

7 Abgesehen davon, dass mit dem Abstellen auf den Kaufpreis, den der Kläger selbst für das Fischereirecht gezahlt hat, ein hinreichender Anhaltspunkt für die Bewertung des Rechts vorliegt, kann auch der vom Sachverständigen ermittelte Verkehrswert nach dem Ertragswertverfahren nicht zur Glaubhaftmachung eines höheren Werts herangezogen werden. Wie der Gutachter selber darstellt, sind vom Kläger keine belastbaren betriebswirtschaftlichen Buchführungsergebnisse zur Verfügung gestellt worden, die einer aussagekräftigen Bewertung hätten zugrunde gelegt werden können.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Art. 237 § 2 EGBGB
Gemeindewald; Neue Bundesländer; Thüringen;
Waldgenossenschaft; Gerechtigkeitseigentümer;
Eigentum des Volkes; Gemeindeeigentum;
Grundbuchberichtigung; Bestandsschutz

Zum Anspruch einer Waldgenossenschaft in Nachfolge des ursprünglichen Gerechtigkeitseigentümers auf Grundbuchberichtigung und Eintragung als Eigentümerin oder Berechtigter am Gemeindewald, den die Gemeinde auf Grund Zuordnungsbescheids des zuvor als Eigentum des Volkes gebuchten Stückes erlangt hat.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 1. 7. 2010 – V ZR 34/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die beklagte Gemeinde ist auf Grund eines Zuordnungsbescheids als Eigentümerin eines zuvor als Eigentum des Volkes gebuchten Gemeindewalds im Grundbuch eingetragen. Die klagende Waldgenossenschaft meint, das Grundbuch sei unrichtig. In Wirklichkeit stehe ihr das Eigentum an dem Wald, jedenfalls aber ein Nutzungsrecht daran, zu. Das ergebe sich aus einem Nachtrag zu einem Rezess aus dem Jahre 1865. Das Landgericht Mühlhausen hat die Klage abgewiesen, weil die Rechte durch das Thüringer Gesetz von 1947 aufgehoben worden seien. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht Jena der Grundbuchberichtigungsklage stattgegeben. Die Revision hat es nicht zugelassen. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der Nichtzulassungsbeschwerde, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt.

2 **Aus den Gründen:** II. Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision ist unbegründet.

3 1. Die Beschwerde hat nicht dargelegt, dass eine Entscheidung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist.

4 a) Die von der Beschwerde dazu geltend gemachte Verletzung des Anspruchs der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs liegt nicht vor. Der Schriftsatz der Beklagten vom 30. Dezember 2009 gab keine Veranlassung, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Er enthielt kein entscheidungserhebliches neues Vorbringen. Mit der Auslegung des Rezesses

und des Thüringer Gesetzes vom 29. Mai 1947 (ThürRegBl. I, 52) hatten sich die Parteien schon in erster Instanz befasst. Einen denkbaren, aber nicht gestellten Antrag der Klägerin nach § 30 VermG hat das Landgericht in dem angefochtenen Urteil behandelt. Auch der Umstand, dass der Wald als Volkseigentum gebucht war, war nicht neu. Das Landgericht hatte dem erwähnten Thüringer Gesetz die Zielsetzung entnommen, gerade solche Wälder in Volkseigentum zu überführen. Die Buchungsunterlage selbst hatte die Klägerin schon als Anlage 1 zur Klageschrift vorgelegt.

5 b) Aus den Darlegungen der Beschwerde ergibt sich auch nicht, dass die Entscheidung unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt vertretbar und daher willkürlich falsch ist (Art. 3 Abs. 1 GG).

6 aa) Anders als die Beschwerde meint, leitet das Berufungsgericht das Eigentum der Klägerin nicht unmittelbar aus dem Nachtrag zu dem Rezess von 1865 ab, auf den sich die Klägerin stützt. Sie entnimmt diesem nur, dass die dort als Gerechtigkeitseigentümer bezeichneten Personen eine Eigentumsposition erlangt haben, eine Annahme, von der auch die Beschwerde selbst ausgeht. Das Berufungsgericht nimmt auch nicht an, wie die Beschwerde aber meint, dass das Eigentum der Klägerin durch die Satzung begründet worden sei. Es entnimmt dieser Satzung nur, dass die – nach seinen Feststellungen mit den Gerechtigkeitseigentümern identischen – Mitglieder der Klägerin dieser ihr Eigentum übertragen haben. Was daran willkürlich sein soll, erschließt sich nicht. Entsprechendes gilt für die Auslegung des Thüringer Gesetzes durch das Berufungsgericht, die im Übrigen nach dem gemäß Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGGRG noch maßgeblichen § 545 ZPO a.F. nicht revisibel ist.

7 bb) An diesem Ergebnis ändert es nichts, dass das Berufungsgericht die für Altrechtsfälle der vorliegenden Art maßgeblichen Vorschriften des Bundesrechts aus dem Blick verloren und den Fall falsch entschieden hat. Diesen Grund für die Zulassung der Revision hat die Beschwerde nicht, wie geboten, dargelegt.

8 (1) Das Berufungsgericht hat übersehen, dass der Klägerin etwa entstandene dingliche Rechte an dem Wald nicht mehr übertragen werden konnten, weil sie nach den einschlägigen Vorschriften zur Bereinigung des Bodenrechts der neuen Bundesländer spätestens mit dem Ablauf des Jahres 2000 kraft Gesetzes untergegangen wären.

9 Der Wald ist vor dem 3. Oktober 1990 als Eigentum des Volkes gebucht worden. Er ist nach Art. 237 § 2 EGBGB mit dem Ablauf des 30. September 1998 Eigentum derjenigen Stelle geworden, der es nach den Vorschriften über die Zuordnung ehemaligen Volkseigentums zugefallen wäre. Etwas anderes käme nach dieser Vorschrift nur in Betracht, wenn die unmittelbar in dem Rezess angesprochenen Gerechtigkeitseigentümer oder ihre Rechtsnachfolger bis zu diesem Zeitpunkt die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs erwirkt oder eine Klage gegen die Beklagte oder ihre Rechtsvorgängerin auf Berichtigung des Grundbuchs rechtshängig gemacht hätten. Die Klägerin und ihre Mitglieder haben erst Ende 2001 begonnen, sich außergerichtlich um die Sicherung ihres Eigentums zu bemühen. Das hilfsweise geltend gemachte Nutzungsrecht an dem Wald bestünde ebenfalls nicht mehr, weil es nach § 8 Abs. 1 Satz 1 GBBerG erloschen wäre. Dazu hätte es nach dieser Vorschrift in Verbindung mit § 13 SachenR-DV und Art. 233 § 5 Abs. 2 EGBGB bis zum Ablauf des 31. Dezember 2000 in einer nach § 209 BGB a.F. zur Unterbrechung der Verjährung geeigneten Weise gegenüber der Beklagten geltend gemacht werden müssen, was nicht geschehen ist.

10 (2) Dieser Rechtsfehler führt aber nicht zur Zulassung der Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Der Beschwerdeführer muss nämlich nach § 544 Abs. 2 Satz 3 ZPO die Zulassungsgründe, auf die er die Beschwerde stützt, benennen und zu deren Voraussetzungen substantiiert vortragen (Senat, BGHZ 152, 182, 185 m.w.N.). Deshalb hätte der aufgezeigte Rechtsfehler nur berücksichtigt werden können, wenn die dem Berufungsgericht aus dem Blick geratenen Vorschriften des Überleitungsrechts in der Begründung der Beschwerde wenigstens ansatzweise angesprochen worden wären (vgl. Senat, Beschl. v. 24. Mai 2007, V ZR 251/06, NJW-RR 2007, 1435, 1436 [= GuT 2007, 233]). Daran fehlt es. Die Beschwerde hat sich nur mit der Auslegung des durch die erwähnten Vorschriften sachlich überholten Thüringer Gesetzes vom 29. Mai 1947 und mit der Antragsfrist nach § 30a VermG befasst, auf die es hier nicht ankommt.

11 2. Andere Zulassungsgründe macht die Beschwerde nicht geltend.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 3 AusglLeistG a. F.; § 4 FlErwV a. F. Forstflächen-Privatisierung; vorrangige Berechtigung eines Erwerbsinteressenten; Waldverkauf; Altberechtigte; Akzessorietät von Erwerbsberechtigung und Ausgleichsleistung; Willkürverbot

Die vorrangige Berechtigung eines Erwerbsinteressenten nach § 3 Abs. 5 AusglLeistG aF ist von der Privatisierungsstelle auch dann zu berücksichtigen, wenn der Bescheid über die Ausgleichsleistung erst nach dem in den Ausschreibungsbedingungen genannten Schlusstermin ergangen ist.

(BGH, Urteil vom 17. 12. 2010 – V ZR 117/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte, die auf der Grundlage des Ausgleichsleistungsgesetzes und der Flächenerwerbsverordnung Forstflächen in den neuen Ländern privatisiert, schrieb Anfang 2006 eine Waldfläche in Thüringen zu einem begünstigten Preis von rund 280.000 € aus. Nach den von ihr zugrunde gelegten Bewerbungsbedingungen für Waldverkäufe mussten Bewerbungen bzw. Gebote vollständig bis zu einem bestimmten, hier auf den 8. Juni 2006, festgelegten Schlusstermin eingegangen sein.

2 Innerhalb dieser Frist bewarben sich unter anderem der Kläger, dem als Altberechtigten ein Entschädigungsbetrag von 31.058,46 € zusteht, und der Nebenintervenient jeweils unter Vorlage eines Betriebskonzepts um einen Erwerb des Waldes nach § 3 Abs. 8 AusglLeistG aF. Eine erste Entscheidung der Beklagten zugunsten eines an diesem Rechtsstreit nicht beteiligten Bewerbers wurde im April 2007 von dem Beirat (§ 4 Abs. 1 u. 2 AusglLeistG aF), der allerdings nicht von dem Nebenintervenienten angerufen worden war, beanstandet.

3 Mit Bescheid vom 30. August 2007 setzte das Thüringer Landesamt zur Regelung offener Vermögensfragen zugunsten des Nebenintervenienten eine Ausgleichsleistung fest, die den Kaufpreis für die ausgeschriebenen Waldflächen übersteigt. Nach Vorlage dieses Bescheids beabsichtigt die Beklagte, die Flächen gemäß § 3 Abs. 5 AusglLeistG aF an den Nebenintervenienten zu verkaufen.

4 Der Kläger möchte erreichen, dass die Beklagte ihm ein Kaufvertragsangebot über die ausgeschriebenen Flächen unterbreiten muss. Seine Klage ist in den Vorinstanzen [LG Erfurt; OLG Jena] erfolglos geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger den Klageantrag weiter. Der auf Seiten der Beklagten beigetretene Nebenintervenient beantragt die Zurückweisung der Revision.

5 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, der Kläger könne nicht den Verkauf des Waldes an sich verlangen, da die Ankaufsberechtigung des Nebenintervenienten nach § 3 Abs. 5 AusglLeistG aF Vorrang habe. Dass der Ausgleichsleistungsbescheid, aus dem diese Berechtigung folge, erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist vorgelegt worden sei, stehe dem nicht entgegen, denn dies könne dem Nebenintervenienten nicht

angelastet werden. Auch schade es nicht, dass der Nebenintervenient gegen die zunächst getroffene Auswahlentscheidung der Beklagten den Beirat nicht angerufen habe.

6 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht nimmt zutreffend an, dass die Beklagte den Verkauf des ausgeschriebenen Walds an den Kläger im Hinblick auf die vorrangige Erwerbsberechtigung des Nebenintervenienten ablehnen darf.

7 1. Berechtigte, die Waldflächen auf der Grundlage von § 3 Abs. 5 AusglLeistG aF erwerben wollen, sind gegenüber Berechtigten nach § 3 Abs. 8 AusglLeistG aF (hier noch anwendbar gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 AusglLeistG i.d.F. des Gesetzes vom 3. Juli 2009, BGBl. I S. 1688) vorrangig zu berücksichtigen (§ 4 Abs. 5 Satz 3 FlErwV aF). So verhält es sich im Verhältnis von Nebenintervenient und Kläger.

8 a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts liegen in der Person des Nebenintervenienten die Voraussetzungen einer Erwerbsberechtigung gemäß § 3 Abs. 5 AusglLeistG aF vor; die Vorschrift bestimmt, dass natürliche Personen, denen land- oder forstwirtschaftliches Vermögen durch Enteignung auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage entzogen worden ist, von der Treuhandanstalt zu privatisierende Waldflächen bis zur Höhe ihrer Ausgleichsleistung erwerben können.

9 b) Entgegen der Auffassung der Revision ist der Kläger nicht auch als Berechtigter anzusehen, der Waldflächen auf der Grundlage von § 3 Abs. 5 AusglLeistG aF erwerben will. Richtig ist zwar, dass er zu den in § 3 Abs. 5 Satz 1 AusglLeistG aF definierten Altberechtigten zählt. Das genügt aber nicht, um erwerbsberechtigt im Sinne von Absatz 5 zu sein.

10 aa) Wie das Berufungsgericht zutreffend erkennt, ist weitere Voraussetzung dieser Erwerbsmöglichkeit nämlich, dass Ausgleichs- oder Entschädigungsansprüche in Höhe des Kaufpreises bestehen (§ 3 Abs. 5 Satz 2 AusglLeistG aF). Der Flächenerwerb nach Absatz 5 ist akzessorisch zu der dem Altberechtigten zustehenden Ausgleichs- oder Entschädigungsleistung; diese bildet die Obergrenze für die Berechtigung zu einem Erwerb ohne Pachtvertrag und ohne Notwendigkeit der Selbstbewirtschaftung (vgl. Ludden in Kimme, Offene Vermögensfragen, Stand Juni 2009, § 3 AusglLeistG aF Rn. 106 ff.; Zimmermann, Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR, Stand März 2010, § 3 AusglLeistG nF Rn. 92; Reese in Fieberg/ Reichenberg/Messerschmidt/Neuhaus, VermG, Stand Mai 2010, § 3 AusglLeistG nF Rn. 151). Die Akzessorietät von Erwerbsberechtigung und Ausgleichsleistung wird daraus deutlich, dass der Gesetzgeber das in der Vorschrift des § 3 Abs. 5 Satz 2 AusglLeistG aF zunächst bestimmte Erwerbsvolumen (halbe Ausgleichsleistung) durch das Vermögensrechtsergänzungsgesetz vom 15. September 2000 (BGBl. I 2000 S. 1382, 1383) auf die volle Höhe der Ausgleichsleistung erweitert hat (vgl. BT-Drucks. 14/1932 S. 15). Altberechtigte, die – wie der Kläger – den Kaufpreis nicht vollständig durch Ausgleichs- oder Entschädigungsansprüche belegen können oder wollen, haben nach der Konzeption des Gesetzes die Möglichkeit, Waldflächen nach der Vorschrift des hier anwendbaren § 3 Abs. 8 Satz 1 Buchst. c AusglLeistG aF (bzw. nach § 3 Abs. 8 Satz 1 AusglLeistG nF) zu erwerben.

11 bb) Etwas anderes folgt entgegen der Auffassung der Revision nicht aus der Entscheidung des Senats vom 10. Juli 2009 (V ZR 72/08, NJW-RR 2010, 10). Sie betrifft allein das Verhältnis von Interessenten, die nach § 3 Abs. 8 Satz 1 Buchst. a bis c AusglLeistG aF berechtigt sind, und dem dabei zu berücksichtigenden Vorrang von Altberechtigten. Soweit in der Entscheidung von einem Vorrang der Altberechtigten „nach § 3 Abs. 5 AusglLeistG aF“ die Rede ist, beruht dies darauf, dass § 3 Abs. 8 Satz 1 Buchst. c zur Bestimmung des berechtigten Personenkreises auf die Definition in Absatz 5 Satz 1 AusglLeistG aF verweist. Eine Gleichsetzung von Personen, die nach § 3 Abs. 8 Satz 1 Buchst. c AusglLeistG aF erwerben wollen, mit solchen, die berechtigt sind, nach Absatz 5 anzukaufen, enthält das Urteil nicht.

12 cc) Eine solche Gleichsetzung ist, anders als die Revision meint, auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) geboten. Bei der Wiedergutmachung früheren, von einer anderen Staatsgewalt zu verantwortenden Unrechts kommt dem Gesetzgeber auch im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG ein besonders weites Beurteilungsermessen zu; er hat bei diesem Regelungsgegenstand den Gleichheitssatz nur in seiner Bedeutung als Willkürverbot zu beachten. Sein Freiraum endet erst dort, wo die ungleiche Behandlung nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist, wo also ein sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung fehlt (BVerfGE 102, 254, 299).

13 Der sachliche Grund für den Vorrang eines Berechtigten, der den Kaufpreis vollständig mit Ausgleichs- oder Entschädigungsansprüchen belegen kann, vor anderen Altberechtigten liegt jedoch auf der Hand. Mit dem Ausgleichsleistungsgesetz verfolgte der Gesetzgeber bis zu dessen Änderung durch das Flächenerwerbsänderungsgesetz vom 3. Juli 2009 (BGBl. I S. 1688) zwei unterschiedliche Ziele. Zum einen handelte es sich um ein Wiedergutmachungsprogramm für natürliche Personen, denen von 1945 bis 1949 auf besatzungsrechtlicher oder -hoheitlicher Grundlage land- und forstwirtschaftliches Vermögen entzogen worden ist. Zum anderen enthielt es ein Förderprogramm zugunsten der Land- und Forstwirtschaft in den neuen Ländern, mit dem die Eigentumsbildung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe erleichtert werden sollte (vgl. BVerfGE 102, 254, 332; Senat, Urteil vom 4. Mai 2007 – V ZR 162/06, ZOV 2007, 30, 32 Rn. 24). Es stellt einen einleuchtenden sachlichen Grund dar, wenn der Gesetzgeber den Zielen unterschiedliches Gewicht beimisst und deshalb für Flächen, die nicht bereits für einen Erwerb nach § 3 Abs. 1 bis 4 AusglLeistG aF benötigt wurden, dem Ziel der Wiedergutmachung Vorrang vor der allgemeinen Förderung der Land- und Forstwirtschaft einräumt. Demgemäß durfte er und ihm folgend der Verordnungsgeber bei einer Konkurrenz um begünstige Flächen danach differenzieren, ob ein Bewerber den Kaufpreis ganz oder nur teilweise mit Ausgleichs- bzw. Entschädigungsansprüchen belegen kann. Denn in dem erstgenannten Fall dient der Verkauf ausschließlich Wiedergutmachungszwecken, während der vergünstigte Kaufpreis bei dem anderen Bewerber nur zu einem Teil durch Gesichtspunkte der Wiedergutmachung gerechtfertigt wäre.

14 dd) Entgegen der von der Revision in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht führt der in § 4 Abs. 5 Satz 3 FlErwV aF festgelegte Vorrang der Erwerbsberechtigung nach § 3 Abs. 5 AusglLeistG aF auch nicht dazu, dass der Gesichtspunkt der Wiedergutmachung ein zu starkes Gewicht bei der Auswahl der Bewerber erhält und zu einer einseitigen Eigentümerstrukur in der ostdeutschen Land- und Forstwirtschaft führt. Denn die Erwerbsmöglichkeit nach § 3 Abs. 5 AusglLeistG aF ist dahin eingeschränkt, dass nur solche Flächen erworben werden können, die nicht bereits für einen Flächenerwerb nach den Absätzen 1 bis 4 aF (Erwerbsmöglichkeit für ortsansässige selbstwirtschaftende Pächter) benötigt werden; sie ist also als nachrangige Erwerbsmöglichkeit ausgestaltet (Zimmermann, Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR, Stand März 2010, § 3 AusglLeistG nF Rn. 89; vgl. auch Senat, Urteil vom 4. Mai 2007 – V ZR 162/06, ZOV 2007, 30, 32 Rn. 24). Dieser durfte der Verordnungsgeber Vorrang vor einem Erwerb durch die durch § 3 Abs. 8 AusglLeistG aF begünstigte dritte Erwerbergruppe einräumen, nämlich vor Wieder- oder Neueinrichtern forstwirtschaftlicher Betriebe, die keine oder eine hinter dem begünstigten Kaufpreis zurückbleibende Altberechtigung haben.

15 2. Ohne Rechtsfehler nimmt das Berufungsgericht ferner an, dass die Beklagte berechtigt war, bei ihrer Auswahlentscheidung den zugunsten des Nebenintervenienten erlassenen Ausgleichsleistungsbescheid zu berücksichtigen, obwohl dieser erst nach Ablauf des in der Ausschreibung genannten Schlusstermins vorgelegt worden ist.

16 Die Regelungen in den Bewerbungsbedingungen für Waldverkäufe, nach denen Bewerbungen bzw. Gebote bis zum Schlusstermin vollständig eingegangen sein müssen (Nr. 8), wozu bei einer auf § 3 Abs. 5 AusglLeistG aF gestützten Erwerbsberechtigung auch die Vorlage des Ausgleichsleistungsbescheids, eines Teilbescheids II oder einer geprüften Glaubhaftmachung der Ausgleichsleistung gehört (Nr. 9. 2.), stehen dem nicht entgegen. Bei ihnen handelt es sich um allgemeine Verwaltungsvorschriften, mit denen die Beklagte das ihr durch das Ausgleichsleistungsgesetz und die Flächenerwerbsverordnung eingeräumte Ermessen ausgestaltet und sich, um die durch Art. 3 Abs. 1 GG gebotene Gleichmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu gewährleisten, insoweit selbst bindet (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Dezember 1993 – NotZ 56/92, BGHZ 124, 327, 332 f.). Mangels gesetzlicher Ermächtigung kann die Beklagte mit den Bewerbungsbedingungen aber keine Grundlage für Eingriffe in Rechte von Bewerbern schaffen, die im Ausgleichsleistungsgesetz oder in der Flächenerwerbsverordnung nicht vorgesehen sind. Beide Rechtsgrundlagen enthielten bis zu ihrer Änderung durch das Flächenerwerbsänderungsgesetz vom 3. Juli 2009 (BGBl. I S. 1688) keine Vorschrift, die es erlaubt hätte, den Erwerbsantrag eines vorrangig Berechtigten deshalb abzulehnen, weil dieser erforderliche Nachweise nicht innerhalb einer hierfür gesetzten Frist vorlegt hatte. Schon deswegen war die Beklagte gehalten, den verspätet vorgelegten Ausgleichsleistungsbescheid zugunsten des Nebenintervenienten zu berücksichtigen. Dies wäre nach der seit dem 11. Juli 2009 geltenden Neuregelung in § 4 Nr. 1a AusglLeistG i.V.m. § 10 Abs. 1 Satz 2 FlErwV im Übrigen nicht anders, da sie der Beklagten nur gestattet, einen Erwerbsantrag wegen fehlender Nachweise abzulehnen, wenn diese aus Gründen, die von dem Berechtigten zu vertreten sind, nicht innerhalb der gesetzten Frist vorgelegt wurden. Dass der Nebenintervenient die auf der langen Bearbeitungsdauer des Landesamts für offene Vermögensfragen beruhende verspätete Vorlage des Ausgleichsleistungsbescheids nicht zu vertreten hat, stellt auch der Kläger nicht in Frage.

17 Der Kläger konnte im Übrigen auch deshalb nicht darauf vertrauen, dass nach Ablauf des Schlusstermins eingetretene Änderungen hinsichtlich der Erwerbsberechtigung von Mitbewerbern in jedem Fall unberücksichtigt bleiben würden, weil die Beklagte sich in den Bewerbungsbedingungen die Möglichkeit vorbehalten hat, ein Bewerberverfahren zu beenden, ohne sich für eines der abgegebenen Gebote zu entscheiden (Nr. 10 aE). Zwar darf sie dies aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Bindungen nicht willkürlich, sondern nur bei Vorliegen eines sachlichen Grunds tun. Ein solcher Grund ist aber gegeben, wenn erst im Laufe eines Auswahlverfahrens bekannt wird, dass einem der Bewerber eine Erwerbsberechtigung zusteht, die nach dem Ausgleichsleistungsgesetz oder der Flächenerwerbsverordnung Vorrang vor der Berechtigung der übrigen Bewerber hat und von der Beklagten deshalb zwingend zu berücksichtigen ist. Auch dies macht deutlich, dass die Beklagte nicht gehindert war, die veränderte Erwerbsberechtigung des Nebenintervenienten zu berücksichtigen und einen Verkauf an den Kläger abzulehnen.

18 3. Rechtsfehlerfrei ist schließlich die Annahme des Berufungsgerichts, es sei für das weitere Verfahren ohne Bedeutung, dass der Nebenintervenient den Beirat nicht angerufen habe, nachdem sich die Beklagte ursprünglich für einen anderen Bewerber entschieden hatte. Die Anrufung des Beirats nach § 4 Abs. 1 AusglLeistG aF ist fakultativ; insbesondere ist sie nicht Voraussetzung für die Beschreitung des Rechtswegs gegen eine Entscheidung der Beklagten (vgl. Hillmann in Motsch/Rodenbach/Löffler/Schäfer/Zilch, EALG, § 4 AusglLeistG aF Rn. 33). Entgegen der Auffassung der Revision gibt ein unterlegener Erwerber, der den Beirat nicht anruft, deshalb auch nicht zu erkennen, dass er an einer korrigierenden Entscheidung und an einer weiteren Beteiligung am Auswahlverfahren nicht interessiert ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 249 BGB; §§ 29, 31 BJagdG; §§ 286, 287, 412 ZPO
Jagdrecht; Wildschaden an Baumpflanzungen einer Forstwirtschaft; Methodenwahl zur Schadensbemessung; Kostenwertmethode; gerichtliche Beauftragung eines weiteren Sachverständigen

a) Zur Bemessung des Wildschadens an Baumpflanzungen einer Forstwirtschaft.

b) Die Frage, ob das Berufungsgericht die sachlichen Voraussetzungen für die Beauftragung eines anderen Sachverständigen nach § 412 Abs. 1 ZPO zu Recht als gegeben angesehen hat, unterliegt nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht.

c) Das Recht der Prozessparteien, die Ladung des gerichtlichen Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu verlangen, bezieht sich nicht auf einen früheren – gleichsam „abgelösten" – Sachverständigen, dessen Gutachten der Tatrichter für ungenügend erachtet und deshalb zum Anlass genommen hat, gemäß § 412 Abs. 1 ZPO einen anderen Sachverständigen zu beauftragen.

(BGH, Urteil vom 4. 11. 2010 – III ZR 45/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger betreibt Forstwirtschaft auf Waldgrundstücken in L. Er nimmt den beklagten Jagdpächter, dem nach § 8 des zwischen ihm und der Streithelferin des Klägers (Jagdgenossenschaft) abgeschlossenen Jagdpachtvertrags die Verpflichtung zum Ersatz von Wildschäden übertragen wurde, wegen Rehwildverbisses an den dortigen Forstpflanzen (insbesondere: Weißtannen) im Winter 2004/2005 auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Im Vorverfahren vor der Verwaltungsbehörde ermittelte der Sachverständige V. in seinem Gutachten vom 14. Juli 2005 den Gesamtschaden mit einer Summe von 25.323 €. Auf dieser Grundlage erließ die Gemeinde L. einen Vorbescheid, den der Beklagte fristgerecht ablehnte.

3 Der Beklagte hat ein haftungsminderndes Mitverschulden des Klägers eingewandt und ist dem Umfang der Schadensersatzforderung, die der Kläger im Anschluss an den Vorbescheid mit 25.323 € beziffert hat, entgegengetreten. Die Parteien haben in diesem Zusammenhang insbesondere über die Frage der richtigen Methode der Schadensermittlung und die Berechnung einzelner Schadenspositionen gestritten.

4 Das Amtsgericht Oberndorf am Neckar hat der Klage nach ergänzender Befragung des Sachverständigen V. und der Vernehmung mehrerer Zeugen im wesentlichen – bis auf einen Teil der Zinsforderung – stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Landgericht Rottweil zur Schadenshöhe ein Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. T. eingeholt und dem Kläger hiernach einen Schadensersatz in Höhe von nurmehr 8481 € zugesprochen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

5 **Aus den Gründen:** Die zulässige Revision des Klägers hat keinen Erfolg.

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

7 Der dem Kläger nach § 29 Abs. 1 BJagdG zuzubilligende Anspruch auf Schadensersatz bestehe nach Maßgabe der überzeugenden Darlegungen des Sachverständigen Prof. Dr. T. nur in einem Umfang von 8481 €. Hinsichtlich der Schadenshöhe sei das Berufungsgericht weder an den Vorbescheid der Gemeinde L. noch an die Feststellungen des Amtsgerichts gebunden. Das Gutachten des Sachverständigen V. habe den Verbissschaden als solchen zutreffend festgestellt, jedoch bestünden schwerwiegende Zweifel an der Richtigkeit der darin vorgenommenen Schadensbewertung. Daher habe das Berufungsgericht hierzu den Sachverständigen Prof. Dr. T. herangezogen. Nach dessen Gutachten berechne sich der Schaden – unter Zu-

grundelegung der Kostenwertmethode – auf einen Betrag von 8481 €. Kosten für die Errichtung und Pflege von Einzäunungen seien bei der Schadensberechnung nicht zu berücksichtigen, weil es sich hierbei um Aufwand für Wildschadensverhütungsmaßnahmen und nicht um Folgen des Wildschadens handele. Da keine Entmischung der Baumbestände festgestellt worden sei, sei auch kein Entmischungsschaden zu ersetzen.

8 Im Übrigen treffe den Kläger hinsichtlich des Wildverbisses kein Mitverschulden nach § 254 BGB.

9 II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision stand.

10 1. Die Verpflichtung des beklagten Jagdpächters aus § 29 Abs. 1 BJagdG zum Ersatz des im Winter 2004/2005 angefallenen Wildschadens steht zwischen den Parteien dem Grunde nach nicht im Streit.

11 2. Gegen die Bemessung des dem Kläger hiernach zustehenden Schadensersatzes mit 8481 € wendet sich die Revision ohne Erfolg.

12 a) Zutreffend und von der Revision nicht beanstandet hat das Berufungsgericht für Art und Umfang des gemäß § 29 Abs. 1 BJagdG zu leistenden Wildschadensersatzes auf die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§§ 249 ff BGB) abgestellt; dies entspricht der einhelligen und auch vom erkennenden Senat geteilten Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum (s. LG Freiburg, NJW-RR 2000, 615, 616; LG Wuppertal, JE IX Nr. 148 = BeckRS 2010, 01830; LG Traunstein, JE IX Nr. 164; Schuck/Stamp, BJagdG, § 29 Rn. 36 f und § 31 Rn. 1; Leonhardt, Jagdrecht, Stand: August 2010, § 29 BJagdG Anm. 5.1; Kümmerle/Nagel, Jagdrecht in Baden-Württemberg, 9. Aufl., S. 178; Pardey/Blume, Jagdrecht in Niedersachsen, Stand: März 2009, § 29 BJagdG Anm. 6; Rose, Jagdrecht in Niedersachsen, 30. Aufl., § 29 BJagdG Anm. 6; Drees/Thies/Müller-Schallenberg, Das Jagdrecht in Nordrhein-Westfalen, 5. Aufl., Stand: November 2009, § 29 BJagdG Anm. I). Hinsichtlich des Umfangs der Ersatzpflicht werden die allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff BGB durch § 31 BJagdG ergänzt, nach dessen Absatz 2 einerseits der voraussichtliche Absatzverlust zum Zeitpunkt der Ernte und andererseits die Möglichkeit zu berücksichtigen ist, ob der Schaden nach den Grundsätzen einer ordentlichen Wirtschaft durch Wiederanbau (Neubepflanzung) ausgeglichen werden kann.

13 aa) Der Schadensersatz für die Beschädigung von Forstpflanzen richtet sich nicht nach der Wertminderung des Waldgrundstücks (a.A. LG Wuppertal aaO).

14 Zwar kommt es im Allgemeinen beim Schadensersatz wegen der Beschädigung von Bäumen nicht auf deren (Minder-) Wert, sondern auf die hierdurch herbeigeführte Minderung des Wertes des Grundstücks an, auf dem sie stehen. Denn Bäume werden mit dem Einpflanzen regelmäßig wesentlicher Bestandteil des Grundstücks und können deshalb nicht Gegenstand eigener Rechte sein, so dass ein Baum kein eigenes schädigungsfähiges Rechtsgut darstellt, sondern seine Beschädigung nur als Schädigung des Grundstücks eine Ersatzverpflichtung auslöst (§§ 93, 94 Abs. 1 BGB; BGH, Urteile vom 13. Mai 1975 – VI ZR 85/74, NJW 1975, 2061 f und vom 27. Januar 2006 – V ZR 46/05, NJW 2006, 1424 f Rn. 9 ff m.w.N.; s. auch OLG Hamm, NJW-RR 1992, 1438; OLG München, VersR 1995, 843, 844).

15 Dies liegt jedoch anders, wenn und soweit Bäume – wie bei der Forstwirtschaft – zur wirtschaftlichen Verwertung bestimmt sind, so insbesondere dann, wenn ihre Anzucht der Entnahme als Verkaufspflanzen oder der Holzproduktion dient; in diesem Falle sind sie nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden, somit bloßer Scheinbestandteil (§ 95 Abs. 1 Satz 1 BGB) und nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks und daher auch möglicher Gegenstand eigener Rechte (s. dazu BGH, Urteil vom 27. Januar 2006 aaO S. 1424 Rn. 9; OLG Hamm aaO S. 1439; OLG München aaO; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 251 Rn. 11; Schubert in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 249 Rn. 207).

16 bb) Die Ermittlung des Wertes der von Wildschaden betroffenen Forstpflanzen ist allerdings typischerweise mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Soweit die Bewertung der beschädigten zum Verkauf oder zur Holzproduktion vorgesehenen Bäume von den Gewinnerwartungen der beteiligten Verkehrskreise bezogen auf den häufig noch fern liegenden Zeitpunkt der Ernte abhängt, ist sie mit schwierigen Prognosen über künftige Kosten und Erträge verbunden; hinzu treten Schwierigkeiten bei der Beurteilung des Ausmaßes des Wildverbisses und seiner Auswirkungen auf den Wachstumsfortgang nur beschädigter, aber nicht zerstörter Pflanzen (vgl. dazu Senatsurteil vom 14. März 1996 – III ZR 139/93, NJW-RR 1996, 792, 793; Leonhardt aaO Stand: März 2005, § 31 BJagdG Anm. 2.1.2; Schuck/Stamp aaO § 31 BJagdG Rn. 3 ff). Da es für die Bemessung von Wildschäden an Forstpflanzen – wie es, von den Parteien unbeanstandet, beide Sachverständigen eingehend dargelegt und beide Vorinstanzen festgestellt haben – keine allgemein anerkannte oder herrschende Methode gibt und in der Fachwelt unterschiedliche Bewertungsverfahren vertreten werden, bleibt es Aufgabe des Tatrichters, den Schadensumfang im Rahmen des ihm nach § 287 Abs. 1 ZPO eröffneten weiten Spielraums aufgrund sachverständiger Beratung im jeweiligen Einzelfall zu ermitteln. Welche Methode der Tatrichter zur Schadensberechnung anwendet, steht – mangels entgegenstehender Bestimmungen – in seinem pflichtgemäßen Ermessen (vgl. dazu Senatsurteile vom 8. Oktober 1981 – III ZR 46/80, NVwZ 1982, 210, 212 und vom 4. August 2000 – III ZR 328/98, BGHZ 145, 83, 90 m.w.N.; BGH, Urteile vom 6. August 1997 – VIII ZR 92/96, NJW 1998, 71, 75 und vom 16. Dezember 2008 – VI ZR 48/08, NJW-RR 2009, 715, 716 Rn. 16 [= GuT 2009, 327 KL]).

17 b) Nach diesen Maßgaben ist die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

18 Die Schadensberechnung steht gemäß § 287 Abs. 1 ZPO im Ermessen des Tatrichters. Die Ausübung dieses (Schätzungs-) Ermessens kann vom Revisionsgericht nur daraufhin überprüft werden, ob die Schadensermittlung auf grundsätzlich falschen oder offenbar unrichtigen Erwägungen beruht, ob wesentliche, die Entscheidung bedingende Tatsachen außer Acht gelassen oder unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt worden sind (s. etwa BGH, Urteile vom 9. Juni 1999 – VIII ZR 336/98, NJW 1999, 3487 f und vom 16. Dezember 2008 aaO Rn. 12 – jeweils m.w.N.; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl., § 287 Rn. 8; Musielak/Foerste, ZPO, 7. Aufl., § 287 Rn. 10). Die im Rahmen der Schadensermittlung getroffene Beweiswürdigung unterliegt der Überprüfung durch das Revisionsgericht nur darauf, ob sich der Tatrichter mit dem Streitstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt (BGH, Urteile vom 19. April 2005 – VI ZR 175/04, NJW-RR 2005, 897, 898 und vom 24. Juni 2008 – VI ZR 234/07, NJW 2008, 2910 f Rn. 18 [= GuT 2009, 130 KL]; Zöller/Greger aaO i.V.m. § 286 Rn. 23).

19 Solche Mängel liegen hier nicht vor.

20 aa) Nach sachverständiger Beratung hat das Berufungsgericht – insoweit in Übereinstimmung mit beiden Sachverständigen – seiner Schadensberechnung die „Kostenwertmethode“ zu Grunde gelegt. Diese Methode unterstellt, dass der Wert einer Pflanze oder eines Waldbestandes der Summe der zum Bewertungsstichtag aufgezinsten Kosten (für Anschaffung, Pflanzung und Pflege) entspricht. Dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. T. folgend hat das Berufungsgericht den Kostenwert der betroffenen Bäume bei ungestörter Entwicklung mit deren Kostenwert nach Eintritt des Wildschadens verglichen und die hieraus resultierende Differenz als Schaden angenommen. Hiergegen erhebt die Revision keine Einwände. Angesichts der dem Tatrichter eröffneten Methodenwahl sind hiergegen auch von Seiten des erkennenden Senats keine Bedenken zu erheben. Insbesondere kann diese Methode nicht deshalb als mit

§ 31 Abs. 2 BJagdG unvereinbar angesehen werden, weil die zum voraussichtlichen „Erntezeitpunkt“ zu erwartenden Holzpreise nicht in den Blick genommen werden. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der eigentliche Sinn der Vorschrift – exakte Ermittlung der eingetretenen Ertragsminderung kurz vor oder bei der Ernte – bei Wild- und Jagdschäden an forstwirtschaftlich genutzten Grundstücken ohnehin nur unvollkommen zum Tragen kommen kann, da sich hier das schädigende Ereignis typischerweise erst viele Jahre oder gar Jahrzehnte später finanziell auswirkt (Leonhardt aaO § 31 BJagdG Anm. 2. 1. 2; Schuck/Stamp aaO § 31 BJagdG Rn. 3 f).

21 bb) Entgegen der Rüge der Revision weist auch die Schadensberechnung im Einzelnen keine Rechtsfehler auf.

22 (1) Der Hinweis der Revision, dass der „reine Kostenwert“ die berechtigten Ertragserwartungen des Klägers nicht hinreichend berücksichtige, verkennt, dass der Kläger zu seinen Ertragserwartungen nichts Konkretes vorgetragen hat und dass in dem zugesprochenen Schadensersatz eine – nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts forstübliche – Verzinsung von jährlich 4% enthalten ist.

23 (2) Der Ansatz der Pflanzkosten mit 1 € pro Baum ist revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden; höhere Kosten hat der Kläger nicht dargelegt.

24 (3) Die von der Revision angegriffene Auffassung des Berufungsgerichts, wonach die Kosten für die Errichtung, Unterhaltung und Pflege der Einzäunungen bei der Schadensberechnung nicht mit zu berücksichtigen seien, weil es sich dabei nicht um einen Teil des Wildschadens handele, sondern um Maßnahmen der Wildschadensverhütung, lässt Rechtsfehler nicht erkennen (s. auch OLG Koblenz, JE IX Nr. 22), wobei hinzukommt, dass der Kläger zu diesem Aufwand nichts Substantiiertes vorgetragen hat.

25 (4) Auch soweit die Revision die ungenügende Berücksichtigung von Kulturreinigungskosten rügt, vermag sie einen Rechtsfehler des Berufungsgerichts nicht aufzuzeigen. Auf Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. T. hat das Berufungsgericht für Kulturreinigungskosten (Pflegemaßnahmen) einen Pauschalbetrag von 500 € pro Jahr und Hektar Waldfläche einberechnet. Einen höheren, den veranschlagten Zeitraum überschreitenden Aufwand hat der Kläger nicht mit Substanz dargetan.

26 (5) Ohne Erfolg bleiben die Einwände der Revision auch in Bezug auf die Geltendmachung des Entmischungsschadens, das heißt desjenigen Schadens, der durch die wildverbissbedingte Zurückdrängung von Mischbaumarten entstanden ist. Auf Grundlage der eingehenden Darlegungen des Sachverständigen Prof. Dr. T. hat das Berufungsgericht einen solchen Schaden als grundsätzlich ersatzfähig angesehen, den Eintritt einer wildschadensbedingten „Entmischung“ der Baumbestände jedoch – rechtsfehlerfrei – (noch) nicht feststellen können.

27 cc) Zu Unrecht rügt die Revision, dass das Berufungsgericht einen neuen Sachverständigen beauftragt, sich nicht hinreichend mit dem erstinstanzlichen Gutachten auseinandergesetzt und die vom Kläger beantragte Befragung des erstinstanzlichen Sachverständigen V. unterlassen habe.

28 (1) Die Beauftragung des Sachverständigen Prof. Dr. T. durch das Berufungsgericht ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

29 Die Anordnung der Beauftragung eines anderen Sachverständigen steht gemäß § 412 Abs. 1 ZPO (in Verbindung mit § 144 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO) im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters (BGH, Urteil vom 16. März 1999 – VI ZR 34/98, NJW 1999, 1778 f).

30 Die vorherige Anhörung des bisherigen Sachverständigen ist nicht geboten. Wenngleich es häufig zweckmäßig sein wird, vor der Beauftragung eines anderen Sachverständigen den Versuch zu unternehmen, bestehende Zweifel oder Lücken durch ein Ergänzungsgutachten oder eine mündliche Anhörung des bislang beauftragten Sachverständigen zu beheben (s. BGH, Urteil vom 18. Mai 2009 – IV ZR 57/08, NJW-RR 2009, 1192, 1193 Rn. 7; Zöller/Greger aaO § 412 Rn. 1; Musielak/Huber aaO § 412 Rn. 1; PG/Katzenmeier, ZPO, 2. Aufl., § 412 Rn. 1), ist es dem Tatrichter nicht versagt, sogleich einen anderen Sachverständigen zu beauftragen (s. BGH, Urteil vom 10. Dezember 1991 – VI ZR 234/90, NJW 1992, 1459 f m.w.N.; Musielak/Huber aaO m.w.N.), insbesondere dann, wenn die weitere Anhörung des bisherigen Sachverständigen keinen Aufklärungserfolg verspricht (Zöller/Greger aaO). Demgemäß kann das Berufungsgericht auch ohne vorherige Anhörung des erstinstanzlichen Sachverständigen einen anderen Sachverständigen beauftragen, wenn es das Gutachten des erstinstanzlichen Sachverständigen für ungenügend erachtet. Zwar darf das Berufungsgericht nicht von dem Gutachten eines erstinstanzlich beauftragten gerichtlichen Sachverständigen oder der Würdigung dieses Gutachtens durch das erstinstanzliche Gericht abweichen, ohne die hierzu erforderliche Sachkunde darzulegen, die in der Regel – mangels eigener Sachkunde des (Berufungs-) Gerichts – nur durch entsprechende weitere sachverständige Beratung gewonnen werden kann (s. BGH, Urteile vom 8. Juni 1993 – VI ZR 192/92, NJW 1993, 2380, 2381 und vom 21. Januar 1997 – VI ZR 86/96, NJW 1997, 1446; s. auch Senatsurteil vom 21. Juni 2001 – III ZR 313/99, NJW 2001, 3054, 3056 sowie BGH, Urteile vom 9. Mai 1989 – VI ZR 268/88, NJW 1989, 2948 f m.w.N. und vom 12. Januar 2001 – V ZR 420/99, NJW-RR 2001, 732, 733; Zöller/ Greger aaO § 402 Rn. 7a; Musielak/Huber aaO § 411 Rn. 10). So liegt es aber nicht, wenn das Berufungsgericht ohne vorherige Anhörung des erstinstanzlichen Sachverständigen einen anderen Sachverständigen beauftragt, weil es gewichtige Zweifel am erstinstanzlichen Sachverständigengutachten hegt. Das Berufungsgericht setzt sich bei dieser Verfahrensweise nicht ohne eigene Sachkunde und unter Verzicht auf sachkundige Beratung über das erstinstanzliche Gutachten und dessen Würdigung durch das Vordergericht hinweg, sondern verfolgt hiermit das Ziel, über einen anderen Sachverständigen weitergehende und bessere Sachkunde vermittelt zu bekommen. Neben der Anhörung des bisherigen Sachverständigen (§ 411 Abs. 3 ZPO) ist die Beauftragung eines anderen Sachverständigen (§ 412 Abs. 1 ZPO) ein taugliches Mittel, um Unklarheiten, Unvollständigkeiten und Zweifel auszuräumen und der damit verbundenen Pflicht zur weitergehenden Aufklärung nachzukommen (s. dazu etwa Senatsurteil vom 6. März 1986 – III ZR 245/84, NJW 1986, 1928, 1930; BGH, Urteile vom 10. Dezember 1991 aaO und vom 15. Juni 1994 – IV ZR 126/93, NJW-RR 1994, 1112). Will sich der Tatrichter zur weiteren Aufklärung des letzteren Mittels bedienen, so handelt er nicht schon deshalb verfahrensfehlerhaft, weil er vor der Beauftragung eines anderen Sachverständigen auf die Anhörung des bisherigen Sachverständigen verzichtet.

31 Die Erwägungen für die Beauftragung eines anderen Sachverständigen – nämlich die Gründe, warum es das erstinstanzliche Gutachten nicht für überzeugend und eine vorherige Anhörung des Sachverständigen V. nicht für Erfolg versprechend hält – hat das Berufungsgericht in seinem Urteil nachvollziehbar dargelegt. Abgesehen davon unterliegt die Frage, ob das Berufungsgericht die sachlichen Voraussetzungen für die Beauftragung eines anderen Sachverständigen nach § 412 Abs. 1 ZPO zu Recht als gegeben angesehen hat, nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Durch eine solche Maßnahme wird die Erkenntnisgrundlage des Tatrichters erweitert und werden Verfahrensrechte der Prozessparteien nicht beeinträchtigt. Anders als das Unterbleiben der gebotenen Beauftragung eines anderen Sachverständigen (vgl. dazu Zöller/ Greger aaO § 412 Rn. 4; PG/Katzenmeier aaO § 412 Rn. 6) stellt die etwa unnötige Beauftragung eines anderen Sachverständigen keinen mit der Revision rügefähigen Verfahrensfehler dar. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach im Revisionsverfahren nicht zu prüfen ist, ob das Berufungsgericht das Vorliegen der Voraussetzungen für eine erneute Tatsachenfeststellung nach § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zu Unrecht angenommen hat (BGH, Urteil vom 9. März 2005 – VIII ZR 266/03, BGHZ 162, 313, 318 f).

32 (2) Das Berufungsgericht hat sich ausreichend mit dem erstinstanzlichen Gutachten befasst und war nicht gehalten, nach Einholung des Gutachtens des von ihm beauftragten Sachverständigen Prof. Dr. T. dem Antrag des Klägers auf Ladung des erstinstanzlichen Sachverständigen V. nachzukommen.

33 (a) Zutreffend weist die Revision allerdings darauf hin, dass der Tatrichter den Streit zwischen mehreren sachverständigen Gutachtern nicht dadurch entscheiden darf, dass er ohne einleuchtende und logisch nachvollziehbare Begründung einem von ihnen den Vorzug gibt; vorhandene weitere Aufklärungsmöglichkeiten müssen genutzt werden, wenn sie sich anbieten und Erfolg versprechen (s. BGH, Urteile vom 4. März 1980 – V ZR 6/79, VersR 1980, 533; vom 23. September 1986 – VI ZR 261/85, NJW 1987, 442; vom 20. Juli 1999 – X ZR 121/96, NJW-RR 2000, 44, 46; vom 24. September 2008 – IV ZR 250/06, NJW-RR 2009, 35 Rn. 11 m.w.N.; vom 3. Dezember 2008 – IV ZR 20/06, NJW-RR 2009, 387, 388 Rn. 8 und vom 18. Mai 2009 aaO).

34 Diesen Anforderungen hat das Berufungsgericht aber genügt. Es hat aufgrund von gewichtigen Zweifeln am erstinstanzlichen Gutachten, die es in seinem Urteil näher dargelegt hat, einen anderen Sachverständigen beauftragt. Dieser hat sich in seinem Gutachten auftragsgemäß mit den Ausführungen des erstinstanzlichen Sachverständigen auseinandergesetzt. Er ist von Seiten des Berufungsgerichts und der Prozessparteien, insbesondere des Klägers, sodann mehrfach mit seinen Abweichungen vom erstinstanzlichen Sachverständigengutachten konfrontiert worden und hat hierzu im Einzelnen Stellung genommen, und zwar sowohl in schriftlichen Ergänzungsgutachten als auch während seiner mündlichen Befragung vor dem Berufungsgericht. Hiernach hat das Berufungsgericht unter eingehender Würdigung der Ausführungen des Gutachters V. die Schadensberechnung des von ihm beauftragten Sachverständigen Prof. Dr. T. für überzeugend(er) angesehen und seiner Entscheidung zu Grunde gelegt.

35 (b) Entgegen der Ansicht der Revision war das Berufungsgericht nicht verpflichtet, den erstinstanzlichen Gutachter zu laden; ohne Rechtsfehler hat es von dieser Ladung abgesehen.

36 (aa) Die Ladung des erstinstanzlichen Gutachters war hier nicht schon deshalb geboten, weil das Gericht auf Antrag einer Partei unabhängig von § 411 Abs. 3 ZPO grundsätzlich verpflichtet ist, den (gerichtlichen) Sachverständigen zur mündlichen Erläuterung seines Gutachtens zu laden. Diese Pflicht besteht auch dann, wenn das Gericht das vorliegende schriftliche (Ergänzungs-) Gutachten für ausreichend und überzeugend hält und selbst keinen Bedarf für eine mündliche Erläuterung sieht. Denn die Partei hat zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) nach §§ 397, 402 ZPO einen Anspruch darauf, dass sie dem Sachverständigen die Fragen, die sie zur Aufklärung der Sache für erforderlich hält, zur mündlichen Beantwortung vorlegen kann (st. Rspr.; s. etwa Senatsurteil vom 5. Juli 2007 – III ZR 240/06, BGHZ 173, 98, 101 Rn. 10; BGH, Urteil vom 7. Oktober 1997 – VI ZR 252/96, NJW 1998, 162, 163 m.w.N. sowie Beschlüsse vom 5. September 2006 – VI ZR 176/05, NJW-RR 2007, 212 [= WuM 2006, 634] Rn. 2, vom 22. Mai 2007 – VI ZR 233/06, NJW-RR 2007, 1294 Rn. 3 m.w.N. [= GuT 2007, 318 KL] und vom 14. Juli 2009 – VIII ZR 295/08, NJW-RR 2009, 1361, 1362 [= GuT 2009, 323 = WuM 2009, 539] Rn. 10; Zöller/Greger aaO § 411 Rn. 5a; Musielak/Huber aaO § 411 Rn. 7, 9 – jeweils m.w.N.). Diese Pflicht erstreckt sich jedoch nicht auf einen früheren Sachverständigen, dessen Gutachten der Tatrichter für ungenügend erachtet und deshalb zum Anlass genommen hat, gemäß § 412 Abs. 1 ZPO einen anderen Sachverständigen zu beauftragen. Das Recht der Partei auf Ladung und Befragung des Sachverständigen dient dem Zweck der Wahrung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs in Bezug auf die sachverständige Beratung des Tatrichters als eine bedeutsame Grundlage der richterlichen Sachentscheidung. Hat das Gericht gemäß § 412 Abs. 1 ZPO einen anderen Sachverständigen beauftragt, so nimmt dieser anstelle des bisherigen Sachverständigen die Stellung des sachverständigen Beraters ein; dementsprechend beziehen sich die Frage- und Anhörungsbefugnisse der Prozessparteien auch (nur) auf seine – des „neuen" Sachverständigen – Begutachtung. Die Parteien haben das Recht, die Ladung des nunmehr beauftragten, „neuen" Sachverständigen zu verlangen. In Bezug auf den früheren, gleichsam „abgelösten" Sachverständigen steht ihnen ein solcher Anspruch demgegenüber nicht zu, da dieser nicht mehr die Funktion eines sachverständigen Beraters des Gerichts innehat.

37 (bb) Unbeschadet dessen hat der Tatrichter den früheren Sachverständigen allerdings dann zu laden, wenn und soweit dies zur weiteren Sachaufklärung, insbesondere zur Behebung von Lücken oder Zweifeln, erforderlich ist (§ 286 Abs. 1 ZPO; s. oben (a)). Es ist jedoch revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht auf der Grundlage des Klägervortrags hierzu keine Veranlassung gesehen hat.

38 Seine Anträge, den erstinstanzlichen Sachverständigen V. – als Sachverständigen bzw. als sachverständigen Zeugen – zu laden, hat der Kläger mit Bewertungsdivergenzen zwischen den beiden Gutachtern begründet und hierbei eingeräumt, dass „im Wesentlichen nicht die Tatsachenfeststellungen im Streit sind". Das Gutachten des zweitinstanzlichen Sachverständigen Prof. Dr. T. – und ihm folgend das Berufungsgericht – hat weitestgehend die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Gutachters V. zu Art und Umfang des im Winter 2004/2005 eingetretenen Wildschadens zugrunde gelegt. Eine weitere Sachaufklärung stand somit nicht in Rede. Der Kläger hat auch nicht aufgezeigt, dass und in welcher Hinsicht eine Vernehmung des Sachverständigen V. zu maßgeblichen Gesichtspunkten eine weitergehende Aufklärung des Sachverhalts erbringen sollte.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 34 BJagdG
Jagdpacht; Wildschäden bei landwirtschaftlich genutzten Flächen; Nachmeldung neuer Schäden; Revisionszulassung

Zur Erforderlichkeit der Nachmeldung neuer, zwischen der ersten Meldung und der sachverständigen Schadensbegutachtung auftretender Wildschäden bei landwirtschaftlich genutzten Flächen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 15. April 2010 – III ZR 216/09, VersR 2010, 1318 [= GuT 2010, 240]).

(BGH, Urteil vom 5. 5. 2011 – III ZR 91/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger bewirtschaftet verschiedene landwirtschaftliche Flächen, die zu einem Jagdbezirk gehören, für den der beklagte Jagdpächter in dem mit der Jagdgenossenschaft geschlossenen Pachtvertrag die Verpflichtung zum Wildschadensersatz übernommen hat. Der Kläger nimmt den Beklagten auf Erstattung von Wildschäden an mehreren Feldstücken in Anspruch.

2 Das Amtsgericht Weißwasser hat den Beklagten – unter Abweisung der weitergehenden Klage – zur Zahlung von 3947,84 € nebst Zinsen und Nebenkosten verurteilt. Hiergegen hat der Beklagte Berufung mit dem Ziel der vollständigen Klageabweisung, der Kläger Anschlussberufung mit dem Ziel einer weitergehenden Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 335,92 € nebst Zinsen eingelegt. Das Landgericht Görlitz hat – unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung des Beklagten sowie der Anschlussberufung des Klägers – das Urteil des Amtsgerichts teilweise abgeändert und den Beklagten zur Zahlung von nur noch 1349,40 € nebst Zinsen und Nebenkosten verurteilt. Gleichzeitig hat es die Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zugelassen, da es zu der Problematik einer „amöbenartigen" Ausweitung des Schadensbildes zwischen der Meldung bei der Jagdbehörde und der Sachverständigenfest-

stellung bzw. Berechnung des Schadens keine obergerichtliche Rechtsprechung gebe. Gegen dieses Urteil richten sich die Rechtsmittel beider Parteien.

3 **Aus den Gründen:** Die Revision des Beklagten ist unzulässig; das Rechtsmittel des Klägers führt dagegen zu einer teilweisen Aufhebung des angefochtenen Urteils.

4 A. Nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen dem Kläger lediglich Schadensersatzansprüche im Hinblick auf die Feldstücke 02/03 und 13/3 zu.

5 Zwar habe der Kläger entgegen der Auffassung des Beklagten schlüssig zu den Nutzungsverhältnissen aller streitgegenständlichen Flächen vorgetragen. Der Inhalt seines Schriftsatzes vom 15. September 2008 in Verbindung mit den vorgelegten Pachtverträgen ermögliche eine Zuordnung der in den Verträgen aufgeführten Flurstücke zu den unter der jeweiligen Feldstücknummer gemeldeten Schäden. Angesichts dieser substantiierten Darstellung reiche das pauschale Bestreiten der Aktivlegitimation durch den Beklagten nicht aus. Auch sei dieser der richtige Anspruchsgegner. Nach § 29 Abs. 1 Satz 3 BJagdG hafte er aufgrund der im Jagdpachtvertrag mit der Jagdgenossenschaft vertraglich übernommenen Verpflichtung zum Wildschadensersatz dem Kläger unmittelbar.

6 Jedoch seien Ansprüche im Hinblick auf die Feldstücke 12/0, 13/1, 14/0 sowie 4/1,2 nicht gegeben. Nach § 34 Satz 1 BJagdG erlösche der Anspruch auf Ersatz eines Wildschadens, wenn der Berechtigte den Schadensfall nicht binnen einer Woche, nachdem er von dem Schaden Kenntnis erhalten habe oder bei Beobachtung gehöriger Sorgfalt erhalten hätte, bei der zuständigen Behörde anmelde. Zwar habe der Kläger nachgewiesen, dass die auf diesen Feldstücken am 19. Juni und 3. Juli 2005 festgestellten Schäden jeweils an demselben Tag – und mithin rechtzeitig – der zuständigen unteren Jagdbehörde mitgeteilt wurden. Ein Ersatzanspruch scheitere aber daran, dass der Zeuge N., der vom Kläger als Sachverständiger hinzugezogen worden sei, erst am 18. August sowie am 28. September 2005 eine Schadensaufnahme durchgeführt habe. Insoweit sei der Schaden, der an diesen Tagen ermittelt worden sei, nicht mit dem vom Kläger festgestellten und gemeldeten Schaden identisch.

7 N. habe hierzu vor dem Amtsgericht ausgesagt, dass die von ihm festgestellten Schäden nicht älter als 14 Tage gewesen seien. Daraus folge aber, dass diese Mitte Juni bzw. Anfang Juli 2005 noch gar nicht vorgelegen haben könnten. Allerdings habe N. auf Vorhalt auch bekundet, dass es durchaus zutreffen könne, dass die Schäden schon zu den früheren Zeitpunkten eingetreten seien. Es sei auch nicht auszuschließen, dass er aufgrund der territorialen Nähe die Flächen bereits vorher in Augenschein genommen habe, ohne bereits eine detaillierte Vermessung vorzunehmen. Er lasse sich auch in aller Regel die Anmeldung des Wildschadens mit der Einzeichnung der Schäden zeigen. Wenn er nicht unmittelbar nach der Aufforderung zur Begutachtung an Ort und Stelle erscheinen könne, sondern dies erst einige Zeit später möglich sei, habe sich das Schadensbild insofern verändert, als es sich amöbenartig erweitert habe.

8 Nach Auffassung der Kammer ergebe sich aus diesen Bekundungen, dass das Schadensbild, das der sachverständige Zeuge am 18. August und am 28. September 2005 besichtigt habe, nicht mit dem identisch sei, welches zum Zeitpunkt der Anmeldung vorgelegen habe. Es könnten insoweit keine Feststellungen dahingehend getroffen werden, dass N. die Schäden ermittelt und aufgezeichnet habe, die Gegenstand der Schadensmeldungen gewesen seien.

9 Anderes gelte für die Feldstücke 02/3 und 13/3. Der dortige Schaden sei am 26. September 2005 festgestellt und sogleich der zuständigen Behörde gemeldet worden. Bereits am 28. September 2005 habe die Aufnahme des Schadens durch den Zeugen N. stattgefunden. Demgemäß sei die Kammer davon überzeugt, dass durch den Kläger der Schaden gemeldet worden sei, den auch der sachverständige Zeuge begutachtet habe.

10 Die Anschlussberufung sei unbegründet. Auf ein etwaiges Mitverschulden des Klägers, von dem das Amtsgericht bezüglich des Schadens auf dem Feldstück 4/1,2 ausgegangen sei, komme es nicht an, da dem Kläger nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen für dieses Feldstück ein Anspruch sowieso nicht zustehe.

11 B. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

I. Revision des Klägers

12 1. Zutreffend sind die Vorinstanzen von der Aktivlegitimation des Klägers ausgegangen. Die Annahme, der Kläger habe mit seinem Schriftsatz vom 15. September 2008 und den beigefügten Unterlagen hierzu schlüssig vorgetragen, so dass das pauschale Bestreiten des Beklagten unzureichend sei, weist keine Rechtsfehler auf.

13 Die vom Beklagten im Rahmen seiner Revision erhobene Gegenrüge, dem Vorbringen des Klägers lasse sich nur entnehmen, welche Flurstücke zu den angeblich schadensbetroffenen Feldstücken gehörten, es fehle jedoch an einer Zuordnung der Flurstücke zu den Pachtverträgen, geht fehl. Der Kläger hat unter anderem in drei Aktenordnern – alphabetisch nach dem Namen der Verpächter – die von ihm abgeschlossenen Verträge vorgelegt. Zusätzlich hat er Übersichten („Flächenzuordnung Schläge im Erntejahr 2005“) beigefügt, in denen für jedes Flurstück der dazu gehörende Pachtvertrag aufgeführt ist. Die Zuordnung war damit ausreichend und dem Beklagten – entgegen seiner Auffassung – eine nähere Einlassung zumutbar. Soweit der Beklagte auf seinen vorinstanzlichen Vortrag hinweist, mit dem er bemängelt hat, dass sich bereits die zu Ziffer 1 des Schreibens des Zeugen N. (Anlage zum Schriftsatz des Klägers vom 15. September 2008) dem Feldstück 12/0 zugeordneten Flurstücke 11/1, 12/1, 13 (Flur 4) mit keinem Pachtvertrag in Verbindung bringen ließen und es nicht seine Sache sei, die Anlagen auf Schlüssigkeit zu überprüfen, vielmehr zunächst der Kläger darzulegen habe, welche Verträge für eine bestimmte Schadensfläche relevant seien, war dieser Einwand nicht verständlich. In der „Flächenzuordnung Schläge im Erntejahr 2005“ für die Gemarkung Schleife sind auf Seite 3 die Flurstücke 11/1, 12/1 und 13 (Flur 4) den Verträgen mit den Verpächtern B., P. und Be. zugeordnet. Aus den beigefügten Pachtverträgen ergibt sich, dass die betreffenden Flurstücke tatsächlich vom Kläger angepachtet wurden.

14 2. Der Beklagte ist auch passivlegitimiert. Zwar hat nach § 29 Abs. 1 Satz 1 BJagdG grundsätzlich die Jagdgenossenschaft dem Geschädigten den Wildschaden zu erstatten. Hat jedoch der Jagdpächter den Ersatz des Wildschadens ganz oder teilweise im Vertrag mit der Jagdgenossenschaft übernommen, so trifft ihn die Ersatzpflicht (§ 29 Abs. 1 Satz 3 BJagdG). Eine Haftung der Jagdgenossenschaft bleibt lediglich subsidiär bestehen, „soweit der Geschädigte Ersatz von dem Pächter nicht erlangen kann“ (§ 29 Abs. 1 Satz 4 BJagdG).

15 Entgegen der Auffassung des Beklagten regelt § 29 Abs. 1 Satz 3 BJagdG nicht das Innenverhältnis zwischen Jagdgenossenschaft und Jagdpächter. Bei einem solchen Verständnis wäre die Regelung überflüssig, da sich die Verpflichtung im Innenverhältnis bereits aus dem Jagdpachtvertrag selbst ergibt; auch § 29 Abs. 1 Satz 4 BJagdG wäre dann unverständlich. Vielmehr vermittelt § 29 Abs. 1 Satz 3 BJagdG dem Geschädigten einen unmittelbaren Anspruch gegen den Jagdpächter; dies entspricht einhelliger Auffassung in Rechtsprechung (vgl. nur BGH, Urteil vom 8. Mai 1957 – V ZR 150/55, RdL 1957, 191, 192; LG Bonn, EJ II Nr. 5; LG Aachen, RdL 1971, 294, 295; LG München II, RdL 1976, 210, 211; siehe auch OLG Hamm JE IX Nr. 47) und Schrifttum (vgl. nur Drees/Thies, Wild- und Jagdschaden, 8. Aufl., S. 26; Leonhardt, Jagdrecht, § 29 BJagdG Erl. 7.1.3; Lorz/Metzger/Stöckel, Jagdrecht, 3. Aufl., § 29 BJagdG Rn. 4; Mitzschke/Schäfer, Kommentar zum Bundesjagdgesetz, 4. Aufl., § 29 Rn. 11; Müller-Schallenberg/Knemeyer, Jagdrecht Nordrhein-Westfalen, 6. Aufl., Rn. 450; Schandau/Drees/Thies/Schallenberg, Das Jagdrecht in Nordrhein-

Westfalen, 5. Aufl., § 29 BJG Erl. IV 1; Schulz, Das Jagdrecht in Mecklenburg-Vorpommern, Kommentar – BJagdG §§ 29-35/ LJagdG M-V § 28 Erl. 2. 5. 1; Schuck/Stamp, Bundesjagdgesetz, § 29 Rn. 23).

16 3. a) Nach § 34 Satz 1 BJagdG erlischt allerdings der Anspruch auf Ersatz von Wildschäden an landwirtschaftlich genutzten Flächen, wenn der Berechtigte den Schadensfall nicht binnen einer Woche, nachdem er von dem Schaden Kenntnis erhalten hat oder bei Beobachtung gehöriger Sorgfalt erhalten hätte, bei der zuständigen Behörde anmeldet. Diese Regelung beruht darauf, dass Feststellungen über die Ursache eines Schadens schnell getroffen werden müssen. Ob überhaupt ein Wildschaden im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 BJagdG – d.h. ein Schaden, der durch Schalenwild, Wildkaninchen oder Fasanen verursacht wurde – vorliegt, lässt sich in vielen Fällen nur unmittelbar nach seiner Entstehung zuverlässig beurteilen. Je später es zur Prüfung kommt, desto schwieriger ist sie. Häufig ist es dann unmöglich festzustellen, ob und inwieweit (ganz oder zumindest teilweise) der Schaden nicht auch auf Witterungseinflüsse (z. B. Frost, Regen, Hagel, Hitze), Bestellungs- oder Düngungsfehler, Schädlinge aus Fauna und Flora oder andere menschliche oder nicht unter § 29 Abs. 1 Satz 1 BJagdG fallende tierische Einwirkungen zurückzuführen ist. Da schnell vergängliche Merkmale wie Fährten, Spuren oder Geläuf, Losung oder Gestüber, Verbissstellen sowie Zahnabdrücke eine Rolle spielen und sich das äußere Bild, welches maßgebliche Anhaltspunkte für den Schaden und seine Verursachung gerade durch Schadwild (§ 29 Abs. 1 Satz 1 BJagdG) gibt, rasch ändern kann, ist ein beschleunigtes Verfahren mit der kurzen Wochenfrist des § 34 Satz 1 BJagdG nötig. Insoweit besteht auch ein staatliches Interesse an einer schnellen und reibungslosen Erledigung zwecks Vermeidung späterer aufwendiger Beweisaufnahmen. Die Wochenfrist ist eine von Amts wegen zu beachtende Ausschlussfrist, deren Versäumen den Anspruch zum Erlöschen bringt. Die Beweislast für die Einhaltung der Frist trifft den Geschädigten. Hierbei hängt die Ausschlusswirkung nicht davon ab, ob im konkreten Einzelfall tatsächlich die angesprochenen Beweisschwierigkeiten auftreten. Ist die Frist versäumt, bedarf es keiner weiteren Feststellungen zur Schadensursache. Nach der gesetzlichen Wertung in § 34 Satz 1 BJagdG soll der Schadensfall dann vielmehr zum Nachteil des Geschädigten abgeschlossen sein (vgl. zu Vorstehendem: Senat, Urteil vom 15. April 2010 – III ZR 216/09, VersR 2010, 1318 [= GüT 2010, 240] Rn. 10 f mwN).

17 b) Die gesetzlich vorgeschriebene Anmeldung bezieht sich dabei nur auf den Schaden, von dem der Berechtigte in der Wochenfrist Kenntnis erhalten hat oder bei Erfüllung seiner Kontrollobliegenheit hätte erhalten können. Schadensfall im Sinne des § 34 Satz 1 BJagdG ist insoweit der durch das Eindringen von Schadwild in die landwirtschaftlich genutzten Flächen konkret entstandene Schaden. Ein zeitlich späterer Schaden ist nicht Gegenstand der Anmeldung, zumal es diesbezüglich zunächst ebenfalls der zeitnahen und zuverlässigen Ermittlung ihres Verursachers bedarf. Deshalb sind neue Schäden grundsätzlich zusätzlich zu melden. Die zuständige Behörde kann dann, soweit – wie in den meisten Bundesländern (vgl. die Nachweise bei Schuck/Schuck, aaO § 35 Rn. 2 ff) – nach Maßgabe des § 35 BJagdG ein behördliches Schadensfeststellungsverfahren geschaffen worden ist, dieses und den insoweit anzuberaumenden Ortstermin auf den weiteren Schaden erstrecken. Unter Umständen kann die Meldung die Behörde auch veranlassen, kurzfristiger zu terminieren. Die erneute Schadensmeldung ist ferner auch deshalb sinnvoll, um den Ersatzpflichtigen rechtzeitig auf die Gefahr eines sich vergrößernden Schadens aufmerksam zu machen und ihm gegebenenfalls Gelegenheit zu entsprechenden Vorkehrungen gegen Wildschäden zu geben. Soweit vor diesem Hintergrund im Schrifttum und in der amts- und landgerichtlichen Rechtsprechung verschiedentlich eine Nachmeldung sich wiederholender Schadensfälle bzw. fortdauernder Schadenshandlungen regelmäßig für erforderlich gehalten wird (vgl. etwa Leonhardt, aaO § 34 BJagdG Erl. 2, 6; Meyer-Ravenstein, Jagdrecht in Niedersachsen, § 34 BJagdG Rn. 6; Mitzschke/Schäfer, aaO § 34 Rn. 5; Schandau/Drees/ Thies/Schallenberg, aaO § 34 LJG-NW Erl. S. 267; Schuck/ Schuck, aaO § 34 Rn. 6; Siefke/Voth/Spindler/Rackwitz, Jagdrecht Mecklenburg-Vorpommern, 2. Aufl., § 34 BJagdG Rn. 1; LG Freiburg, VersR 1977, 748, 749; LG Itzehoe, JE IX Nr. 98; AG Meldorf, JE IX Nr. 67; LG Osnabrück JE IX Nr. 91; AG Plön JE IX Nr. 43; AG Saarlouis JE IX Nr. 59; LG Verden JE IX Nr. 54), steht dies grundsätzlich im Einklang mit Sinn und Zweck des Gesetzes (Senat, aaO Rn. 19).

18 c) Diese Regel schließt aber die Möglichkeit einer – nach Maßgabe der Besonderheiten des Einzelfalls vom Tatrichter festzustellenden – Ausnahmesituation nicht aus. Der Senat hat insoweit in seinem Urteil vom 15. April 2010 (aaO Rn. 20) die Annahme einer solchen Sonderlage durch die Vorinstanz als revisionsrechtlich nicht zu beanstandende Einzelfallentscheidung gebilligt; auf die diesbezüglichen Ausführungen wird Bezug genommen. Das Berufungsgericht, das bei seiner Entscheidung das Senatsurteil noch nicht berücksichtigen konnte, hat keine entsprechende Prüfung vorgenommen. Es hat lediglich darauf abgestellt, dass sich eine Identität zwischen dem angemeldeten und dem vom sachverständigen Zeugen ermittelten Schaden nicht feststellen lasse. Ob diese Formulierung so zu verstehen ist, dass das Berufungsgericht auch eine Teilidentität verneinen, das heißt ausschließen wollte, dass in dem ermittelten Schaden auch der angemeldete Schaden enthalten ist, lässt sich dem Urteil allerdings nicht mit der notwendigen Deutlichkeit entnehmen. Insoweit wäre zu berücksichtigen, dass dann, wenn sich ein Schaden nicht in der Form zuordnen lässt, dass ein Teil rechtzeitig angemeldet, ein Teil dagegen versäumt wurde anzumelden, und auch eine Schätzung nach § 287 ZPO mangels greifbarer Anhaltspunkte unzulässig wäre (vgl. dazu Senat, Urteil vom 22. Mai 1984 – III ZR 18/83, BGHZ 91, 243, 256 f mwN), dies zum Nachteil des Geschädigten geht, der damit seines Ersatzanspruchs in vollem Umfang verlustig geht (vgl. nur LG Arnsberg JE IX Nr. 86; AG Bernkastel-Kues JE IX Nr. 152; AG Daun JE IX Nr. 160; AG Eisleben JE IX Nr. 125; LG Hagen JE IX Nr. 107; LG Hechingen JE IX Nr. 83; LG Itzehoe, aaO; AG Kusel JE IX Nr. 159; AG Lichtenfels JE IX Nr. 157; LG Marburg JE IX Nr. 139; AG Meldorf, aaO; AG Montabaur JE IX Nr. 155; LG Osnabrück, aaO; siehe auch Leonhardt, aaO § 34 Erl. 2; Schuck/Schuck, aaO § 34 Rn. 10). Auf die Abgrenzbarkeit der Schäden käme es jedoch ebenso wenig wie auf deren Teilidentität an, wenn eine Ausnahmesituation vorläge, in der eine Nachmeldung späterer Folgeschäden im Anschluss an die rechtzeitig erfolgten Schadensmeldungen nicht notwendig gewesen ist. Hierzu fehlen tatrichterliche Feststellungen, die nachzuholen sein werden.

19 Dabei wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, dass eine Abweichung von dem Grundsatz, wonach bei sich wiederholenden Schadensfällen bzw. sich fortlaufend vertiefenden Schäden eine Nachmeldung nötig ist, angesichts der gesetzlichen Regelung in § 34 Satz 1 BJagdG nur unter sehr engen Voraussetzungen in Betracht kommt. Insoweit war der dem Senatsurteil vom 15. April 2010 zugrunde liegende Sachverhalt wesentlich dadurch geprägt, dass die nach dem einschlägigen Landesrecht von Mecklenburg-Vorpommern für die Durchführung des Schadensfeststellungsverfahrens zuständige Behörde (vgl. § 28 Abs. 3 LJagdG M-V i.V.m. § 35 BJagdG) an sich nach Eingang der Schadensmeldung „unverzüglich“ einen Ortstermin hätte anberaumen müssen (vgl. § 1 Abs. 1 der Wild- und Jagdschadensverordnung vom 2. Januar 2001, GVOBl. M-V S. 5); hiervon hatte sie im Hinblick auf die bis zur bevorstehenden Ernte zu erwartenden weiteren Schäden bewusst abgesehen und eine Ortsbesichtigung erst ca. vier Wochen später durchgeführt, so dass eine Nachmeldung angesichts dieser Haltung der Behörde keine zeitlich frühere amtliche Feststellung des Schadens und seiner Ursachen bewirkt hätte. Ob im vorliegenden Fall andere – nach der sächsischen Jagdverordnung vom 29. Oktober 2004 (SächsGVBl. S. 560) ist ein behördliches Schadensfeststellungsverfahren nicht vorgesehen –, aber für die

ausnahmsweise Entbehrlichkeit einer Nachmeldung vergleichbare Umstände vorliegen, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben; die Parteien erhalten insoweit Gelegenheit zu weiterem Sachvortrag. Der Senat weist jedoch darauf hin, dass der vom Amtsgericht für maßgeblich erachtete Umstand, dass sich der Schaden nur ausgeweitet und auf keine andere „Fläche“ verlagert habe, allein die Annahme einer Ausnahmesituation nicht rechtfertigt.

II. Revision des Beklagten

20 Das Rechtsmittel des Beklagten, das den bezüglich der Feldstücke 02/3 und 13/3 zuerkannten Schadensersatzanspruch betrifft, ist unzulässig, weil die Revision insoweit nicht zugelassen wurde.

21 1. Zwar hat das Berufungsgericht im Tenor des Urteils die Revisionszulassung uneingeschränkt ausgesprochen. Aus den Ausführungen zur Zulassung in den Entscheidungsgründen ergibt sich aber, dass die Revision nur bezüglich der Schäden an den Feldstücken 12/0, 13/1, 14/0 und 4/1,2 und insoweit zugunsten des Klägers, nicht aber bezüglich der Schäden an den Feldstücken 02/3 und 13/3 und insoweit auch zugunsten des Beklagten zugelassen werden sollte.

22 a) Eine Eingrenzung der Rechtsmittelzulassung kann sich aus den Entscheidungsgründen ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 2003 – XII ZR 92/01, BGHZ 153, 358, 360 f mwN). Dazu ist allerdings erforderlich, dass sich dies klar aus den Gründen ableiten lässt; unzureichend ist, wenn das Berufungsgericht lediglich eine Begründung für die Zulassung der Revision nennt, ohne weiter erkennbar zu machen, dass es die Zulassung auf den durch die Rechtsfrage betroffenen Teil des Streitgegenstands hat beschränken wollen (vgl. Senat, Urteil vom 15. April 2010 – III ZR 196/09, BGHZ 185, 185 Rn. 7 mwN). Allerdings ist regelmäßig eine Beschränkung anzunehmen, wenn die Zulassung nur wegen bestimmter Rechtsfragen ausgesprochen wird, die lediglich für die Entscheidung über einen selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffs erheblich sein können (vgl. etwa BGH, Urteile vom 29. Juni 1967 – VII ZR 266/64, BGHZ 48, 134, 136; vom 16. Januar 1996 – XI ZR 116/95, NJW 1996, 926, 927; vom 29. Januar 2003 aaO; vom 5. November 2003 – VIII ZR 320/02, NJW-RR 2004, 426 f; vom 29. Januar 2004 – V ZR 244/03, NJW-RR 2004, 1365 f; und vom 3. März 2005 – IX ZR 45/04, NJW-RR 2005, 715, 716). Hat das Berufungsgericht die Revision mit Beschränkung auf eine bestimmte Rechtsfrage zugelassen, so wirkt die Zulassung nicht für die Partei, zu deren Gunsten die Rechtsfrage entschieden ist und die das Urteil aus einem völlig anderen Grund angreift (vgl. Senat, Beschluss vom 11. Juli 1952 – III ZA 51/52, BGHZ 7, 62, 63 f; BGH, Urteile vom 5. November 2003 aaO S. 427 und vom 3. März 2005 aaO).

23 b) Das Berufungsgericht hat die Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO deshalb zugelassen, weil es zu der Problematik einer „amöbenartigen“ Ausweitung des Schadensbildes zwischen der Meldung bei der Jagdbehörde und der Sachverständigenfeststellung bzw. Berechnung des Schadens keine obergerichtliche Rechtsprechung gebe. Diese Problematik betrifft aber nur die Feldstücke, bezüglich deren die Klage abgewiesen wurde, nicht die Feldstücke 02/3 und 13/3, die Gegenstand der Revision des Beklagten sind. Es ist fern liegend, dass das Berufungsgericht die Revision insoweit auch zugunsten des Beklagten zulassen wollte, obwohl es insoweit – zu Recht – keine zulassungsrelevanten Fragen gesehen hat. Vielmehr besteht nach dem allein maßgeblichen objektiven Sinngehalt der Urteilsgründe (BGH, Urteil vom 29. Juni 1967 aaO) kein Zweifel, dass sich die Zulassung nur auf die streitgegenständlichen Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten bezüglich der Feldstücke 12/0, 13/1, 14/0 und 4/1,2 beschränkt. Soweit der Beklagte in seiner Revisionsbegründung unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 25. Oktober 2006 – XII ZR 141/04, NJW 2007, 144 Rn. 8 darauf verweist, dass eine Beschränkung der Zulassung nur möglich sei, wenn sich die Zulassung auf einen abtrennbaren Teil der Klagforderung beziehe, die einem Teilurteil zugänglich sei oder auf den die Revision beschränkt werden könnte, liegen diese Voraussetzungen hier vor. Die bezüglich der Feldstücke 12/0, 13/1, 14/0 und 4/1,2 klagabweisende Entscheidung betrifft einen selbständigen, grundsätzlich einem Teilurteil zugänglichen Teil des Gesamtstreitstoffs. Die Ansprüche bezüglich der Feldstücke 02/3 und 13/3 beziehen sich auf einen – zeitlich und örtlich – davon verschiedenen Schadensfall.

24 2. Allerdings kann eine unzulässige Revision regelmäßig in eine Anschlussrevision umgedeutet werden (vgl. nur Senat, Urteil vom 4. November 1954 – III ZR 236/53, JZ 1955, 218; BGH, Beschluss vom 2. Juli 1996 – IX ZB 53/96, NJW 1996, 2659, 2660 zum Verhältnis Berufung/Anschlussberufung; MünchKommZPO/Wenzel, 3. Aufl., § 554 Rn. 8; Musielak/Ball, ZPO, 7. Aufl., § 554 Rn. 3; Saenger/Kayser, ZPO, 4. Aufl., § 554 Rn. 3). Für deren Zulässigkeit ist unerheblich, ob die Beschwer 20.000 € (§ 26 Nr. 8 EGZPO) übersteigt (vgl. nur MünchKommZPO/Wenzel, aaO Rn. 5; Musielak/Ball, aaO Rn. 5; Saenger/Kayser, aaO Rn. 6; Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, 31. Aufl., § 554 Rn. 2). Auch spielt es – anders als nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 556 Abs. 1 ZPO a.F. (vgl. Urteil vom 20. April 1990 – V ZR 282/88, BGHZ 111, 158, 166 f mwN) – nach der ausdrücklichen Regelung in § 554 Abs. 2 Satz 1 ZPO n.F. grundsätzlich keine Rolle mehr, ob die Revision nur zugunsten der anderen Partei zugelassen wurde (vgl. BGH, Urteile vom 24. Juni 2003 – KZR 32/02, BGHZ 155, 189, 191 f und vom 26. Juli 2004 – VIII ZR 281/03, NJW 2004, 3174, 3176 [=WuM 2004, 527]; Beschluss vom 23. Februar 2005 – II ZR 147/03, NJW-RR 2005, 651). Jedoch muss die Anschlussrevision einen Lebenssachverhalt betreffen, der mit dem von der Revision erfassten Streitgegenstand in einem unmittelbaren rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang steht (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2007 – I ZR 74/05, BGHZ 174, 244, Rn. 37 ff). Das Rechtsmittel des Beklagten betrifft aber einen eigenständigen Anspruch des Klägers bezüglich am 26. September 2005 in Maisfeldern (Feldstücke 02/3 und 13/3) entdeckter Schäden und ist insoweit zu trennen von den vom Kläger am 19. Juni und 3. Juli 2005 in mehreren Winterroggenfeldern (Feldstücke 12/0; 04/1,2; 14/0; 13/1) festgestellten Schäden. Allein der Umstand, dass es um Wildschäden geht und der Beklagte bezüglich aller Schadensfälle die Aktivlegitimation des Klägers und seine eigene Passivlegitimation bestreitet, reicht als Zusammenhang nicht aus.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 823 BGB; UVV Jagd

Jagd; Treibjagd; Verkehrssicherungspflichten des Veranstalters gegenüber Jagdteilnehmern und Dritten; jagdgerechtes Verhalten; Unfallverhütung; Geländereiter im Wald; Schussgeräusche; Scheuen des Pferdes

Im Allgemeinen begründen Schussgeräusche einer Jagd für sich noch keine potentielle Gefahr für Rechtsgüter Dritter.

(BGH, Urteil vom 15. 2. 2011 – VI ZR 176/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen eines Reitunfalls auf Zahlung von Schmerzensgeld in Anspruch.

2 Am 15. November 2008 führte der Beklagte als Jagdleiter eine Treibjagd durch. Die Klägerin und ihre Freundin ritten auf einem Waldweg in der Nähe des Jagdgebietes. Nachdem sie etwa die Hälfte der geplanten Reitroute zurückgelegt hatten, hörten sie einen Schuss. Sie entschlossen sich, den Ausritt fortzusetzen. Kurze Zeit später scheute das Pferd, wodurch die Klägerin stürzte und sich dabei verletzte. Sie nimmt den Beklagten wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht in Anspruch und behauptet, Hinweis- oder Warnschilder an den Wegen zum Jagdgebiet hätten gefehlt. Ihr Pferd habe aufgrund eines weiteren Schusses gescheut, der von einem Teilnehmer der Treibjagd des Beklagten abgegeben worden sei.

3 Das Amtsgericht Arnsberg hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Das Berufungsgericht [LG Arnsberg] hat die Revision zugelassen zur Klärung der Frage des Umfangs der Verkehrssicherungspflicht eines Verantwortlichen einer Treibjagd im Zusammenhang mit Schussgeräuschen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren weiter.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten verneint. Eine Verkehrssicherungspflicht, die dem Zweck diene, andere vor den von Schussgeräuschen bei einer Treibjagd ausgehenden Gefahren zu schützen, bestehe nicht. Zwar treffe den Veranstalter einer Treibjagd die Pflicht, Verkehrsunfälle durch fliehendes Wild beim Überqueren von Straßen zu vermeiden. Auch müsse der grundsätzlichen Gefahr von Schussverletzungen dadurch begegnet werden, dass Standort bzw. Laufrichtung der Schützen und Treiber genau bestimmt und den Jagdteilnehmern die Standorte ihrer Nachbar nmitgeteilt würden. Hingegen müsse sich ein Geländereiter im Wald selbst darauf einstellen, dass dort Schussgeräusche möglich und deutlich hörbar seien und ein Pferd darauf schreckhaft und unberechenbar reagiere. Es liege in der Sphäre und im Risikobereich des Reiters, ein Pferd, das nicht an solche waldtypischen Geräusche gewohnt sei, im Gelände zu bewegen. Der Jagdleiter sei nicht verpflichtet, solche – mittelbaren – Gefahren auszuschließen.

5 II. Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

6 1. Erfolglos rügt die Revision, das Berufungsgericht habe überraschend ohne Beweisaufnahme die Berufung zurückgewiesen, obwohl es Zeugen geladen und das persönliche Erscheinen der Parteien mit Verfügung vom 17. März 2010 angeordnet habe. Es habe dadurch das rechtliche Gehör der Klägerin verletzt. Nach der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, auf die die Klägerin im Rahmen der Erörterung der Sach- und Rechtslage hingewiesen worden ist, war die Aussage der Zeugen für die Entscheidung nicht erheblich und mithin eine Beweisaufnahme nicht erforderlich. Mit Recht weist die Revisionserwiderung darauf hin, dass ein Überraschungsurteil des Berufungsgerichts schon deshalb nicht gegeben sei, weil bereits das Amtsgericht eine Verkehrssicherungspflicht des Beklagten verneint hatte.

7 2. Das Berufungsgericht hat im Streitfall eine Verkehrssicherungspflicht als Grundlage der Haftung des Beklagten mit Recht verneint.

8 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist derjenige, der eine Gefahrenlage – gleich welcher Art – schafft, grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern (vgl. etwa Senat, Urteile vom 4. Dezember 2001 – VI ZR 447/00, VersR 2002, 247, 248; vom 15. Juli 2003 – VI ZR 155/02, VersR 2003, 1319; vom 5. Oktober 2004 – VI ZR 294/03, VersR 2005, 279, 280; vom 8. November 2005 – VI ZR 332/04, VersR 2006, 233, 234; vom 6. Februar 2007 – VI ZR 274/05, VersR 2007, 659 Rn. 14 [= GuT 2007, 154 KL] und vom 2. März 2010 – VI ZR 223/09, VersR 2010, 544 [= GuT 2010, 115] Rn. 5 ff.; vgl. auch BGH, Urteil vom 25. Februar 1993 – III ZR 9/92, BGHZ 121, 367, 375 und Urteil vom 13. Juni 1996 – III ZR 40/95, VersR 1997, 109, 111). Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren.

9 Zu berücksichtigen ist jedoch, dass nicht jeder abstrakten Gefahr vorbeugend begegnet werden kann. Ein allgemeines Verbot, andere nicht zu gefährden, wäre utopisch. Eine Verkehrssicherung, die jede Schädigung ausschließt, ist im praktischen Leben nicht erreichbar. Haftungsbegründend wird eine Gefahr daher erst dann, wenn sich für ein sachkundiges Urteil die nahe liegende Möglichkeit ergibt, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden (vgl. Senatsurteil vom 6. Februar 2007 – VI ZR 274/05, aaO Rn. 15 mwN). Deshalb muss nicht für alle denkbaren Möglichkeiten eines Schadenseintritts Vorsorge getroffen werden. Es sind vielmehr nur die Vorkehrungen zu treffen, die geeignet sind, die Schädigung anderer tunlichst abzuwenden (vgl. Senat, Urteile vom 10. Oktober 1978 – VI ZR 98/77 und – VI ZR 99/77, VersR 1978, 1163, 1165; vom 15. Juli 2003 – VI ZR 155/02, aaO und vom 8. November 2005 – VI ZR 332/04, aaO). Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist genügt, wenn im Ergebnis derjenige Sicherheitsgrad erreicht ist, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält (vgl. Senat, Urteile vom 15. Juli 2003 – VI ZR 155/02, aaO und vom 8. November 2005 – VI ZR 332/04, aaO). Daher reicht es anerkanntermaßen aus, diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise – hier: der Jagdveranstalter und -leiter – für ausreichend halten darf, um andere Personen – hier: Jagdbeteiligte, Reiter, Spaziergänger und Teilnehmer am allgemeinen Straßenverkehr – vor Schäden zu bewahren, und die den Umständen nach zuzumuten sind (vgl. Senat, Urteil vom 6. Februar 2007 – VI ZR 274/05, aaO, Rn. 15 mwN).

10 Kommt es in Fällen, in denen hiernach keine Schutzmaßnahmen getroffen werden mussten, weil eine Gefährdung anderer zwar nicht völlig ausgeschlossen, aber nur unter besonders eigenartigen und entfernter liegenden Umständen zu befürchten war, ausnahmsweise doch einmal zu einem Schaden, so muss der Geschädigte – so hart dies im Einzelfall sein mag – den Schaden selbst tragen (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa Senat, Urteil vom 6. Februar 2007 – VI ZR 274/05, aaO, Rn. 16). So liegt der Fall hier.

11 b) Der Beklagte war nicht verpflichtet, die Klägerin vor den unkontrollierbaren Reaktionen des Pferdes auf ein Schussgeräusch zu schützen.

12 aa) Dass der Beklagte berechtigt war, die Treibjagd zu veranstalten, wird auch von der Klägerin nicht in Zweifel gezogen. Die bei der Treibjagd zu beachtenden Sorgfaltspflichten konkretisieren u. a. die Unfallverhütungsvorschriften Jagd (UVV Jagd). Zutreffend sieht das Berufungsgericht den Regelungsgehalt der UVV Jagd darin, dass der Veranstalter einer Treibjagd zu vermeiden hat, dass es zu Verkehrsunfällen durch fliehendes Wild beim Überqueren von Straßen kommt sowie dass Jagdteilnehmer und dritte Personen durch Schüsse verletzt werden. Insoweit präzisieren die Unfallverhütungsvorschriften das jagdgerechte Verhalten (vgl. MünchKomm/Wagner, BGB, 5. Aufl., § 823 Rn. 557, 558; Staudinger/J. Hager (2009), BGB, § 823 Rn. E 367, 368 und E 372). Sie regeln dazu jagdliche Verhaltenspflichten, die dem Schutz von Leben und Gesundheit dienen und sind auch außerhalb ihres unmittelbaren Geltungsbereiches Maßstab für verkehrsgerechtes Verhalten.

13 bb) Eine allgemeine Verkehrssicherungspflicht des Beklagten, sich in der Nähe des Jagdgebiets aufhaltende Reiter vor Schussgeräuschen, auf die deren Pferde schreckhaft reagieren, zu schützen, ergibt sich daraus nicht. Zwar darf nach der Regelung in § 3 Abs. 4 UVV Jagd ein Schuss erst abgegeben werden, wenn sich der Schütze vergewissert hat, dass niemand gefährdet wird. Die Durchführungsanweisung zu dieser Regelung konkretisiert aber den Begriff der Gefährdung dahingehend, dass eine solche z. B. dann gegeben ist, „wenn Personen durch Geschosse oder Geschossteile verletzt werden können, die an Steinen, gefrorenem Boden, Ästen, Wasserflächen oder am Wildkörper abprallen oder beim Durchschlagen des Wildkörpers abgelenkt werden oder beim Schießen mit Einzelgeschossen kein ausreichender Kugelfang vorhanden ist“. Die Vorschrift will mithin erkennbaren Risiken für Rechtsgüter Dritter durch die direkte Schusseinwirkung vorbeugen. Ihr Zweck ist nicht, Dritte schon vor dem Geräusch eines Schusses zu schützen.

14 cc) Allerdings enthalten Unfallverhütungsvorschriften ebenso wie DIN-Normen im Allgemeinen keine abschließen-

den Verhaltensanforderungen (vgl. Senat, Urteil vom 15. Juli 2003 – VI ZR 155/02, aaO, 1319 f., mwN). Gebietet die Verkehrssicherungspflicht den Schutz vor anderen Gefahren als denen, die Gegenstand der Unfallverhütungsvorschrift sind, so kann sich der Verkehrssicherungspflichtige nicht darauf berufen, in Ansehung dieser Gefahren seiner Verkehrssicherungspflicht dadurch genügt zu haben, dass er die Unfallverhütungsvorschrift eingehalten hat. Vielmehr hat er die insoweit zur Schadensabwehr erforderlichen Maßnahmen eigenverantwortlich zu treffen (vgl. Senatsurteile vom 30. April 1985 – VI ZR 162/83, VersR 1985, 781 und vom 12. November 1996 – VI ZR 270/95, VersR 1997, 249, 250 jeweils mwN).

15 Besondere Maßnahmen zur Warnung vor Schussgeräuschen mussten danach vom Beklagten nicht getroffen werden. Im Allgemeinen begründen Schussgeräusche für sich keine potentielle Gefahr für Rechtsgüter Dritter. Es handelt sich um Lärmbeeinträchtigungen, mit denen allgemein in Waldgebieten gerechnet wird und die hinzunehmen sind. Die Warnpflicht vor solchen Geräuschen, die individuell sehr unterschiedlich aufgenommen werden, wäre mit einem vernünftigen praktischen Aufwand auch nicht erfüllbar. Die Wirkung von Schussgeräuschen auf Menschen und Tiere ist von vornherein kaum abschätzbar. Sie ist jedenfalls nur unter besonders eigenartigen und entfernter liegenden Umständen schadensträchtig, so wenn etwa der Schuss in unmittelbarer Nähe des Reiters abgegeben wird. Ein solcher Fall liegt dem von der Klägerin in Bezug genommenen Urteil des Oberlandesgerichts Saarbrücken vom 30. März 1990 (4 U 63/89) zugrunde.

16 Hingegen ist im Streitfall nicht festgestellt, dass der Schuss in unmittelbarer Nähe der Klägerin abgegeben worden sei. Dies wird von der Klägerin auch nicht behauptet. Nach ihrem eigenen Vortrag stürzte sie, nachdem sie nach dem ersten Schuss weiter geritten war und ihr Pferd aufgrund des zweiten Schussgeräusches scheute. Zum Unfall kam es, weil die Klägerin das Pferd nicht beherrschte.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 1 HöfeO
Landwirtschaftliche Besitzung; Hof im Sinne der Höfeordnung; Wirtschaftswert

Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine landwirtschaftliche Besitzung ein Hof im Sinne der Höfeordnung ist, ist der von dem Finanzamt ermittelte Wirtschaftswert, auch wenn er sich nicht aus einem förmlichen Bescheid ergibt.

(BGH, Beschluss vom 15. 4. 2011 – BLw 9/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beteiligten sind Brüder. Ihre Eltern errichteten am 20. Dezember 1979 ein gemeinschaftliches Testament, in welchem sie sich wechselseitig zu befreiten Vorerben und den Beteiligten zu 1 zum Nacherben einsetzten. Dem Beteiligten zu 2 wurde der Pflichtteil entzogen.

2 Nach dem Tod des Vaters am 13. Februar 1983 stellte das Landwirtschaftsgericht fest, dass die Mutter befreite Hofvorerbin und der Beteiligte zu 1 Hofnacherbe der im Eingang dieses Beschlusses genannten landwirtschaftlichen Besitzung geworden ist. Im Zuge dieses Verfahrens ersuchte das Landwirtschaftsgericht das Grundbuchamt um Löschung des Hofvermerks, weil der Wirtschaftswert der Besitzung nur 4.510 DM betrug. Die Löschung erfolgte am 14. September 1983.

3 Die Mutter verstarb im April 1991. Nunmehr verfolgt der Beteiligte zu 2 gegen den Beteiligten zu 1 Pflichtteilsansprüche. Dieser macht geltend, dass seinerzeit der Hofvermerk zu Unrecht gelöscht worden sei. Seinen auf die Feststellung, dass es sich bei der Besitzung am 14. September 1983 um einen Hof im Sinne Höfeordnung gehandelt habe und heute noch handele, gerichteten Antrag hat das Amtsgericht Mettmann – Landwirtschaftsgericht – zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde, mit welcher der Beteiligte zu 1 die Feststellung der Hofeigenschaft in der Zeit vom 14. September 1983 bis zum Jahr 1992 beantragt hat, hat das Oberlandesgericht Köln – Senat für Landwirtschaftssachen – nach Einholung einer Auskunft des Finanzamts zu der Höhe des Wirtschaftswerts der Besitzung in dem genannten Zeitraum zurückgewiesen.

4 Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung der Beteiligte zu 2 beantragt, verfolgt der Beteiligte zu 1 seinen in der Beschwerdeinstanz gestellten Antrag weiter.

5 **Aus den Gründen:** II. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts ist der Feststellungsantrag zulässig, weil der Beteiligte zu 1 ein rechtliches Interesse an der rückwirkenden Feststellung der Hofeigenschaft hat; denn für die Berechnung der Höhe des von dem Beteiligten zu 2 geltend gemachten Pflichtteils komme es auf die Hofeigenschaft an. Der Antrag sei jedoch unbegründet, weil nach der das Beschwerdegericht bindenden Auskunft des Finanzamts der Wirtschaftswert der Besitzung zwischen 1983 und 1992 stets weniger als 5.000 DM betragen habe, so dass sie kein Hof im Sinne der Höfeordnung gewesen sei. Daran ändere nichts der Hinweis des Finanzamts, dass wegen erheblicher Zupachtungen ein Zuschlag von 16.076 DM zu dem Wirtschaftswert in dem Zeitraum von 1983 bis 1992 gerechtfertigt gewesen sei. Denn allein maßgeblich sei der in einem Bescheid festgestellte und nicht ein fiktiver Wirtschaftswert, der hätte festgestellt werden können. Falls das Finanzamt, wie von dem Beteiligten zu 1 beantragt, den Wirtschaftswert rückwirkend neu, nämlich mit dem Zuschlag festsetze, stehe es den Beteiligten frei, die Hofeigenschaft erneut feststellen zu lassen.

6 III. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die aufgrund Zulassung durch das Beschwerdegericht statthafte (§ 24 Abs. 1 LwVG aF) und im Übrigen zulässige (§§ 25, 26 LwVG aF) Rechtsbeschwerde ist begründet.

7 1. Im Ergebnis zu Recht hat das Beschwerdegericht allerdings den auf die Feststellung der früheren Hofeigenschaft gerichteten Antrag (§ 11 Abs. 1 Buchst. a HöfeVfO) als zulässig angesehen. Entgegen der von dem Beteiligten zu 2 vertretenen Ansicht hat der Beteiligte zu 1 das in § 11 Abs. 1 HöfeVfO geforderte rechtliche Interesse an der Feststellung.

8 a) Ein rechtliches Interesse ist zu bejahen, wenn durch die Feststellung die Rechtsstellung des Antragstellers, seine Beziehungen zu einer Person oder Sache beeinflusst werden; es ist zu verneinen, wenn nach Lage des Falles durch die Feststellung eine sachgemäße Lösung, nämlich die Behebung einer bestehenden Unklarheit oder Ungewissheit, nicht erzielt werden würde (Senat, Beschluss vom 8. April 1952 – V BLw 30/51, MDR 1952, 419 f. mwN; Barnstedt/Steffen, LwVG, 7. Aufl., § 14 Rn. 159). Ohne die alsbaldige Feststellung müsste der Antragsteller gefährdet oder benachteiligt sein (Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, HöfeO, 3. Aufl., § 11 HöfeVfO Rn. 1).

9 b) Nach diesen Grundsätzen hat der Beteiligte zu 1 schon deshalb ein rechtliches Interesse an der gewünschten Feststellung, weil einerseits das Landwirtschaftsgericht im Jahr 1983 seine Hofnacherbenstellung festgestellt hat, andererseits nach dem Grundbuchstand die Hofeigenschaft der zum Nachlass gehörenden Besitzung verloren gegangen ist. Diese Unklarheit kann durch das Feststellungsverfahren beseitigt werden.

10 c) Auf die von dem Beteiligten zu 2 angesprochene Problematik der Rechtskraftwirkung der Feststellung und deren Einfluss auf den zwischen den Beteiligten anhängigen Zivilprozess über Pflichtteilsansprüche des Beteiligten zu 2 kommt es somit nicht an.

11 2. Zu Unrecht hat das Beschwerdegericht jedoch angenommen, dass die Besitzung zwischen 1983 und 1992 kein Hof im Sinne der Höfeordnung gewesen sei, weil ihr Wirtschaftswert in diesem Zeitraum unter 5.000 DM gelegen habe.

12 a) Nach der Definition in § 1 Abs. 1 Satz 1 der Höfeordnung in der hier maßgeblichen Fassung des Zweiten Gesetzes zur Änderung der Höfeordnung vom 29. März 1976 (BGBl. I S. 881, nachfolgend HöfeO aF) war eine landwirtschaftliche Besitzung nur dann ein Hof im Sinne der Höfeordnung, wenn sie

u. a. einen Wirtschaftswert von mindestens 20.000 DM hatte. Lag der Wirtschaftswert unter 20.000 DM, betrug er aber mindestens 10.000 DM, wurde die Besitzung ein Hof im Sinne der Höfeordnung, wenn der Eigentümer erklärte, dass sie ein solcher Hof sein sollte, und der Hofvermerk in das Grundbuch eingetragen wurde (§ 1 Abs. 1 Satz 3 HöfeO aF). Nach § 1 Abs. 3 Satz 2 HöfeO aF trat der Verlust der Hofeigenschaft mit der Löschung des Hofvermerks im Grundbuch ein, wenn u. a. der Wirtschaftswert unter 10.000 DM gesunken war. Eintragung und Löschung des Hofvermerks erfolgten in diesen Fällen aufgrund eines Ersuchens des Landwirtschaftsgerichts an das Grundbuchamt (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 HöfeVfO).

13 b) Was unter dem Begriff „Wirtschaftswert" zu verstehen ist, ergibt sich für den hier zu beurteilenden Zeitraum – ebenso wie für die heutige Zeit – aus der Definition in § 1 Abs. 1 Satz 2 HöfeO aF (wortgleich mit § 1 Abs. 1 Satz 2 HöfeO). Danach ist Wirtschaftswert „der nach den steuerlichen Bewertungsvorschriften festgestellte Wirtschaftswert im Sinne des § 46 des Bewertungsgesetzes vom …". Dieser Wert bildet zusammen mit dem Wohnungswert (§ 47 BewG) den Einheitswert (§ 48 BewG).

14 c) Aufbauend auf der Bedeutung des Wirtschaftswerts als Teil des Einheitswerts wird vertreten, dass für die Höhe des festgestellten Wirtschaftswerts die Festsetzung in einem Bescheid des Finanzamts und nicht dessen Bescheinigung eines fiktiven, d.h. nicht förmlich festgestellten Wertes maßgeblich sei (Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, 9. Aufl., § 1 HöfeO Rn. 41 ff.; Becker, AgrarR 1978, 125, 127; Bendel, AgrarR 1977, 314, 315). Begründet wird diese Ansicht mit der Entscheidung des Senats vom 24. April 1986 (BLw 9/85, AgrarR 1986, 319), nach welcher für die Bemessung der Höhe des Abfindungsanspruchs der weichenden Erben nach § 12 Abs. 2 HöfeO die Festsetzung des Einheitswert in einem Bescheid des Finanzamts und nicht ein wertverändernder Vorgang in dem landwirtschaftlichen Betrieb maßgeblich sei (Bendel, AgrarR 1986, 341, 342).

15 d) Demgegenüber vertreten andere Autoren die Auffassung, auch nach der Änderung der Regelungen in § 1 HöfeO im Jahr 1976 seien, wie der Senat am 4. November 1952 (V BLw 63/52, BGHZ 8, 8) und am 7. Juli 1954 (V BLw 23/54, BGHZ 14, 188) zu der früheren Rechtslage im Hinblick auf die Bedeutung des Einheitswerts für die Hofeigenschaft entschieden habe, Erhöhungen des Wirtschaftswerts bereits im Zeitpunkt ihres Eintritts und nicht erst mit der Neufeststellung des Werts zu berücksichtigen; dafür reiche eine Auskunft des Finanzamts zu der Höhe des Wirtschaftswerts aus, ein Feststellungsbescheid sei nicht notwendig (Faßbender in Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, HöfeO, 3. Aufl., § 1 Rn. 52; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, HöfeO, 10. Aufl., § 1 Rn. 27; Steffen/Ernst, HöfeO mit HöfeVfO, 2. Aufl., § 1 HöfeO Rn. 20; Steffen, AgrarR 1977, 313).

16 e) Dieselbe Ansicht vertritt der Senat.

17 aa) Bereits in seinem Beschluss vom 4. November 1952 (V BLw 63/52, BGHZ 8, 8, 11 ff.) hat er zu der damaligen Rechtslage ausgeführt, dass die Hofeigenschaft nicht stets nach dem zuletzt festgestellten steuerlichen Einheitswert beurteilt werden müsse, sondern dass Wertänderungen, die nach der letzten Einheitswertfeststellung eingetreten seien, berücksichtigt werden könnten, auch ohne dass sie in einer Neufestsetzung des Einheitswerts Ausdruck gefunden hätten; gestützt hat er sich dabei auf den Wortlaut der Höfeordnung vom 24. April 1947 (Amtsbl. der MilReg. Deutschland, brit. Kontrollgebiet, S. 505) in der bis zum 1. Juli 1976 geltenden Fassung, nach welchem einerseits in § 1 Abs. 2 die Hofeigenschaft „einen steuerlichen Einheitswert von 10.000 DM und mehr" voraussetzte, jedoch andererseits in § 12 Abs. 2 Satz 2 der Abfindungsanspruch der weichenden Erben „sich nach dem zuletzt festgestellten steuerlichen Einheitswert des Hofes" bemaß. Diese Ansicht hat der Senat in seiner Entscheidung vom 7. Juli 1954 (V BLw 23/54, BGHZ 14, 188, 197 ff.) bekräftigt und zusätzlich darauf hingewiesen, dass der auf Wertveränderungen beruhende, für die Hofeigenschaft maßgebliche neue Einheitswert nicht etwa von dem Landwirtschaftsgericht errechnet werden müsse, sondern die Frage der Hofeigenschaft nach der Neufestsetzung des Einheitswerts durch das Finanzamt rückwirkend zu beurteilen sei.

18 bb) Entsprechendes gilt für die hier maßgebliche Rechtslage in dem Zeitraum von 1983 bis 1992 (und auch für die heutige Rechtslage). Denn in § 1 Abs. 1 Satz 1 der Höfeordnung in der ab dem 1. Juli 1976 geltenden Fassung (Bekanntmachung vom 26. Juli 1976, BGBl. I S. 1933) ist an die Stelle des bisher für die Hofeigenschaft u. a. maßgeblich gewesenen steuerlichen Einheitswerts von 10.000 DM nunmehr der Wirtschaftswert von mindestens 20.000 DM (heute 10.000 €) getreten, und Wirtschaftswert ist nach Satz 2 der Vorschrift der nach den steuerlichen Bewertungsvorschriften festgestellte Wirtschaftswert im Sinne von § 46 BewG; nach § 12 Abs. 2 Satz 2 HöfeO bemisst sich der Abfindungsanspruch der weichenden Erben nach dem Eineinhalbfachen des zuletzt festgesetzten Einheitswerts im Sinne von § 48 BewG. Der Wortlaut der Vorschriften spricht demnach ebenso wie früher für die schon bisher von dem Senat vertretene Ansicht. Er unterscheidet sich in den beiden Vorschriften weiterhin dadurch, dass das in § 12 Abs. 2 Satz 2 HöfeO gebrauchte Wort „zuletzt" in § 1 Abs. 1 Satz 2 HöfeO fehlt. Hinzu kommt, dass es in § 12 Abs. 2 Satz 2 HöfeO anstelle „des festgestellten Einheitswerts" nunmehr „des festgesetzten Einheitswerts" heißt. Diese Formulierung legt nahe, dass der für den Abfindungsanspruch maßgebliche Einheitswert in einem besonderen Bescheid des Finanzamts (§ 179 AO) festgesetzt sein muss (Hötzel in Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, HöfeO, 3. Aufl., § 12 Rn. 15; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, HöfeO, 10. Aufl., § 12 Rn. 38). Eine entsprechende Regelung fehlt für den für die Hofeigenschaft maßgeblichen Wirtschaftswert; er muss lediglich festgestellt sein. Das hat seinen Grund darin, dass es keine Festsetzung des Wirtschaftswerts in einem besonderen Bescheid gibt, weil er nur ein Teil des Einheitswerts ist (§ 48 BewG) und deshalb in dem Einheitswertbescheid aufgeführt wird. Damit unvereinbar ist die Ansicht des Beschwerdegerichts, maßgeblich sei die förmliche Feststellung des Wirtschaftswerts in einem Feststellungsbescheid.

19 cc) Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht wird durch die – von dem Berufungsgericht außer acht gelassene – Regelung in § 3a Satz 1 HöfeVfO bestätigt, nach welcher das Finanzamt dem Landwirtschaftsgericht den Wirtschaftswert eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs mitteilen muss, wenn dieser „nach Maßgabe einer Einheitswertfeststellung oder sonst auf Antrag vorgenommenen Ermittlung" sich von mindestens 10.000 DM auf weniger als 10.000 DM (heute jeweils 5000 €) verringert hat, sich von weniger als 20.000 DM auf mindestens 20.000 DM (heute jeweils 10.000 €) erhöht hat oder erstmals ermittelt worden ist und mindestens 20.000 DM (heute 10.000 €) beträgt. Dadurch soll gewährleistet werden, dass die Landwirtschaftsgerichte von solchen Änderungen des Wirtschaftswerts Kenntnis erhalten, die für das Entstehen oder den Verlust der Hofeigenschaft entscheidend sein können, damit sie ihrer Verpflichtung zum Ersuchen des Grundbuchamts um Löschung oder Eintragung des Hofvermerks (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 HöfeVfO) nachkommen können (von Jeinsen in Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, HöfeO, 3. Aufl., § 3a HöfeVfO Rn. 1; Steffen/Ernst, HöfeO und HöfeVfO, 2. Aufl., § 3a HöfeVfO Rn. 3). Dass diese Prüfung des Entstehens oder Fortbestehens der Hofeigenschaft in wirtschaftlicher Hinsicht nicht nur aus Anlass der Feststellung eines neuen Wirtschaftswerts im Rahmen einer Einheitswertfeststellung erfolgen soll, ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift, nach welchem das Finanzamt auch außerhalb der Einheitswertfeststellung ermittelte Wirtschaftswerte dem Landwirtschaftsgericht übermitteln muss. In diesem Fall ist die bloße Mitteilung des Finanzamts und nicht ein – nach den steuerlichen Vorschriften gar nicht vorgesehener – Bescheid über die Höhe des Wirtschaftswerts für die dem Landwirtschaftsgericht obliegende Beurteilung, ob ein Hof im Sinne der Höfeordnung vorliegt oder nicht, maßgeblich.

20 dd) Schließlich ergibt sich die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. November 2000 (V ZR 334/99, BGHZ 146, 74), nach welcher der nach der Regelung in § 12 Abs. 2 Satz 2 HöfeO für die Berechnung des Abfindungsanspruchs der weichenden Erben maßgebliche „zuletzt festgesetzte Einheitswert“ dann als Berechnungsgrundlage ausscheidet, wenn die nach § 21 Abs. 1 BewG in regelmäßigen Zeitabständen von sechs Jahren vorzunehmende Hauptfeststellung des Einheitswerts seit dem Inkrafttreten der Neufassung der Höfeordnung im Jahr 1976 unterblieben ist und sich die seinerzeit zugrunde gelegte Wertrelation zwischen Einheitswert und Ertragswert des Hofes infolge der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse erheblich verschoben hat; liegen diese Voraussetzungen vor, muss das Gericht rückwirkend zu dem im Einzelfall maßgeblichen Stichtag den Hofeswert ermitteln und eine sich eventuell ergebende Differenz zu dem zuletzt festgesetzten Einheitswert durch einen Zuschlag zu dem Wert des Hofes ausgleichen. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass das von dem Gesetzgeber verfolgte Ziel, die Höhe der Abfindung nach § 12 Abs. 2 HöfeO dem aktuellen Ertragswert des Hofes anzunähern, nur erreicht werden kann, wenn die Einheitsbewertung mit der Ertragswertentwicklung Schritt hält. Dieser Gedanke lässt sich ohne weiteres auf die Regelung zu der Hofeigenschaft in § 1 Abs. 1 HöfeO übertragen, soweit es dort für deren Entstehen oder Fortbestehen auf die Höhe des Wirtschaftswerts ankommt. Er ist ein Ertragswert (Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, HöfeO, 10. Aufl., § 1 Rn. 21) und dient dazu, agrarökonomisch förderungswürdige Betriebe dem Höferecht zu unterstellen, um ihren ungeteilten Fortbestand zu sichern, und agrarökonomisch nicht förderungswürdige Betriebe, an deren ungeteiltem Fortbestand kein vorrangiges Interesse besteht, von dem Höferecht auszuschließen (Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, aaO Rn. 19). Beides kann nur aufgrund aktueller Wirtschaftswerte, nicht aber aufgrund eines in einem regelmäßig in einem Zeitabstand von sechs Jahren ergehenden Einheitswertbescheid (§ 21 Abs. 1 BewG) festgestellten Wirtschaftswert erreicht werden.

21 ee) Die Gegenansicht (siehe vorstehend unter c)) beruft sich zu Unrecht auf den Senatsbeschluss vom 24. April 1986 (BLw 9/85, AgrarR 1986, 319). Diese Entscheidung verhält sich nicht dazu, welcher Wirtschaftswert für die Hofeigenschaft maßgebend ist, sondern – soweit hier von Interesse – ausschließlich zu der Frage, was unter dem Begriff des „zuletzt festgestellten Einheitswerts“ im Sinne von § 12 HöfeO in der bis zum Jahr 1976 geltenden Fassung zu verstehen ist. Daraus herzuleiten, dass der Senat auch für die Höhe des für die Hofeigenschaft maßgeblichen Wirtschaftswerts den Erlass eines Bescheids des Finanzamts für notwendig erachtet habe, weil die Vorschriften des § 1 HöfeO und des § 12 HöfeO derart korrelierten, dass Hofeigenschaft und Abfindung von der gleichen Bewertungsgrundlage ausgingen (Bendel, AgrarR 1986, 341, 342), verbietet sich angesichts der unterschiedlichen Regelungen in den beiden Vorschriften zu der Form und dem maßgeblichen Zeitpunkt der Feststellung des Wirtschaftswerts einerseits und des Einheitswerts andererseits (siehe vorstehend unter e) bb)) von vornherein; überdies wird in den beiden Vorschriften gerade nicht von der gleichen Bewertungsgrundlage ausgegangen.

22 3. Dies alles bedeutet für den vorliegenden Fall folgendes:

23 a) Nach der von dem Beschwerdegericht eingeholten Auskunft des Finanzamts war der Wirtschaftswert in der Zeit vom 1. Januar 1964 bis zum 31. Dezember 1987 mit 4510 DM, für die Zeit vom 1. Januar 1988 bis zum 31. Dezember 1988 mit 3. 267 DM und für die Zeit vom 1. Januar 1989 bis zum 31. Dezember 1994 mit 3263 DM festgestellt; diesen Werten kann jeweils ein Betrag von 16.076 DM (Zuschlag nach § 41 Abs. 1 Nr. 1 BewG) hinzugerechnet werden. Für den hier maßgeblichen Zeitraum vom 14. September 1983 bis zum Jahr 1992 ergibt sich somit ein Wirtschaftswert von 20.586 DM bis zum 31. Dezember 1987, von 19.343 DM bis zum 31. Dezember 1988 und von 19.339 DM für die Zeit danach.

24 b) Solange der Wirtschaftswert über 20.000 DM lag, war die Besitzung ein Hof im Sinne der Höfeordnung (§ 1 Abs. 1 Satz 1 HöfeO aF). Sie hat die Hofeigenschaft nicht dadurch verloren, dass der Wirtschaftswert ab dem 1. Januar 1988 unter 20.000 DM gesunken war, denn er lag immer noch über 10.000 DM (Faßbender in Faßbender/Hötzel/von Jeinsen/Pikalo, HöfeO, 3. Aufl., § 1 Rn. 119; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, HöfeO, 9. Aufl., § 1 Rn. 91).

25 4. Sowohl das Beschwerdegericht als auch das Landwirtschaftsgericht haben den Feststellungsantrag somit zu Unrecht wegen eines für die Hofeigenschaft nicht ausreichenden Wirtschaftswerts zurückgewiesen. Ihre Entscheidungen sind auf die Rechtsmittel des Beteiligten zu 1 aufzuheben. Der Senat kann die Hofeigenschaft nicht selbst feststellen, weil bisher nicht festgestellt ist, ob die weitere Voraussetzung für das Vorliegen der Hofeigenschaft, nämlich das Vorhandensein einer zu der Bewirtschaftung der Besitzung geeigneten Hofstelle, in dem maßgeblichen Zeitraum vorgelegen hat. Damit diese Feststellung nachgeholt werden kann, erscheint es ihm sachdienlich, die Sache an das Landwirtschaftsgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 3 AusglLeistG a. F.; § 5 FlErwV a. F.; § 194 BauGB
Erwerb landwirtschaftlicher Flächen durch den Berechtigten nach dem Ausgleichsleistungsgesetz; Privatisierung; Kaufpreisermittlung

Zur Ermittlung des Verkehrswerts (Marktwerts) von Grundstücken insbesondere im Anwendungsbereich der Regelungen des Ausgleichsleistungsgesetzes und der Flächenerwerbsverordnung.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 28. 4. 2011 – V ZR 192/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Mit notariellem Vertrag vom 25. Juni 2008 erwarb die Klägerin als Berechtigte nach dem Ausgleichsleistungsgesetz landwirtschaftliche Flächen von der mit der Privatisierung dieser Flächen beauftragten Beklagten.

2 Der vereinbarte und von der Klägerin gezahlte Kaufpreis von 608.013,49 € ist von der Beklagten auf der Grundlage von Vergleichswerten aus eigenen Verkäufen im Rahmen von bedingungsfreien Bieterverfahren ermittelt worden. Die Beklagte meint, er entspreche den Vorgaben des § 3 Abs. 7 Satz 1 AusglLeistG aF (Verkehrswert abzüglich 35%). Die Klägerin hält den angesetzten Verkehrswert für überzogen und einen um 221.756,72 € geringeren Preis für berechtigt. Vor diesem Hintergrund haben die Parteien vereinbart, dass die Kaufpreisbildung gerichtlich überprüft und der Kaufpreis gemäß der rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung angepasst wird.

3 Auf die entsprechende Klage hat das Landgericht Berlin die Beklagte nach Einholung eines Verkehrswertgutachtens verurteilt, an die Klägerin 221.263,49 € nebst Zinsen zurückzuzahlen. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Das Kammergericht hat die Revision nicht zugelassen; dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten.

4 **Aus den Gründen:** II. Das Berufungsgericht meint, der Verkehrswert der Flächen sei mittels eines Sachverständigengutachtens zu ermitteln, da die nach § 5 Abs. 1 Satz 2 und 3 FlErwV aF maßgeblichen regionalen Wertansätze durch die Preisentwicklung überholt und daher für die Wertermittlung ungeeignet seien. Das erstinstanzlich eingeholte Gutachten sei auf zutreffender rechtlicher Grundlage erstellt worden. Der Sachverständige habe die von dem regionalen Gutachterausschuss ermittelten Verkaufsfälle zu Grunde legen dürfen und nur die statistisch abweichenden Werte einer Prüfung unterziehen müssen. Es sei nicht erforderlich gewesen, alle Feststellungen des Gutachterausschusses zu hinterfragen. Dass die Grundstücke aus diesen Verkaufsfällen nicht frei am Markt angeboten wor-

den seien und in der Landwirtschaft „Unter-der-Hand-Verkäufe“ üblich seien, sei nicht erkennbar. Entgegen der Auffassung der Beklagten müsse der Verkehrswert nicht ausschließlich anhand von Verkäufen ermittelt werden, die in einem bedingungsfreien Bieterverfahren erzielt worden seien. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus europarechtlichen Vorgaben. Die EU-Kommission akzeptiere in Fällen des Verkaufs an Berechtigte nach dem Ausgleichsleistungsgesetz, in denen naturgemäß keine Ausschreibung stattfinde, die Erstellung eines Wertgutachtens durch einen unabhängigen Sachverständigen zur Ermittlung des Marktwerts. Ein Unterschied zwischen dem Verkehrswert nach § 194 BauGB und dem Marktwert im Sinne europäischer Vorgaben bestehe nicht.

5 III. Die Nichtzulassungsbeschwerde bleibt ohne Erfolg, da die Rechtssache keine entscheidungserheblichen Fragen von grundsätzlicher Bedeutung aufwirft und eine Entscheidung auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist (§ 543 Abs. 2 ZPO).

6 1. Entgegen der Auffassung der Beschwerde bedarf die Frage, nach welchen Grundsätzen der Verkehrswert von Grundstücken zu ermitteln ist, die von der öffentlichen Hand, insbesondere im Anwendungsbereich der Regelungen des Ausgleichsleistungsgesetzes und der Flächenerwerbsverordnung, veräußert werden, keiner Klärung.

7 Wie der Verkehrswert eines Grundstücks zu bestimmen ist, ergibt sich aus der Wertermittlungsverordnung 1988 bzw. seit dem 1. Juli 2010 aus der Immobilienwertermittlungsverordnung (vom 19. Mai 2010, BGBl I. S. 639). Die Annahme des Berufungsgerichts, bei der Verkehrswertermittlung sei nicht nach der jeweiligen Vermarktungsform zu unterscheiden, ist ohne Zweifel richtig und bedarf daher keiner höchstrichterlichen Überprüfung in einem Revisionsverfahren.

8 2. Nicht ernsthaft in Frage stellen lässt sich auch die Annahme des Berufungsgerichts, zwischen dem Verkehrswert im Sinne des § 194 BauGB und dem Marktwert im Sinne des Europäischen Rechts gebe es keinen Unterschied. Im deutschen Recht lässt sich diese Gleichsetzung aus der Änderung von § 194 BauGB durch Art. 1 Nr. 60 des Europarechtsanpassungsgesetzes Bau vom 24. Juni 2004 (BGBl. I S. 1359, 1376) ablesen, nach der es in der Vorschrift jetzt heißt: „Der Verkehrswert (Marktwert) wird durch den Preis bestimmt …“.

9 Seitens der europäischen Institutionen wird der Begriff des Marktwerts ebenfalls nicht in einem abweichenden Sinn verstanden. In der Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten und Grundstücken durch die öffentliche Hand (ABl. EG Nr.C 209/3 vom 10. Juli 1997) heißt es zwar, der Verkauf „nach einem hinreichend publizierten, allgemeinen und bedingungsfreien Bietverfahren (ähnlich einer Versteigerung) und die darauf folgende Veräußerung an den meistbietenden oder den einzigen Bieter stellt grundsätzlich einen Verkauf zum Marktwert dar und enthält damit keine staatliche Beihilfe“. Im Umkehrschluss folgt hieraus aber nicht, dass der Verkehrswert in Fällen, in denen kein Bieterverfahren stattfindet, nur auf der Grundlage von Verkäufen ermittelt werden darf, denen ein solches Verfahren zugrunde lag. Vielmehr akzeptiert die Kommission in diesen Fällen ausdrücklich die Wertermittlung mittels Verkehrswertgutachtens (Nr.II. 2. der Mitteilung). Nichts anderes ergibt sich im Übrigen aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 16. Dezember 2010 (2. Kammer – C-480/09 P, ABl EU 2011, Nr.C 55, 15).

10 Schließlich kann die Beklagte für ihren Rechtsstandpunkt nichts aus der Definition der Kommission in Nr.II. 2. a der genannten Mitteilung herleiten, wonach es sich bei dem Marktwert um den Preis handelt, „der zum Zeitpunkt der Bewertung aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages… zwischen einem verkaufswilligen Verkäufer und einem ihm nicht durch persönliche Beziehungen verbundenen Käufer… zu erzielen ist, wobei das Grundstück offen am Markt angeboten wurde, die Marktverhältnisse einer ordnungsgemäßen Veräußerung nicht im Wege stehen und eine der Bedeutung des Objekts angemessene Verhandlungszeit zur Verfügung steht“. Mit dieser Definition soll erkennbar der Normalfall eines Grundstücksverkaufs beschrieben und zum Maßstab für die Wertermittlung gemacht werden. Für diesen ist es – auch nach deutschem Rechtsverständnis – typisch, dass die Kaufgelegenheit prinzipiell für jedermann bestand („offen am Markt“). Als Vergleichswerte ausgeschlossen sind danach Verkäufe, die von dem Üblichen abweichen, also unter ungewöhnlichen Verhältnissen zustande gekommen sind. Das ist im deutschen Recht nicht anders (vgl. § 7 ImmoWertV).

11 3. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 9 GrdStVG; § 4 RSG

Landwirtschaftlicher Grundstücksverkehr; Betriebsaufspaltung; Grundstückserwerber und Betriebsgesellschaft auf überlassenem Grundstück in Verbundenheit zum Betreiben von Landwirtschaft als landwirtschaftlicher Familienbetrieb; ungesunde Bodenverteilung; Rechtsform-Offenheit; Anschlussrechtsbeschwerde

Die Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks an ein selbst nicht Landwirtschaft betreibendes Unternehmen steht einem Erwerb durch einen Landwirt gleich, wenn eine sachliche und personelle Verflechtung zwischen Besitzunternehmen und Betriebsgesellschaft besteht, bei der die Überlassung der Grundstücke an das landwirtschaftliche Unternehmen sichergestellt ist, und die hinter den Unternehmen stehenden Personen den einheitlichen Willen haben, Landwirtschaft zu betreiben.

(BGH, Beschluss vom 26. 11. 2010 – BLw 14/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beteiligte zu 2 ist ein in der Rechtsform der GmbH und Co. KG betriebenes Unternehmen, dessen Gegenstand nach dem ursprünglich geschlossenen Gesellschaftsvertrag der An- und Verkauf von Grundstücken sowie deren Vermietung und Verpachtung war.

2 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 17. Juli 2008 kaufte die Beteiligte zu 2 von der Beteiligten zu 7 zwei landwirtschaftlich genutzte Grundstücke sowie einen 1/3-Miteigentumsanteil an einem weiteren landwirtschaftlich genutzten Grundstück in S. (Thüringen).

3 Die Notarin beantragte mit Schreiben vom selben Tag bei der Beteiligten zu 3, die Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz zu erteilen, welche die Frist für die Entscheidung über den Antrag auf drei Monate verlängerte. Auf deren Nachfrage zum Unternehmenszweck teilte die Beteiligte zu 2 mit, dass ihre Gründung der Umstrukturierung des landwirtschaftlichen Familienbetriebs S. (Eltern und drei Kinder) diene und eine Änderung der landwirtschaftlichen Nutzung der erworbenen Flächen in absehbarer Zeit nicht zu erwarten sei.

4 Nachdem im Laufe des Verfahrens R. K. und M. S. als Landwirte ihr Interesse an dem Erwerb der Flächen angemeldet hatten, erklärte die Beteiligte zu 4 (Siedlungsunternehmen) die Ausübung des Vorkaufsrechts nach dem Reichssiedlungsgesetz. Hierüber unterrichtete die Beteiligte zu 3 innerhalb der Dreimonatsfrist die Kaufvertragsparteien sowie die Notarin. Zur Begründung führte die Behörde aus, dass die Veräußerung eine ungesunde Verteilung von Grund und Boden bedeute, da es sich bei der Beteiligten zu 2 nicht um einen landwirtschaftlichen Betrieb handele. Dagegen stehe das Erwerbsinteresse eines hauptberuflichen Landwirts, dessen Betrieb die Flächen zur Aufstockung des Eigenlandanteils benötige.

5 Auf den Antrag der Beteiligten zu 2 auf gerichtliche Entscheidung hat das Amtsgericht Meiningen – Landwirtschaftsgericht – die Genehmigung des Kaufvertrags erteilt. Die sofor-

tige Beschwerde der Beteiligten zu 1 (der der Genehmigungsbehörde übergeordneten Behörde) hat das Oberlandesgericht Jena – Senat für Landwirtschaftssachen – zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, der sich die Beteiligte zu 4 angeschlossen hat, will die Beteiligte zu 1 die Zurückweisung des Antrags auf gerichtliche Entscheidung erreichen. Die Beteiligte zu 2 beantragt, die Rechtsbeschwerde und die Anschlussrechtsbeschwerde zurückzuweisen.

6 **Aus den Gründen:** II. Nach Auffassung des Beschwerdegerichts (dessen Entscheidung in NL-BzAR 2010, 66 veröffentlicht ist) liegen die Voraussetzungen für die Versagung der Genehmigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrdstVG nicht vor. Zwar sei die Beteiligte zu 2 bei isolierter Betrachtung als Nichtlandwirt anzusehen, da sie zu keinem Zeitpunkt Landwirtschaft betrieben und auch kein Betriebskonzept vorgelegt habe, aus dem hervorgehe, dass sie sich in absehbarer Zeit zu einem leistungsfähigen landwirtschaftlichen Unternehmen entwickeln werde. Der Annahme einer ungesunden Verteilung des Grund und Bodens im Sinne des Versagungsgrunds stehe jedoch der mit der Gründung der Beteiligten zu 2 verfolgte Zweck, nämlich die Umstrukturierung des Unternehmensverbunds der sämtlich aus Landwirten bestehenden Familie S., entgegen. Die hierfür mitgeteilten Gründe (Vorbereitung der Übergabe auf die nächste Generation, haftungsrechtliche Probleme im Zusammenhang mit dem Betrieb biologischer Landwirtschaft, steuerliche Aspekte) seien allesamt nachvollziehbar. Sie rechtfertigten die Annahme, dass die gewählte rechtliche Konstruktion, nach der der Beteiligten zu 2 die Aufgabe zukomme, die für die landwirtschaftliche Tätigkeit erforderlichen Flächen zu erwerben oder anzupachten und sodann den Familienmitgliedern bzw. den von diesen betriebenen Unternehmen zur Verfügung zu stellen, letztlich der Existenzsicherung eines leistungsfähigen landwirtschaftlichen Familienbetriebs sowie dessen Anpassung an die Erfordernisse einer nachhaltigen biologischen Landwirtschaft diene.

7 III. 1. Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 ist zwar nach der auf Grund der Übergangsregelung in Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG anzuwendenden Vorschrift des § 24 Abs. 1 LwVG aF statthaft und nach §§ 25, 26 sowie § 32 Abs. 2 Satz 2 LwVG aF auch im Übrigen zulässig, jedoch in der Sache unbegründet.

8 Die von der Beteiligten zu 2 erhobenen Einwendungen gegen die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts durch die Beteiligte zu 4 nach § 4 RSG sind begründet, weil die Genehmigung des zwischen den Beteiligten zu 2 und 7 geschlossenen Kaufvertrags nach dem Grundstücksverkehrsgesetz nicht versagt werden kann. Die Beteiligte zu 3 war daher verpflichtet, von der Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 6 Abs. 1 Satz 3 RSG abzusehen und die Genehmigung zu erteilen (vgl. Senat, Beschluss vom 24. November 2006 – BLw 11/06, NL-BzAR 2007, 98, 100). Ein Versagungsgrund nach § 9 GrdstVG liegt nämlich nicht vor.

9 a) Als Rechtsgrundlage für die Entscheidung der Beteiligten zu 3, die beantragte Genehmigung nicht zu erteilen, kommt hier nur § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG in Betracht. Nach dieser Vorschrift darf die Genehmigung zur Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks versagt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, dass die Veräußerung eine ungesunde Verteilung des Grund und Bodens bedeutete. Nach Absatz 2 der Vorschrift liegt eine ungesunde Bodenverteilung dann vor, wenn die Veräußerung Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur widerspricht.

10 Diese Maßnahmen zielen in erster Linie auf die Schaffung und die Erhaltung selbständiger und lebensfähiger landwirtschaftlicher Betriebe ab (Senat, Beschlüsse vom 28. Oktober 1965 – V BLw 16/65, RdL 1966, 38, 39; vom 9. Mai 1985 – BLw 8/84, BGHZ 94, 292, 294; vom 28. April 2006 – BLw 32/05, NJW-RR 2006, 1245, 1246). Da Grund und Boden in der Land- und Forstwirtschaft der maßgebende Produktionsfaktor ist, aber nicht in unbeschränktem Umfang zur Verfügung steht, soll der vorhandene landwirtschaftliche Grundbesitz in erster Linie den Landwirten zugute kommen und vorbehalten bleiben, die ihn selbst bewirtschaften (Senat, Beschluss vom 11. Juli 1961 – V BLw 20/60, RdL 1961, 229). Dementsprechend liegt eine ungesunde Bodenverteilung in der Regel dann vor, wenn landwirtschaftlich genutzter Boden an einen Nichtlandwirt veräußert werden soll und ein Landwirt das Grundstück zur Aufstockung seines Betriebes dringend benötigt und zum Erwerb bereit und in der Lage ist, die Fläche zu den Bedingungen des Kaufvertrages zu erwerben (Senat, Beschlüsse vom 4. Juli 1979 – V BLw 4/79, BGHZ 75, 81, 83; vom 9. Mai 1985 – BLw 8/84, BGHZ 94, 292, 294; vom 6. Juli 1990 – BLw 8/88, BGHZ 112, 86, 88; Beschluss vom 28. April 2006 – BLw 32/05, NJW-RR 2006, 1245, 1246 – st. Rspr.).

11 b) Nach diesen Grundsätzen läge der Versagungsgrund vor.

12 aa) Die Beteiligte zu 2 ist nämlich Nichtlandwirtin. Sie betreibt kein landwirtschaftliches Unternehmen im Sinne der Begriffsbestimmung in § 1 Abs. 4 ALG (vgl. dazu Senat, Beschlüsse vom 13. Dezember 1991 – BLw 8/91, BGHZ 116, 348, 350 und vom 28. April 2006 – BLw 32/05, NJW-RR 2006, 1245, 1246). Die Beteiligte zu 2 wird auch nicht dadurch zu einem landwirtschaftlichen Unternehmen, dass während des Genehmigungsverfahrens der Unternehmenszweck auf die Nutzung und die Bewirtschaftung der ihr gehörenden Grundstücke erweitert wurde und sie mit der Erfüllung des Kaufvertrags Eigentümerin landwirtschaftlich genutzter Grundstücke wird. Um Landwirt zu sein, bedarf es der Ausübung einer unternehmerischen Tätigkeit, die eine auf Bodenbewirtschaftung beruhende planmäßige Aufzucht von Pflanzen oder eine damit verbundene Tierhaltung zum Gegenstand hat (Senat, Beschluss vom 28. April 2006 – BLw 32/05, NJW-RR 2006, 1245, 1246). Die Beteiligte zu 2 war und ist nach den nicht angefochtenen Feststellungen des Beschwerdegerichts jedoch nicht in diesem Sinne unternehmerisch tätig, was im Übrigen auch den von ihren Gesellschaftern mit der Betriebsaufspaltung verfolgten haftungs- und steuerrechtlichen Zwecken widerspräche (dazu unten c) aa)).

13 Ohne Bedeutung ist es auch, ob die Beteiligte zu 2 künftig einmal dem geänderten Unternehmensgegenstand gemäß selbst Landwirtschaft betreiben wird. Solche Vorstellungen des Käufers sind in den Verfahren über die Erteilung der Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz nur dann einer bereits ausgeübten Landwirtschaft gleichzustellen, wenn der Nichtlandwirt über konkrete und in absehbarer Zeit zur verwirklichende Absichten zur Aufnahme einer leistungsfähigen landwirtschaftlichen Tätigkeit verfügt und bereits entsprechende Vorkehrungen getroffen hat (Senat, Beschlüsse vom 13. Dezember 1991 – BLw 8/91, BGHZ 116, 348, 351; vom 8. Mai 1998 – BLw 2/98, NJW-RR 1998, 1472, 1473 und vom 28. April 2006 – BLw 32/05, NJW-RR 2006, 1245, 1246 – st. Rspr.). Dazu ist nichts festgestellt.

14 bb) Der Erwerb landwirtschaftlicher Flächen durch einen Nichtlandwirt stellt allerdings nur dann eine ungesunde Bodenverteilung dar, wenn er in Konkurrenz zu dem Erwerbsinteresse eines Landwirts tritt, der das Grundstück zur Aufstockung seines Betriebes benötigt. Diese Voraussetzung für eine Versagung der Genehmigung ist von dem Gericht auch in den Fällen zu prüfen, in denen das Volllandwirten grundsätzlich gleichgestellte Siedlungsunternehmen das gesetzliche Vorkaufsrecht ausgeübt hat (Senat, Beschlüsse vom 11. November 1976 – V BLw 6/76, BGHZ 67, 330, 333 und vom 13. Dezember 1991 – BLw 8/91, BGHZ 116, 348, 351).

15 Für das Rechtsbeschwerdeverfahren ist von einer solchen Konkurrenzlage auszugehen, weil im Genehmigungsverfahren andere Personen (R. K. und M. S.) ihr Erwerbsinteresse bekundet haben und es an Feststellungen zu einem Mangel in der Qualifikation dieser Erwerbsinteressenten oder der Auf-

stockungsbedürftigkeit und -würdigkeit ihrer Betriebe (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 8. Mai 1998 – BLw 2/98, NJW-RR 1998, 1472, 1473) fehlt.

16 c) Der angefochtene Beschluss hält einer rechtlichen Prüfung gleichwohl stand, da es solcher Feststellungen hier deshalb nicht bedarf, weil für den Erwerb durch die Besitzgesellschaft nach einer Aufspaltung des landwirtschaftlichen Unternehmens in eine Besitz- und eine oder mehrere Betriebsgesellschaft(en) eine Ausnahme von der Regel anzuerkennen ist, nach der die Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks an einen Nichtlandwirt bei einem Erwerbsinteresse eines anderen Landwirts eine ungesunde Verteilung des Grund und Bodens bedeutet.

17 aa) Der in § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrdstVG geregelte Versagungsgrund sieht für die landwirtschaftlichen Betriebe keine bestimmten Rechtsformen vor. Er erweist sich insofern als offen, da er darauf ausgerichtet ist, die Agrarstruktur zu fördern und nicht unzeitgemäße Verhältnisse zu konservieren (vgl. BVerfGE 26, 215, 223 f.).

18 Solange die Landwirtschaft vorwiegend durch selbständig wirtschaftende, ihren Beruf ausübende Landwirte betrieben wurde, widersprach der Erwerb landwirtschaftlicher Grundstücke durch andere Personen als den Betriebsinhaber allerdings dem Ziel einer Verbesserung der Existenzgrundlage der bäuerlichen Familienbetriebe und damit der Agrarstruktur (vgl. Senat, Beschluss vom 10. Juli 1975 – V BLw 26/74, RdL 1975, 331). Aufgrund der veränderten Verhältnisse, vor allem in den neuen Ländern, ist auch die Aufstockung des Eigenlandanteils der die Landwirtschaft in der Rechtsform juristischer Personen (in der Regel als Kapitalgesellschaften) betreibenden Unternehmen als eine Maßnahme zur Verbesserung der Agrarstruktur anzuerkennen (Senat, Beschlüsse vom 26. April 2002 – BLw 36/01, NJW-RR 2002, 1169 und vom 28. April 2006 – BLw 32/05, NJW-RR 2006, 1245, 1246).

19 Damit sind nach dem Erwerb auch Übertragungen landwirtschaftlicher Grundstücke auf nicht Landwirtschaft betreibende Unternehmen möglich, die nicht einer Kontrolle nach dem Grundstücksverkehrsgesetz unterliegen. Diese Unternehmen können die Übertragung ihres landwirtschaftlichen Grundbesitzes von der Betriebs- auf die Besitzgesellschaft (sog. Betriebsaufspaltung) nämlich auch im Wege einer Spaltung nach §§ 123 ff. UmwG herbeiführen (vgl. dazu Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 345), die als partielle Universalsukzessionen nicht zu den genehmigungspflichtigen Veräußerungs- (§ 2 Abs. 1 GrdstVG) oder den diesen gleichgestellten Rechtsgeschäften (§ 2 Abs. 2 GrdstVG) gehören (LG Ellwangen, BWNotZ 1996, 125, 126; Netz, GrdstVG, 5. Aufl., Anm. 4. 2. 5. 24, Seite 300).

20 Vor diesem Hintergrund ist auch der Erwerb landwirtschaftlicher Grundstücke durch eine bereits gegründete Besitzgesellschaft für die die Landwirtschaft betreibende Betriebsgesellschaft – wenn allerdings auch nur unter bestimmten Voraussetzungen (dazu sogleich unter bb) – dem Erwerb durch das die Landwirtschaft selbst betreibende Unternehmen gleichzustellen. Auch ein solcher Erwerb dient dem Zweck des Grundstücksverkehrsgesetzes, die Schaffung und den Erhalt leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe zu fördern (dazu oben b). Die gegenteilige Auslegung von § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG berücksichtigte dagegen die im Wirtschaftsleben – auch in der Landwirtschaft (vgl. Gurn, INF 2005, 670) – zunehmend verbreiteten Formen unternehmerischen Handelns nicht hinreichend und benachteiligte damit – ohne sachlichen Grund – im Vergleich zur übrigen mittelständischen Wirtschaft (insbesondere dem Handel und dem Handwerk) die landwirtschaftlichen Unternehmen bei der Wahl der für sie aus steuerlichen und haftungsrechtlichen Gründen günstigen Rechtsform.

21 bb) Der Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks durch das selbst nicht Landwirtschaft betreibende Unternehmen führt jedoch nur dann nicht zu einer ungesunden Verteilung des Eigentums an landwirtschaftlich genutztem Grund und Boden, wenn die Nutzung der Flächen durch ein Landwirtschaft betreibendes Unternehmen innerhalb eines von denselben Personen beherrschten Unternehmensverbundes sichergestellt ist.

22 (1) Bei der Auslegung des § 9 Abs. 1 GrdstVG ist davon auszugehen, dass die Genehmigungspflicht der Veräußerungs- und der diesen gleichgestellten Geschäfte nach § 2 Abs. 1, 2 GrdstVG den Eigentumserwerb durch die Betriebe sichern soll, deren Existenz sich auf die Landwirtschaft gründet (OLG München, RdL 1992, 159, 161). Gemessen daran stellt der Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks durch einen Nichtlandwirt selbst dann eine ungesunde Verteilung von Grund und Boden dar, wenn der Erwerber zu einer langfristigen Verpachtung an einen Landwirt bereit ist (vgl. Senat, Beschluss vom 28. Oktober 1965 – V BLw 25/65, RdL 1966, 16, 17; OLG Stuttgart, RdL 1977, 71, 72; OLG Bamberg, RdL 1999, 326, 327). Eine Pachtlanderweiterung gibt dem Landwirt keine dem Eigentumserwerb an den bewirtschafteten Flächen vergleichbar sichere Grundlage für langfristige Betriebsdispositionen (OLG Stuttgart, aaO). Eine Akkumulation landwirtschaftlicher Grundstücke im Eigentum solcher Unternehmen, die nicht selbst Landwirtschaft betreiben, sondern aus der Verpachtung der Flächen an andere Landwirte Gewinn erwirtschaften, liefe den Zielen des Grundstücksverkehrsgesetzes zuwider.

23 (2) Vor diesem Hintergrund ist der Erwerb eines landwirtschaftlichen Grundstücks durch ein nicht selbst Landwirtschaft betreibendes Unternehmen nur unter den engen Voraussetzungen einer sogenannten Betriebsaufspaltung einem Erwerb durch einen Landwirt gleichzustellen. Voraussetzung dafür ist, dass eine sachliche und personelle Verflechtung zwischen Besitzunternehmen und Betriebsgesellschaft besteht, bei der die Überlassung der Grundstücke an das landwirtschaftliche Unternehmen sichergestellt ist, und die hinter den Unternehmen stehenden Personen auch den einheitlichen Willen haben, Landwirtschaft zu betreiben (vgl. Pannen, DB 1996, 1252, 1253 f. – zu den steuerrechtlichen Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung).

24 Ist das jedoch zu bejahen, dient auch ein Grundstückserwerb durch die Besitzgesellschaft letztlich der Aufstockung eines landwirtschaftlichen Betriebs. Dessen Rechtsträger erlangt zwar nicht die Eigentümerstellung. Gleichwohl erfolgt die weitere Nutzung bei einer wertenden, wirtschaftlichen Betrachtung auf eigenem Grund und Boden, da die Interessen innerhalb des Unternehmensverbunds, anders als etwa bei der Pacht fremder Grundstücke, gleich gerichtet sind. Die Situation stellt sich im Ergebnis dann so dar, als ob der Landwirt oder das landwirtschaftliche Unternehmen selbst den Kaufvertrag abgeschlossen hätte.

25 cc) Von einer solchen Verbindung der Beteiligten zu 2 und den die Landwirtschaft betreibenden Unternehmen ist das Beschwerdegericht nach Auslegung des Gesellschaftsvertrages der Beteiligten zu 2 ausgegangen. Durch den Vertrag sei sichergestellt, dass die Grundstücke der Beteiligten zu 2 auch weiterhin in der landwirtschaftlichen Nutzung verblieben und entweder durch die Beteiligte zu 2 selbst oder durch solche Unternehmen bewirtschaftet würden, die alle von Angehörigen der Familie S. beherrscht würden.

26 (1) Die aus diesen Umständen vom dem Beschwerdegericht gezogene Schlussfolgerung, dass die vorwiegend durch erb-, haftungs- und steuerrechtliche Gesichtspunkte motivierte Gründung der Beteiligten zu 2 letztlich der Existenzsicherung eines durch miteinander verbundene Unternehmen geführten landwirtschaftlichen Familienbetriebes dient, ist in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden. Das steht der Annahme einer durch den Grundstückserwerb der Beteiligten zu 2 begründeten ungesunden Verteilung des Grund und Bodens im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrdstVG entgegen, ohne dass es noch darauf ankommt, dass andere Landwirte erwerbswillig und erwerbsbereit sind, die das Grundstück möglicherweise noch dringender benötigen (vgl. Senat, Beschluss vom 11. Juli 1961 – V BLw 20/60, RdL 1961, 229, 230).

27 (2) Dagegen wendet sich die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.

28 (a) Die gegen die tatrichterliche Feststellung, die Flächen würden den Familienmitgliedern bzw. den von ihnen betriebenen landwirtschaftlichen Unternehmen zur Verfügung gestellt, erhobene Verfahrensrüge, es sei wegen der verschachtelten Unternehmensstruktur unklar, welches Unternehmen die Flächen letztlich bewirtschaften werde, ist in der Sache unerheblich. Das Beschwerdegericht brauchte sich mit der Struktur des Unternehmensverbundes deshalb nicht näher zu befassen, weil alle mit der Beteiligten zu 2 als Besitzgesellschaft verbundenen Personen und Unternehmen, denen die Flächen künftig überlassen werden sollen, Landwirtschaft betreiben. Hiervon ist unter Zugrundelegung der für den Senat bindenden Feststellungen des Beschwerdegerichts (§ 9 LwVG aF i.V.m. § 27 Abs. 1 Satz 2 FGG, § 559 ZPO) auszugehen. Danach kommt es nicht darauf an, welchem dieser Unternehmen die Beteiligte zu 2 die erworbene landwirtschaftliche Fläche überlassen wird.

29 (b) Ohne Erfolg bleibt auch der Einwand, das Beschwerdegericht habe übersehen, dass die gesellschaftsvertraglichen Regelungen der Beteiligten zu 2 hinreichend offen gehalten seien, um auch andere Möglichkeiten der Grundstücksnutzung, etwa zu Spekulationszwecken, zu eröffnen. Das Beschwerdegericht hat den Gesellschaftsvertrag so ausgelegt, dass sämtliche Flächen der Beteiligten zu 2 landwirtschaftlich genutzt werden sollen. Diese tatrichterliche Vertragsauslegung, deren Überprüfung im Rechtsbeschwerdeverfahren nur begrenzt zulässig ist (vgl. Senat, Beschluss vom 1. Juli 1994 – BLw 30/94, AgrarR 1995, 24, 25), lässt einen Rechtsfehler nicht erkennen (§ 27 Abs. 1 LwVG aF). Auf die von der Rechtsbeschwerde aufgeworfene Frage, inwiefern der Erwerb eines landwirtschaftlich genutzten Grundstücks zum Zweck der Renditeerzielung, entweder zur Spekulation oder als Kapitalanlage, die Versagung der Genehmigung begründen kann (vgl. dazu BVerfGE 21, 72, 86 f.), kommt es daher nicht an.

30 (c) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde vermag die Erteilung der Genehmigung schließlich auch keinen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu begründen. Die Privilegierung der Beteiligten zu 2 gegenüber sonstigen Käufern, die landwirtschaftliche Grundstücke zum Zweck der Verpachtung an Dritte erwerben wollen, rechtfertigt sich aus dem mit dem Erwerb verfolgten Ziel der Sicherung der Existenzgrundlagen eines landwirtschaftlichen (Familien-)Betriebs und ist daher sachlich gerechtfertigt.

31 IV. Die Anschlussrechtsbeschwerde ist unzulässig.

32 Zwar kann sich nach dem Wortlaut der – durch das FGG-RG aufgehobenen, vorliegend aber noch anwendbaren – Vorschrift des § 28 Abs. 1 LwVG aF ein Beteiligter der Rechtsbeschwerde „eines anderen Beteiligten“ anschließen. Das Beschwerderecht setzt allerdings voraus, dass mit der Anschlussrechtsbeschwerde ein dem Hauptrechtsmittel gegenläufiges Rechtsschutzziel verfolgt wird (aA Pritsch, LwVG, § 22 Anm. VIII b 1 zur Anschlussbeschwerde nach § 22 Abs. 2 Satz 1 LwVG). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt, da sich die Beteiligte zu 4 mit ihrer Anschlussrechtsbeschwerde ebenfalls gegen die Erteilung der Genehmigung des Grundstückskaufvertrags durch die Vorinstanzen wendet.

33 1. Zur Einlegung eines Anschlussrechtsmittels ist grundsätzlich nur der Prozess- oder Verfahrensgegner des Hauptrechtsmittelführers berechtigt. Das ist für die der Zivilprozessordnung unterliegenden Verfahren ausdrücklich normiert (vgl. § 524 Abs. 1 Satz 1, § 554 Abs. 1 Satz 1, § 567 Abs. 3 Satz 1, § 574 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Gleiches galt nach herrschender Auffassung im Anwendungsbereich des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (vgl. OLG Stuttgart, NZG 2007, 237, 238; Jansen/Briesemeister, FGG, 3. Aufl., Vorb. §§ 19-30 Rn. 4; Kahl in Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl., Vorb. §§ 19-30 Rn. 4), soweit dort ein – gesetzlich nicht geregeltes – Anschlussrechtsmittel überhaupt für zulässig erachtet wurde (vgl. BGHZ 71, 314, 316 ff.; 95, 118, 124 ff.; Bumiller/Winkler, FGG, 8. Aufl., § 19 Rn. 19 mwN), und wird nunmehr – trotz des im Vergleich zu den ZPO-Vorschriften weiter gefassten Wortlauts – auch für die Anschluss(-rechts-)beschwerde nach §§ 66, 73 FamFG vertreten (vgl. Bassenge/Roth/Gottwald, FamFG/RPflG, 12. Aufl., § 66 FamFG Rn. 1; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 16. Aufl., § 73 Rn. 2; Schulte-Bunert/Wein- reich/Unger, FamFG, 2. Aufl., § 66 Rn. 7).

34 2. Nichts anderes kommt für die Anschlussrechtsbeschwerde nach § 28 LwVG aF in Betracht. Denn nach der Gesetzesbegründung wurde die Vorschrift der Regelung über die Anschlussrevision in § 556 ZPO aF (jetzt § 554 ZPO) nachgebildet mit dem Ziel, einen Beteiligten davon abzuhalten, eine Beschwerde lediglich vorsorglich für den Fall einzulegen, dass ein anderer Beteiligter Beschwerde einlegt (BT-Drucks. 1/3819, 30, 32). Hierin kommt der eindeutige Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, die Anschlussrechtsbeschwerde nach dem Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen nicht in weiterem Umfang als in den anderen Verfahrensordnungen zu eröffnen und sie nur in den Fällen zuzulassen, in denen der Rechtsmittelgegner die Abänderung der Beschwerdeentscheidung zu Lasten des Rechtsmittelführers erreichen will.

35 3. Die vorstehenden Erwägungen beanspruchen auch für das Einwendungsverfahren nach § 1 Nr. 3 LwVG i.V.m. § 10 RSG Geltung. Zwar handelt es sich bei diesem Verfahren auf Grund seines verwaltungsrechtlichen Einschlags nicht um ein so genanntes echtes Streitverfahren (vgl. zur Abgrenzung Pritsch, aaO, § 9 Anm. V c). Gleichwohl ist hier ebenfalls die Bestimmung eines Rechtsmittelgegners möglich, da einzelne Beteiligte unterschiedlich gelagerte Interessen verfolgen können (aA Wöhrmann/Herminghausen, LwVG, § 22 Rn. 65). Das zeigt gerade die vorliegende Konstellation, in der sich die Beteiligte zu 2 als Käuferin und die Beteiligte zu 4 als siedlungsrechtliche Vorkaufsberechtigte kontradiktorisch gegenüberstehen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 9 GrdStVG; § 35 BauGB
Landwirtschaftlicher Grundstücksverkehr; Genehmigung; nichtlandwirtschaftliche Nutzung; Errichtung einer Windkraftanlage

Ob die geplante Errichtung einer Windkraftanlage auf einem landwirtschaftlich genutzten Grundstück volkswirtschaftlichen Belangen nicht entspricht – wie vom Beschwerdegericht OLG Jena angenommen –, so dass der Kauf des Grundstücks einer Genehmigung wegen nichtlandwirtschaftlicher Nutzung bedarf, kann mangels Voraussetzungen mit der Divergenzrechtsbeschwerde nicht vom Senat entschieden werden.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 4. 11. 2010 – BLw 8/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beteiligte zu 1, die von dem Beteiligten zu 6 ein landwirtschaftlich genutztes Grundstück gekauft hat, wendet sich gegen die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts durch die Beteiligte zu 4. Ihren Antrag vom 14. August 2009 auf gerichtliche Entscheidung hat das Amtsgericht Erfurt (Landwirtschaftsgericht) und ihre sofortige Beschwerde gegen diese Entscheidung hat das Oberlandesgericht Jena (Landwirtschaftssenat) zurückgewiesen. Mit der nicht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 ihren Antrag auf Erteilung der Genehmigung unter Aufhebung des Bescheids über die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts weiter.

2 **Aus den Gründen:** II. 1. Nach Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGGRG sind auf das Rechtsmittel die bis zum 1. September 2009 geltenden Vorschriften über die Rechtsbeschwerde in §§ 24 ff. LwVfG anzuwenden. Danach ist die Rechtsbeschwerde an den

Bundesgerichtshof unzulässig, weil das Beschwerdegericht sie nicht zugelassen hat (§ 24 Abs. 1 LwVG aF), ein Fall von § 24 Abs. 2 Nr. 2 LwVG nicht gegeben ist und auch die Voraussetzungen der Divergenzrechtsbeschwerde nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 LwVG nicht vorliegen.

3 Eine Divergenz in diesem Sinne liegt nur vor, wenn das Beschwerdegericht in einem seine Entscheidung tragenden Grund einem abstrakten Rechtssatz (Obersatz) gefolgt ist, der von einem in der Vergleichsentscheidung benannten Rechtssatz abweicht (Senat, Beschluss vom 1. Dezember 1983 – V BLw 18/83, BGHZ 89, 149, 151). Diese Abweichung ist von der Rechtsbeschwerde aufzuzeigen. Ein Hinweis auf Unterschiede in einzelnen Elementen der Begründung der miteinander verglichenen Entscheidungen reicht für die Statthaftigkeit der Abweichungsrechtsbeschwerde ebenso wenig aus wie ein Hinweis auf eine möglicherweise fehlerhafte Rechtsanwendung im Einzelfall (st. Rspr., vgl. schon Senat, Beschluss vom 1. Juni 1977 – V BLw 1/77, AgrarR 1977, 327, 328; Beschluss vom 19. Februar 2004 – BLw 24/02, NL-BzAR 2004, 192, 193).

4 2. Daran fehlt es bei allen drei von der Rechtsbeschwerde benannten Vergleichsentscheidungen.

5 a) Der zitierte Beschluss des Senats (vom 28. April 2006 – BLw 32/05, NJW-RR 2006, 1245, 1246 Rn. 25) betrifft nicht dieselbe Rechtsfrage wie der angegriffene Beschluss. In der Vergleichsentscheidung ging es um die Reichweite des Versagungsgrunds in § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrdstVG, wenn der Käufer eines landwirtschaftlichen Grundstücks zwar nicht Landwirt ist, aber die Übernahme einer Landwirtschaft beabsichtigt.

6 In der angegriffenen Entscheidung geht es demgegenüber um die Voraussetzungen des in § 9 Abs. 6 GrdstVG bestimmten Ausnahmetatbestands für die Erteilung der Genehmigung des Verkaufs eines landwirtschaftlichen Grundstücks wegen einer volkswirtschaftlichen Belangen entsprechenden, nichtlandwirtschaftlichen Nutzung des Grundstücks durch den Käufer. Die von dem Beschwerdegericht entschiedene Rechtsfrage, dass von einer solchen Nutzung nach § 9 Abs. 6 GrdstVG so lange nicht ausgegangen werden könne, wie die vom Käufer beabsichtigte Nutzung (hier die Errichtung einer Windkraftanlage) aus den in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB genannten Gründen unzulässig sei, stellte sich in der Vergleichsentscheidung des Senats nicht.

7 b) Das Beschwerdegericht hat auch keinen von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Oldenburg (NJW-RR 2010, 742 ff. = RdL 2009, 329 ff.) abweichenden Rechtssatz aufgestellt. Es hat vielmehr diese Entscheidung zitiert und wie dieses ausgeführt, dass der Versagungsgrund der ungesunden Verteilung des Grund und Bodens nicht vorliegt, wenn der Erwerber das Grundstück für ein Projekt benötigt, dass der Realisierung volkswirtschaftlicher Belange im Sinne von § 9 Abs. 6 GrdstVG dient.

8 c) Schließlich liegt auch keine Divergenz zu dem von der Rechtsbeschwerde als Vergleichsentscheidung benannten Beschluss des Senats (vom 17. Dezember 1964 – V BLw 10/64, NJW 1965, 815, 816) vor. Dies ergibt sich im Grunde schon aus dem Vorwurf der Rechtsbeschwerde, dass das Beschwerdegericht die in der Vergleichsentscheidung enthaltenen Rechtssätze unerörtert und unberücksichtigt gelassen habe. Daraus könnte sich allenfalls ein Rechtsfehler des Beschwerdegerichts, aber keine die Zulassung der Rechtsbeschwerde begründende Divergenz in den die jeweiligen Entscheidungen tragenden Rechtssätzen ergeben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2009, 200: Windenergieanlage auf landwirtschaftlicher Fläche ist keine landwirtschaftliche Nutzung i. S. von § 13 Abs. 4 Buchst. b HöfeO.

§§ 33, 35 BauGB
Windkraftanlage; Errichtung im Außenbereich; Änderung des Flächennutzungsplans nach der Entscheidungsreife über den Bauantrag

Zur Berücksichtigung von Darstellungen in einem in Aufstellung befindlichen Flächennutzungsplan als einem privilegierten Außenbereichsvorhaben (hier: Errichtung von Windkraftanlagen) entgegenstehender öffentlicher Belang.

(BGH, Urteil vom 2. 12. 2010 – III ZR 251/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger macht gegen die beklagte Stadt aus abgetretenem Recht Amtshaftungsansprüche wegen rechtswidriger Versagung einer Baugenehmigung für zwei Windkraftanlagen geltend.

2 Am 13. Februar 2002 beantragte die Firma W. die Genehmigung zur Errichtung von zwei Windkraftanlagen auf im Außenbereich der Beklagten gelegenen Grundstücken. Diese standen im Eigentum eines Dritten, der mit der antragstellenden Firma einen Nutzungsvertrag abgeschlossen hatte. Das betreffende Gebiet war im damals gültigen Flächennutzungsplan als Fläche für die Landwirtschaft dargestellt. Am 31. Mai 2002 erteilte die Bezirksregierung D. die luftrechtliche Zustimmung zum Bau der Anlagen bis zu einer Höhe von 138,5 m über Grund. Die Genehmigung ging bei der beklagten Stadt am 6. Juni 2002 ein.

3 Zeitgleich betrieb die Beklagte die 51. Änderung des Flächennutzungsplans. Am 14. März 2002 beschloss sie die frühzeitige Bürgerbeteiligung gemäß § 3 Abs. 1 BauGB. Am 11. April 2002 fand eine Bürgerversammlung statt. Am 15. Mai 2002 wurde die Durchführung der öffentlichen Planauslegung gemäß § 3 Abs. 2 BauGB für die Zeit vom 24. Mai 2002 bis zum 26. Juni 2002 beschlossen. In der Ratssitzung vom 27. Juni 2002 beriet der Stadtrat der Beklagten über die im Rahmen der Offenlegung vorgebrachten Anregungen und beschloss gleichzeitig die 51. Änderung des Flächennutzungsplans. Dieser trat nach Genehmigung durch die Bezirksregierung und Bekanntmachung am 25. September 2002 in Kraft. In diesem Flächennutzungsplan war nunmehr im nordöstlichen Stadtgebiet erstmals eine Konzentrationsfläche für Windkraftanlagen vorgesehen. Die vom Bauherrn im hiesigen Verfahren beantragte Baugenehmigung sah jedoch einen anderen Standort für die Windkraftanlagen außerhalb der Konzentrationsfläche vor.

4 Die ursprüngliche Bauantragstellerin übertrug mit Vereinbarung vom 12. Juli 2002 ihre Rechte aus der Nutzungsvereinbarung mit dem Grundstückseigentümer an die W. GmbH, deren Geschäftsführer der Kläger bis Ende März 2006 war. Die W. GmbH trat im Weiteren ihre Ansprüche aus der Versagung der Baugenehmigung an den Kläger ab.

5 Mit Bescheid vom 30. Juli 2002 lehnte die Beklagte die Baugenehmigung ab. Der gegen die Versagung der Baugenehmigung gerichtete Widerspruch blieb erfolglos. Die hiergegen erhobene Verpflichtungsklage auf Erteilung der Baugenehmigung, hilfsweise auf Feststellung, dass die Beklagte bis zum Inkrafttreten der Änderung des Flächennutzungsplans zur Erteilung der Baugenehmigung verpflichtet war, wurde vom Verwaltungsgericht Düsseldorf durch rechtskräftiges Urteil vom 24. Mai 2004 abgewiesen. Der Genehmigung der beantragten Anlage stehe mit der nunmehr verbundenen Ausweisung der Konzentrationsflächen für Windkraftanlagen durch die wirksame 51. Änderung des Flächennutzungsplans die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB entgegen. Bezüglich des Hilfsantrags verneinte das Verwaltungsgericht das erforderliche Feststellungsinteresse.

6 Das Landgericht Krefeld hat den vom Kläger geltend gemachten Anspruch auf Schadensersatz wegen Versagung der beantragten Baugenehmigung für die zwei Windkraftanlagen in Höhe von 1762. 824 € dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die hiergegen eingelegte Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben.

7 Mit der vom Berufungsgericht [OLG Düsseldorf] zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

8 **Aus den Gründen:** Die Revision ist unbegründet.

9 I. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten dem Grunde nach festgestellt. Es hat – soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung – ausgeführt, dass die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung mit dem Eingang der letzten Stellungnahme von den Trägern öffentlicher Belange am 6. Juni 2002 vorgelegen hätten und die Beklagte die Genehmigung umgehend hätte erteilen müssen. Der Flächennutzungsplan nach seiner 51. Änderung könne vor seinem Inkrafttreten nicht als öffentlicher Belang der Genehmigungsfähigkeit der beantragten Windkraftanlagen nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Satz 3 BauGB entgegengehalten werden. Die in der Kommentarliteratur angesprochenen Fälle, in denen ein weit fortgeschrittener Planungsstand bei der Aufstellung von Bauleitplänen einen öffentlichen Belang im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB darstellen könne, seien mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Es gehe nämlich um die Ausschlusswirkung einer Standortfestlegung für Windenergieanlagen nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB. Diese Ausschlusswirkung komme nur wirksamen Flächennutzungsplänen zu, nicht aber Entwürfen eines Flächennutzungsplans, auch wenn diese bereits planreif seien.

10 II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision jedenfalls im Ergebnis stand. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen eines Amtshaftungsanspruchs dem Grunde nach bejaht.

11 1. Mit zutreffenden rechtlichen Erwägungen und von der Revision unbeanstandet hat das Berufungsgericht die von der Beklagten zur Ablehnung des Baugesuchs gegebene Begründung (Verstoß gegen eine auf der Grundlage des § 86 Bau NRW erlassene Bauhöhenbegrenzungssatzung) für nicht tragfähig erachtet.

12 2. Im Ergebnis nicht zu beanstanden ist weiter die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte könne auch nicht unter Berufung auf die Grundsätze des rechtmäßigen Alternativverhaltens geltend machen, der Erteilung der beantragten Genehmigung habe jedenfalls die beabsichtigte (51.) Änderung des Flächennutzungsplans entgegengestanden.

13 a) Das Berufungsgericht hat in tatrichterlicher Würdigung aller Umstände festgestellt, dass die Beklagte bei rechtmäßigem Verhalten umgehend nach dem 6. Juni 2002 – und damit vor dem 27. Juni 2002, dem Tag der Beschlussfassung über die Änderung des Flächennutzungsplans – die Baugenehmigung hätte erteilen müssen. Dieser Würdigung, die Rechtsfehler nicht erkennen lässt, setzt die Revision – zudem auch erst in dem nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist eingegangenen Schriftsatz vom 27. April 2010 – lediglich ihre abweichende tatsächliche Bewertung entgegen.

14 b) Zum Zeitpunkt der Entscheidungsreife über den Bauantrag stand dem nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegierten Vorhaben kein öffentlicher Belang entgegen.

15 aa) Nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB stehen einem Vorhaben wie dem hier beantragten in der Regel öffentliche Belange (unter anderem) auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der sich der Senat anschließt, setzt eine Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB jedoch voraus, dass der Flächennutzungsplan mit der dem Bauvorhaben entgegenstehenden Darstellung wirksam ist (BVerwG ZfBR 2010, 675, 676 f; BauR 2003, 1172, 1174; vgl. auch BVerwGE 122, 364, 367 zum regionalen Raumordnungsplan). Hiergegen erhebt die Revision auch keine Einwendungen. Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidungsreife des Baugesuchs war die 51. Änderung des Flächennutzungsplanes noch nicht wirksam geworden.

16 bb) Dem beantragten Bauvorhaben stand auch kein öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB entgegen.

17 Es kann in diesem Verfahren dahinstehen, ob die von der Revision bekämpfte Rechtsauffassung des Berufungsgerichts – die auch zur Zulassung der Revision geführt hat – zutrifft, dass Darstellungen in noch in Aufstellung befindlichen Flächennutzungsplänen nicht als öffentlicher Belang zu berücksichtigen seien. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Frage bislang offen gelassen (vgl. BVerwG ZfBR 2010, 675, 682; BauR 2003, 1172, 1174 f). Nach seiner Rechtsprechung, der sich der Senat anschließt, können Darstellungen in noch in Aufstellung befindlichen Flächennutzungsplänen jedenfalls nur dann einem beabsichtigten Bauvorhaben als öffentlicher Belang entgegenstehen, wenn sie inhaltlich konkretisiert sind, so dass die hinreichend sichere Erwartung gerechtfertigt ist, dass der jeweilige Plan über das Entwurfsstadium hinaus beschlossen und wirksam werden wird. Es würde dem Gewährleistungsgehalt des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zuwider laufen, ein ansonsten zulässiges Vorhaben an Zielvorstellungen des Planungsträgers scheitern zu lassen, bei denen noch nicht absehbar ist, ob sie je ins Werk gesetzt werden. Die Planung muss deshalb ein genügendes Maß an Verlässlichkeit bieten, um auf der Genehmigungsebene als Versagungsgrund zu dienen. Diesem Erfordernis ist erst dann genügt, wenn ein Planungsstand erreicht ist, der die Prognose nahe legt, dass die ins Auge gefasste planerische Aussage Eingang in die endgültige Planfassung finden wird (vgl. BVerwGE 122, 364, 372 zu einem in Aufstellung befindlichen Ziel der Raumplanung). Nach diesen Maßstäben kann ein in Aufstellung befindlicher Flächennutzungsplan sich auf die Entscheidung über ein Baugesuch erst dann auswirken, wenn er den Anforderungen genügt, unter denen nach § 33 BauGB ein in der Aufstellung befindlicher Bebauungsplan Wirkung zu entfalten vermag; dies setzt nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 BauGB („formelle Planreife“) insbesondere voraus, dass das Anregungsverfahren nach § 3 Abs. 2 BauGB durchgeführt worden ist (BVerwG Buchholz 406.11 § 35 BBauG Nr. 129; vgl. BVerwG BauR 2003,1172,1175). Dieses Verfahren ist aber nicht schon dann durchgeführt, wenn die Auslegungsfrist verstrichen ist, sondern erst, wenn die Gemeinde die vorgebrachten Anregungen geprüft hat (vgl. Stock in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB ‹März 2007› § 33 Rn. 31; Schrödter/Rieger, BauGB, 7. Aufl., § 33 Rn. 6; Krautzberger in Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl., § 33 Rn. 7).

18 Im vorliegenden Fall beschloss der Rat der Beklagten am 27. Juni 2002 die 51. Änderung des Flächennutzungsplans und befand dabei auch über die im Anregungsverfahren vorgebrachten Änderungsvorschläge. Formelle Planreife kann damit erst ab dem 27. Juni 2002 angenommen werden. Somit kann die 51. Änderung des Flächennutzungsplans dem hier im Verfahren in Streit stehenden Bauvorhaben nicht als öffentlicher Belang entgegengehalten werden, da die Entscheidungsreife über den Bauantrag zeitlich vorher, nämlich unmittelbar nach dem 6. Juni 2002 eingetreten war. Auf die Frage, ob die Darstellungen in einem Flächennutzungsplan erst und nur dann als öffentlicher Belang im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB in Betracht zu ziehen sind, wenn dieser formell in Kraft getreten und wirksam ist, kommt es deshalb nicht an.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2008-2009

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

Sonderpreise für GuT-Einbanddecken und Bestelladresse in diesem Heft Seite 122

Lieferung solange vorrätig.

Art. 14 GG; § 19a FStrG; §§ 11, 14 NEG
Landwirtschaftlicher Gewerbebetrieb; Mehrwege-Entschädigung; enteignungsbedingter freihändiger Neuerwerb von Ersatzland; Straßenbau; landwirtschaftliche Flächen; Arrondierungsschaden

Zur Entschädigung wegen Mehrwegen bei enteignungsbedingtem Neuerwerb von Ersatzflächen.

(BGH, Urteil vom 21. 10. 2010 – III ZR 237/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beteiligten streiten um eine Entschädigung für Mehrwege, weil vom Beteiligten zu 2 erworbenes Ersatzland von seiner Hofstelle weiter entfernt gelegen ist als die von ihm für den Straßenbau zur Verfügung gestellten Flächen.

2 Der Beteiligte zu 2 war Eigentümer verschiedener landwirtschaftlich genutzter Grundstücke in den Gemarkungen B. und K. R. im Bereich des von der Beteiligten zu 1 geplanten und zwischenzeitlich fertig gestellten Neubaus der Tank- und Rastanlage S. an der Bundesautobahn A7. Wegen der zu erwartenden Enteignung erwarb der Beteiligte zu 2 aufgrund notariellen Kaufvertrags vom 15. Februar 2005 Ersatzland für die Flächen, die für den erwarteten Bau der Tank- und Rastanlage benötigt wurden. Am 10. Oktober/ 10. November 2005 schloss die Beteiligte zu 1 hinsichtlich der benötigten Flächen mit dem Beteiligten zu 2 einen „Vorabvertrag". In diesem Vertrag war in den Vorbemerkungen darauf hingewiesen, dass die Kaufverhandlungen zur Vermeidung eines Enteignungsverfahrens nicht zu einem vollständigen Abschluss hätten gebracht werden können. Es solle daher im folgenden Vorabvertrag eine teilweise Regelung getroffen werden. Die notwendigen Ergänzungen blieben dem Entschädigungsverfahren vorbehalten, das von dem Beteiligten zu 2 alsbald nach Beurkundung bei der Enteignungsbehörde – der Beteiligten zu 7 – beantragt werde. In § 4 wurde der Grund und Boden mit 144.265,08 € bewertet. Des Weiteren wurde die Erstattung der Grunderwerbsteuer bis zur Höhe der steuerlichen Gegenleistung von 144.265,08 € für den vom Eigentümer beabsichtigten Ersatzlandkauf vereinbart. Mit Erfüllung dieser Verpflichtung erklärte sich der Beteiligte zu 2 insoweit für vollständig abgefunden. Nach § 5 des Vorabvertrags war bezüglich der Entschädigung von Mehrwegen zu dem Ersatzland keine Einigung erzielt worden. Insoweit sollten den Beteiligten zu 1 und 2 alle Rechte im Entschädigungsverfahren vorbehalten bleiben.

3 Auf der Grundlage des Vorabvertrags schlossen die Beteiligten zu 1 und 2 am 16. November 2005 einen notariellen Grundstückskaufvertrag.

4 Der Beteiligte zu 2 macht eine Entschädigung wegen der Mehrwege in Höhe von 85.000 € geltend. Zur Begründung dieses Anspruchs führt er an, die erworbenen Neuflächen seien 4,6 km von seiner Hofstelle entfernt, wobei auf dieser Strecke teilweise beträchtliche Steigungen zu überwinden seien; demgegenüber wären die für das Vorhaben in Anspruch genommenen Flächen ohne nennenswerte Steigungen zu erreichen gewesen und nur 1,5 km vom Hof des Beteiligten zu 2 entfernt gelegen. Sein Antrag auf entsprechende Festsetzung durch die Beteiligte zu 7 ist erfolglos geblieben, ebenso wie sein Antrag auf gerichtliche Entscheidung vor dem Landgericht Hannover. Das Berufungsgericht [OLG Celle] hat die dagegen gerichtete Berufung zurückgewiesen.

5 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt er seinen Entschädigungsantrag weiter.

6 **Aus den Gründen:** Die Revision des Beteiligten zu 2 hat Erfolg.

7 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass dem Beteiligten zu 2 weder aus dem Vorabvertrag noch aus allgemeinem Entschädigungsrecht ein Anspruch zustehe. Bei den zur Verfügung gestellten Flächen und der Hofstelle des Beteiligten zu 2 habe es sich nicht um arrondierte Flächen gehandelt. Das sei jedoch für eine Entschädigung von Mehrwegen Voraussetzung. Ein Anspruch auf Mehrwegentschädigung könne des Weiteren auch begründet sein, wenn dem Enteigneten durch die Enteignungsbehörde Ersatzland zur Verfügung gestellt worden sei. Daran fehle es hier. Vielmehr habe der Beteiligte zu 2 bereits vor der Zahlung der Entschädigung selbst neue Flächen angekauft.

8 II. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung können derzeit Entschädigungsansprüche des Beteiligten zu 2 nicht ausgeschlossen werden.

9 1. Zutreffend ist die Auffassung des Berufungsgerichts, dass sich aus dem „Vorabvertrag" der Beteiligten zu 1 und 2 kein Anspruch auf eine Mehrwegentschädigung ergibt. Einen derartigen vertraglichen Anspruch macht der Beteiligte zu 2 auch nicht geltend.

10 Dieser Vertrag schließt aber auch nicht aus, dass dem Beteiligten zu 2 eine Entschädigung für die Mehrwege zu dem von ihm erworbenen Ersatzland zustehen kann. Die insoweit erhobene Gegenrüge der Beteiligten zu 1 ist unbegründet. Aus den Vorbemerkungen des Vorabvertrags ergibt sich ausdrücklich, dass nur teilweise Regelungen getroffen wurden und die notwendigen Ergänzungen dem Entschädigungsverfahren vorbehalten werden sollten. Über die Frage von Mehrwegentschädigungen ist keine Einigung erzielt worden. Zwar ist im Vertrag das Ersatzland als zukünftig noch zu erwerbendes genannt. Daraus haben aber weder die Beteiligten noch die Vorinstanzen den Schluss gezogen, im Falle eines bereits vor Abschluss des Vorabvertrags erfolgten Kaufs von Ersatzland würden Mehrwegentschädigungen nicht geschuldet. Abschließend geregelt ist vielmehr allein die Entschädigung für Grund und Boden. Diese sollte nach dem Willen der Vertragsparteien eine etwaige Entschädigung für Mehrwegekosten gerade nicht erfassen.

11 2. Zutreffend verneint das Berufungsgericht auch einen Entschädigungsanspruch des Beteiligten zu 2 für Mehrwege unter dem Blickwinkel einer teilweisen Enteignung von arrondierten Flächen. Bei einer Arrondierung handelt es sich um die bestehende Abgeschlossenheit eines Grundbesitzes, eine räumliche Einheit mit einem regelmäßigen Grenzverlauf, die durch im Wesentlichen eigene Wege erschlossen ist (vgl. Aust/Jacobs/Pasternak, Enteignungsentschädigung, 6. Aufl., Rn. 36). Die Durchschneidung einer arrondierten Eigentumsfläche lässt in der Regel Nachteile entstehen, wie die Unterbrechung eigener kurzer, bequemer Wegeverbindungen mit der Folge, dass Umwege und Arbeitserschwernisse bei der Bewirtschaftung durch unwirtschaftliche Winkel und verkürzte Arbeitslängen etc. entstehen (vgl. Aust/Jacobs/Pasternak aaO Rn. 37). Im vorliegenden Fall bildete die vom Beteiligten zu 2 abgetretene Grundstücksfläche mit seiner Betriebsstelle keine arrondierte Einheit, so dass unter diesem Gesichtspunkt eine Enteignungsentschädigung ausscheidet.

12 3. Den Angriffen der Revision nicht stand hält jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, neben einem Arrondierungsschaden komme im Hinblick auf die Mehrwege infolge größerer Entfernung des Ersatzlandes zur Hofstelle keine Enteignungsentschädigung in Betracht, und zwar auch unter dem Blickwinkel eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Beteiligten zu 2. Mehrwegentschädigungen könnten allenfalls in Betracht kommen, wenn Ersatzland durch die Enteignungsbehörde gestellt werde.

13 Im vorliegenden Fall kann dem Beteiligten zu 2 eine Entschädigung nach § 19a Halbsatz 2 FStrG i. V. m. § 11 Abs. 2 Nr. 2, § 14 Abs. 1 Satz 1 NEG für andere durch die Enteignung eingetretene Vermögensnachteile zustehen.

14 a) Nach der Rechtsprechung des Senats kann bei einer Enteignung von Grundbesitz neben dem Entzug des konkreten Eigentums auch in die durch Art. 14 GG geschützte Eigentumsposition eines eingerichteten und ausgeübten, auch landwirtschaftlichen Gewerbebetriebs eingegriffen werden (vgl. Senatsurteile vom 13. Dezember 2007 – III ZR 116/07, BGHZ 175, 35 [= GuT 2008, 132], Rn. 26; vom 30. September 1976 –

III ZR 149/75, BGHZ 67, 190, 192). Als Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs kommen auch die sich aus einer enteignungsbedingten Mehrentfernung ergebenden Nachteile in Betracht, die sich durch zusätzliche Wegekosten (Arbeitszeitverluste, Schlepper- und Gespannkosten) auf den Ertrag des landwirtschaftlichen Betriebs auswirken (Senatsurteile aaO BGHZ 175, 35 [= GuT aaO] Rn. 27 f; 67, 190, 194). Die Ursache dieser Nachteile liegt bei den Umwegschäden (Mehrwegen) in der durch den Grundstücksverlust bedingten Lösung des Grundstückszusammenhangs. Dieser Nachteil, der sich aus dem Wegfall des entzogenen Grundstücks als Betriebsbestandteil ergibt, ist daher Ausdruck einer enteignungsbedingten objektiven Betriebsverschlechterung und somit letztlich Ausdruck einer Substanzminderung des landwirtschaftlichen Betriebs als des Zugriffsobjekts. Er entspricht in der Höhe den betriebswirtschaftlichen Vorteilen, die das entzogene Grundstück als Bewirtschaftungs- und Wirtschaftsobjekt über den allgemeinen Verkehrswert im landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr hinaus für den konkreten landwirtschaftlichen Betrieb hatte. Der besondere betriebliche Wert (Nutzen) des Grundstücks für den landwirtschaftlichen Betrieb wird durch den Aufwand an Arbeit und Kapital bestimmt, der nötig ist, um die dargestellten Betriebsnachteile beim Verlust dieses Grundstücks auszugleichen (vgl. Senatsurteile aaO BGHZ 175, 35 [= GuT aaO], Rn. 29; BGHZ 67, 190, 194 f). Diese Nachteile im eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb werden durch die Substanzentschädigung wegen des entzogenen Grundstücks grundsätzlich nicht ausgeglichen (vgl. Senatsurteile aaO).

15 b) Im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts kommt eine Enteignungsentschädigung wegen Mehrwegen auch nicht nur in Betracht für Flächen, die als von der Enteignung nicht betroffene Restflächen von ehemals größeren Grundstücken verbleiben und für deren Bewirtschaftung sich Mehrwege ergeben. Der Senat hat vielmehr eine Mehrwegentschädigung auch dann anerkannt, wenn wegen einer Teilflächenenteignung eine Betriebsverlagerung erforderlich war und daraus folgend längere betriebliche Wege infolge größerer Entfernung des neu hinzu erworbenen Grundstücks zurückzulegen waren (vgl. Senatsurteile vom 7. Oktober 1976 – III ZR 60/73, BGHZ 67, 200, 202 f = WPM 1977, 83, 84 f; vom 29. März 1971 – III ZR 108/67, Umdruck S. 14 f, n.v.; Krohn/Löwisch, Eigentumsgarantie, Enteignung, Entschädigung, 3. Aufl., Rz. 483). Eine Entschädigung ist auch für die Vermögensnachteile zu gewähren, die einem Enteigneten deshalb erwachsen, weil sein Betrieb durch die ungünstigere Lage der als Ersatz für das Enteignungsgrundstück erworbenen Fläche dauernd höhere Aufwendungen (z. B. Transportkosten) erfordert, als ohne die Wegnahme des Enteignungsgrundstücks angefallen wären (vgl. Senatsurteil vom 29. März 1971 aaO). Art. 14 Abs. 1 GG schützt den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in seiner Gesamtheit. Die Einbeziehung der Grundstücke in den Betrieb und ihre unter Berücksichtigung der Bewirtschaftungskosten sich ergebende Werthaltigkeit wird nicht nur dann von der Eigentumsgarantie erfasst, wenn nur eine teilweise Enteignung der Flächen stattfindet, sondern auch dann, wenn das Grundstück vollständig enteignet wird.

16 c) Die Rechtsprechung des Senats steht auch in Übereinstimmung mit den Richtlinien für die Ermittlungen des Verkehrswertes landwirtschaftlicher Grundstücke und Betriebe, anderer Substanzverluste (Wertminderung) und sonstiger Vermögensnachteile (Entschädigungsrichtlinien Landwirtschaft – LandR 78; abgedruckt bei Aust/Jacobs/Pasternak aaO S. 468 ff). Nach Nr. 3. 3 der Richtlinien kommt eine Entschädigung für Umwege in Betracht, wenn solche erforderlich werden als Folge der Durchschneidung einer bislang räumlich zusammenhängenden Fläche eines Eigentümers, oder als Folge der Unterbrechung eines Privatwegs. Für die Ermittlung ist nach den Richtlinien von bestimmten Richtwerten auszugehen. Diese umfassen jedoch nicht betriebsbezogene Nachteile, die sich infolge Wegfalls der besonders günstigen Lage einer Entzugsfläche zur Hofstelle ergeben. Diese Nachteile sind nach Nr. 3. 3 LandR 78 gesondert zu ermitteln und zu entschädigen, soweit sie nicht bereits mit dem Verkehrswert (z. B. Lagezuschlag) ausgeglichen worden sind. Um solche durch die Lage des Ersatzlandes hervorgerufene Nachteile geht es im vorliegenden Fall.

17 d) Den bisherigen Grundsätzen der Senatsrechtsprechung steht auch nicht die Senatsentscheidung vom 13. März 1975 (III ZR 152/72, WPM 1975, 834) entgegen. Der Senat hatte hier eine Enteignungsentschädigung wegen erschwerter Zuwege zum Betriebsgrundstück nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Im konkreten Fall lag jedoch kein Eingriff in eine eigentumsrechtliche Position vor, weil die Grundstücke des Betroffenen nicht entzogen worden waren, sondern sich die Lageverschlechterung allein daraus ergab, dass das öffentliche Straßennetz nicht im bisherigen Umfang aufrecht erhalten worden war. Davon ist der vorliegende Fall jedoch abzugrenzen, da hier nicht etwa lediglich die öffentliche Zufahrt zum Grundstück erschwert, sondern ein Betriebsbestandteil – ein Grundstück – entzogen wurde.

18 e) Der rechtlichen Nachprüfung hält auch nicht die Auffassung des Berufungsgerichts stand, eine Entschädigung scheide aus, weil das Ersatzgrundstück nicht von der Behörde gestellt (vgl. § 18 NEG), sondern vom Beteiligten zu 2 selbst – und zwar schon vor der Einigung über den Verkauf zur Vermeidung der Entziehung des Grundstücks – gekauft worden war. Ohne den Erwerb eines Ersatzgrundstücks kommt eine Entschädigung wegen der erschwerten Zuwegung zum Betriebsgrundstück von vornherein nicht in Betracht. Wenn der von der Enteignung Betroffene sich entschließt, kein Ersatzland zu erwerben, sondern die Entschädigung anzulegen oder in andere Vermögenswerte zu investieren, so erlangt er die daraus erfolgenden Vorteile, die den Erträgnissen aus der Substanz des Genommenen entsprechen und die nicht durch besondere Kosten für die Bewirtschaftung des Enteigneten oder eines fiktiven Ersatzgrundstücks gemindert sind. Eine Entschädigung wegen erforderlich gewordener Umwege kann nur verlangt werden, wenn Ersatzland tatsächlich angeschafft wird. Dabei ist es ohne Belang, ob das Ersatzgrundstück von der Behörde zur Verfügung gestellt oder vom Betreffenden selbst freihändig erworben wird. Dass der eigene Erwerb von Ersatzland nicht entschädigungshinderlich ist, entspricht schon bisher der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteile aaO BGHZ 67, 190, 195 f; sowie WPM 1977, 83, insoweit in BGHZ 67, 200 nicht abgedruckt). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist auch dem genauen Zeitpunkt des Erwerbs des Ersatzlandes keine entscheidende Bedeutung beizumessen. Insoweit kommt es allein darauf an, dass sich dieser Erwerb als durch die – bevorstehende oder bereits erfolgte – Enteignung veranlasst erweist.

19 f) Bezüglich der Höhe einer möglichen Entschädigung für die Mehrwege ist aber im Blick zu behalten, dass der von der Enteignung betroffene Eigentümer, hier der Inhaber des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs – der Beteiligte zu 2 – nicht durch eigene Dispositionen nach Belieben über die Entschädigungshöhe befinden kann. Anzuwenden ist deshalb ein objektiver Maßstab. Daher kann nicht jeder als Ersatzlandbeschaffung vorgenommener Grundstückserwerb zu einer Mehrwegentschädigung führen. Eine solche ist nur zu gewähren, wenn in der konkreten Situation des von der Maßnahme beeinträchtigten Betriebs einmal der Zuerwerb von Ersatzland überhaupt und zum anderen der Ankauf gerade des ausgesuchten Grundbesitzes betriebswirtschaftlich angezeigt war. Mit anderen Worten: die neu erworbene Grundfläche muss sich auch entschädigungsrechtlich als „geeigneter Ersatz“ für das genommene Grundstück darstellen. Hiervon kann nicht ausgegangen werden, wenn das erworbene Grundstück wegen seiner Entfernung zum landwirtschaftlichen Betrieb unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ohne die Enteignungsentschädigung nicht erworben würde, weil es sich infolge der durch die größere Entfernung erforderlichen Bewirtschaftungskosten nicht als taugliches Betriebsgrundstück darstellt. In einem solchen Fall würde die Eignung als „Ersatzland“ für das genommene Grundstück nur dadurch hergestellt, dass eine Enteignungsentschädi-

gung wegen des Eingriffs in den landwirtschaftlichen Betrieb auch für Mehrwege gezahlt würde. Dem von der Enteignung Betroffenen steht es aber nicht frei, durch eigene Dispositionen die Enteignungsentschädigung in die Höhe zu treiben und so Kosten zu verursachen, die er ohne die Enteignungsentschädigung unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht auf sich genommen hätte. Damit ist zugleich gewährleistet, dass die Mehrwegentschädigung mit dem Wert des Grundstücks als Bestandteil des eingerichteten und ausgeübten landwirtschaftlichen Betriebs korreliert und nicht unabhängig hiervon und von dem Wert der Flächen selbst unangemessene Höhen erreicht.

20 Ist das selbst angeschaffte Ersatzland nach diesen Maßstäben – für sich genommen – als geeigneter Ersatz anzusehen, so kann eine Mehrwegentschädigung gleichwohl zu versagen bzw. zu kürzen sein, wenn es nämlich dem Betroffenen im Zeitpunkt des Erwerbs des Ersatzlandes unschwer möglich gewesen wäre, andere ebenfalls geeignete Grundstücke zu erwerben, die (noch) näher an seiner Betriebsstätte liegen als der angeschaffte Grundbesitz.

21 Zu diesen Fragen hat das Berufungsgericht – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen getroffen.

22 Nach dem derzeitigen Stand kann deshalb ein Anspruch des Beteiligten zu 2 auf eine Mehrwegentschädigung nicht ausgeschlossen werden. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und mangels Entscheidungsreife an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Welllner, Karlsruhe

§ 589 BGB
Landpacht; identitätswahrende Umwandlung einer BGB-Gesellschaft auf der Pächterseite; Kündigung des Verpächters; befristeter Pachtvertrag; Schriftformmangel

Die identitätswahrende Umwandlung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf der Pächterseite zunächst in eine offene Handelsgesellschaft und danach – formwechselnd – in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§§ 190 ff. UmwG), die nunmehr als Pächterin auftritt, bedeutet keine Überlassung der Pachtsache an einen Dritten (Fortführung von Senat, BGHZ 150, 365).

(BGH, Urteil vom 27. 11. 2009 – LwZR 15/09)

Hinw. d. Red.: Vgl. Parallelsachen LwZR 16/09 und LwZR 17/09 zu weiteren Flächen, die jedoch unter Wahrung der Schriftform verpachtet worden sind.

§ 593 BGB; § 24 LwVG a. F.
Landpacht; Anpassung des Pachtzinses; Anpassungsklausel; Divergenzrechtsbeschwerde

Die Entwicklung der Pachtpreise kann das Änderungsverlangen zum vereinbarten Landpachtvertrag stützen.

Die Divergenzrechtsbeschwerde setzt von dem Rechtsbeschwerdeführer aufzuzeigende Abweichungen in abstrakten Rechtssätzen voraus.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 28. 4. 2011 – BLw 3/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beteiligten zu 1 und 2 machen Ansprüche auf Anpassung des Pachtzinses geltend, der in einem im Jahre 2004 mit dem Beteiligten zu 3 abgeschlossenen Landpachtvertrag mit 14.760 € jährlich vereinbart wurde. Der Vertrag enthält eine im Wortlaut mit § 593 Abs. 1 Satz 1 BGB übereinstimmende Anpassungsklausel.

2 Das Amtsgericht Cloppenburg – Landwirtschaftsgericht – hat dem Antrag teilweise stattgegeben, durch eine vom Pachtjahr 2007/08 an geltende Neufestsetzung der Pacht auf 22.295 € jährlich. Das Oberlandesgericht Oldenburg – Landwirtschaftssenat – hat den Antrag auf Pachtzinserhöhung insgesamt zurückgewiesen. Mit der nicht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligten zu 1 und 2 ihre vor dem Oberlandesgericht gestellten Anträge weiter.

3 **Aus den Gründen:** II. Nach Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG sind auf das Rechtsmittel die bis zum 1. September 2009 geltenden Vorschriften über die Rechtsbeschwerde in den §§ 24 ff. LwVG anzuwenden. Danach ist die Rechtsbeschwerde nicht statthaft. Da das Beschwerdegericht sie nicht zugelassen hat (§ 24 Abs. 1 LwVG aF) und ein Fall von § 24 Abs. 2 Nr. 2 LwVG aF nicht vorliegt, wäre sie nur unter den Voraussetzungen der Divergenzrechtsbeschwerde nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 LwVG aF zulässig. Daran fehlt es jedoch.

4 1. Eine Divergenz in diesem Sinne liegt nur vor, wenn das Beschwerdegericht in einem seiner Entscheidung tragenden Grund einem abstrakten Rechtssatz (Obersatz) gefolgt ist, der von einem in der Vergleichsentscheidung benannten Rechtssatz abweicht (Senat, Beschluss vom 1. Dezember 1983 – V BLw 18/83, BGHZ 89, 149, 151). Diese Abweichung ist von der Rechtsbeschwerde aufzuzeigen. Ein Hinweis auf Unterschiede in einzelnen Elementen der Begründung der miteinander verglichenen Entscheidungen reicht für die Statthaftigkeit der Abweichungsrechtsbeschwerde ebenso wenig aus wie ein Hinweis auf eine möglicherweise fehlerhafte Rechtsanwendung im Einzelfall (st. Rspr., vgl. schon Senat, Beschluss vom 1. Juni 1977 – V BLw 1/77, AgrarR 1977, 327, 328; Beschluss vom 19. Februar 2004 – BLw 24/03, NL-BzAR 2004, 192, 193).

5 2. Diesen Anforderungen wird die Rechtsbeschwerde nicht gerecht.

6 a) Sie entnimmt der Entscheidung des Senats vom 5. März 1999 – BLw 53/98 (NJW-RR 1999, 890) zwar zutreffend einen abstrakten Rechtssatz. Zu den Umständen tatsächlicher und rechtlicher Art, nach denen bei auf § 593 Abs. 1 Satz 1 BGB gestützten Anpassungsverlangen zu entscheiden ist, ob sich [die] für die Festsetzung der Vertragsleistungen maßgebenden Verhältnisse nachhaltig so verändert haben, dass die gegenseitigen Leistungen in ein grobes Missverhältnis zueinander geraten sind, gehört insbesondere auch die Entwicklung der Pachtpreise.

7 b) Wenn sie dazu jedoch vorträgt, dass das Beschwerdegericht den sich daraus ergebenden Anforderungen im vorliegenden Fall nicht gerecht geworden sei, zeigt sie keinen von der zitierten Entscheidung des Senats abweichenden Rechtssatz in der Entscheidung des Beschwerdegerichts auf, sondern rügt Rechtsanwendungsfehler, zu denen sie nachfolgend im Einzelnen ausführt. Wegen solcher Fehler ist jedoch – selbst wenn sie vorlägen – eine Divergenzrechtsbeschwerde, die von dem Rechtsbeschwerdeführer aufzuzeigende Abweichungen in abstrakten Rechtssätzen voraussetzt, nicht statthaft.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Dokumentation, Analyse, Entwicklung
GuT
Gewerbemiete und Teileigentum

§§ 585, 585a BGB; Art. 101 GG; § 547 ZPO
Landpachtsache;
Mitwirkung ehrenamtlicher Richter am Verfahren;
Laufzeitverlängerung des Pachtvertrags;
Schriftform; Grundstücksveräußerung

In Landpachtsachen müssen die ehrenamtlichen Richter an der Entscheidung über die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung infolge eines nachgereichten Schriftsatzes einer Partei mitwirken.

Der Landpachtvertrag genügt insoweit der Schriftform, wenn dem Vertrag ein Katasterauszug der verpachteten Einzelstücke beigefügt ist. Ein reiner Verlängerungsvertrag erfüllt die Schriftform auch ohne erneute Nennung der verpachteten Flächen.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 15. 4. 2011 – LwZR 7/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Am 3. April 1995 schlossen G. L. als Verpächter und die Klägerin als Pächterin einen schriftlichen Pachtvertrag u. a. über die Flurstücke 122/1 (3,9860 ha) und 139 (5,2560 ha) der Flur 10 in der Gemarkung N. Es wurde eine Pachtzeit von 14 Jahren vereinbart. Die Pacht sollte auf ein Konto überwiesen werden, bei dem es sich seit dem 19. Juni 2006 um das gemeinschaftliche Konto von G. L. und seiner Ehefrau R. L. handelt.

2 Am 21. Juni 1999 schlossen G. L. und die Klägerin unter Bezugnahme auf den Vertrag vom 3. April 1995 einen Landpachtvertrag bis zum 31. Oktober 2023. Diesen verlängerten sie am 30. April 2008 bis zum 31. Oktober 2025.

3 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 5. September 2008 erwarb der Beklagte die Flurstücke 122/1 und 139 von R. L., die seit dem 20. März 1997 im Grundbuch als Eigentümerin sämtlicher mit dem Vertrag vom 3. April 1995 verpachteter Flurstücke eingetragen war. In § 1 Nr. 6 heißt es:

„Das Grundstück ist an die „O." L. gesellschaft mbH in T. verpachtet. Der Erwerber übernimmt den Pachtvertrag. Dieser ist ihm bekannt. Der Veräußerer bevollmächtigt den Erwerber, ab Besitzübergang auf eigene Kosten und eigenes Risiko sämtliche Erklärungen betreffend etwaige Nutzungsverhältnisse am Vertragsobjekt, insbesondere den vorbezeichneten Vertrag, in seinem Namen abzugeben und entgegenzunehmen, insbesondere Verträge zu ändern, aufzuheben und zu kündigen. Auf Verlangen ist gesonderte Vollmacht zu erteilen."

4 Einer Aufforderung der Klägerin vom 6. Oktober 2008 zur Unterzeichnung einer Vollmacht für G. L. zum Abschluss des bereits bestehenden Pachtvertrags kam R. L. nicht nach.

5 Mit Schreiben vom 16. Februar 2009 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass er die Herbstbestellung auf den Flurstücken 122/1 und 139 vornehmen wolle.

6 Der Beklagte wurde am 28. April 2009 als Eigentümer dieser Flurstücke in das Grundbuch eingetragen. Die Klägerin bewirtschaftet sie.

7 Die Klägerin hat beantragt, dem Beklagten die landwirtschaftliche Nutzung der beiden Flurstücke bis zum 31. Oktober 2025 zu untersagen und ihr bis zu diesem Zeitpunkt bestehendes Nutzungsrecht festzustellen. Das Amtsgericht Naumburg – Landwirtschaftsgericht – hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht Naumburg – Landwirtschaftssenat – hat die Berufung des Beklagten, mit der er weiterhin die Abweisung der Klage und im Wege der Widerklage die Verurteilung der Klägerin zur Herausgabe der Flurstücke, hilfsweise am 1. November 2011, an ihn beantragt hat, zurückgewiesen.

8 Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, will der Beklagte den Erfolg seiner Berufung erreichen.

9 **Aus den Gründen:** I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts besteht zwischen der Klägerin und dem Beklagten ein bis zum 30. Oktober 2025 laufender Pachtvertrag über die Flurstücke 122/1 und 139. Zwar habe G. L. in den Jahren 1999 und 2008 als Nichtberechtigter die Verträge abgeschlossen. Aber dies habe die Grundstückseigentümerin R. L. sowohl durch die widerspruchslose Entgegennahme der Pachtzahlungen nach dem 19. Juni 2006 als auch durch die Bestätigung des Bestehens des Pachtvertrags und die Übertragung ihrer Verpächterrechte auf den Beklagten in dem Kaufvertrag vom 5. September 2008 genehmigt. Auf die Unwirksamkeit der Genehmigung, weil sie weder gegenüber G. L. noch gegenüber der Klägerin erklärt worden sei, könne sich der Beklagte nach Treu und Glauben nicht berufen, weil er in dem Kaufvertrag die Übernahme des Pachtvertrags erklärt habe. Die von dem Beklagten ausgesprochenen außerordentlichen und ordentlichen Kündigungen hätten das Pachtverhältnis nicht beendet. Die Klägerin sei mit der Zahlung der ab dem 1. November 2008 dem Beklagten zustehenden Pacht nicht in Verzug geraten, weil sie keine Kenntnis von dem Kaufvertrag und damit auch keine Kenntnis von der darin enthaltenen Abtretung des Zahlungsanspruchs an den Beklagten und von der Eigentümereintragung des Beklagten im Grundbuch gehabt habe. Auf einen Mangel der Schriftform wegen der fehlenden Bezeichnung der beiden Flurstücke in den Verträgen vom 21. Juni 1999 und 30. April 2008 und dem hieraus folgenden Umstand, dass der Pachtvertrag für unbestimmte Zeit gelte und ordentlich gekündigt werden könne, dürfe sich der Beklagte nach Treu und Glauben nicht berufen, weil er in dem Kaufvertrag von der Verpachtung der beiden Flurstücke Kenntnis erlangt habe.

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

11 1. Der Rechtsstreit betrifft eine Landpachtsache i.S.v. § 1 Nr. 1a LwVG. Nach § 48 Abs. 1 Satz 1 LwVG handelt es sich um eine streitige Landwirtschaftssache. In solchen Streitigkeiten sieht das Gesetz die Beteiligung von zwei ehrenamtlichen Richtern in allen Instanzen vor (§ 2 Abs. 2 LwVG). Das hat das Berufungsgericht zunächst beachtet. Nach dem Protokoll haben an der mündlichen Verhandlung am 2. Juni 2010 zwei ehrenamtliche Richter mitgewirkt; sie sind auch im Eingang des Berufungsurteils aufgeführt. Am 3. Juni 2010 ist jedoch bei dem Berufungsgericht ein nachgereichter Schriftsatz des Beklagten eingegangen, der von der in dem Berufungsurteil enthaltenen Bezugnahme „auf das Berufungsvorbringen der Parteien" erfasst wird. Über dessen Inhalt hat das Berufungsgericht jedenfalls nicht mit den ehrenamtlichen Richtern beraten. Das wäre jedoch notwendig gewesen.

12 2. Nach dem Akteninhalt ist davon auszugehen, dass das Berufungsgericht unter Beteiligung der ehrenamtlichen Richter noch am Tag der mündlichen Verhandlung über das Urteil abschließend beraten und abgestimmt hat. In einem solchen Fall kann ein nachgereichter Schriftsatz nicht mehr bei der Entscheidung über das Urteil berücksichtigt werden, weil diese bereits getroffen und das Urteil beschlossen ist. Da das Gericht in diesem Verfahrensstadium jedoch noch nicht an das Urteil gebunden ist, obliegt es ihm weiterhin, nachgereichte Schriftsätze zur Kenntnis zu nehmen und eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung zu prüfen (BGH, Urteil vom 1. Februar 2002 – V ZR 357/00, NJW 2002, 1426, 1427). An der Entscheidung über die Wiedereröffnung müssen auch die ehrenamtlichen Richter mitwirken, weil die in § 20 Abs. 1 LwVG aufgeführten Ausnahmen von der Mitwirkung nicht vorliegen (Senat, Urteil vom 23. November 2007 – LwZR 5/07, RdL 2008, 72 [= GuT 2008, 130]).

13 3. Somit war das Berufungsgericht bei der Beratung und Entscheidung über das Urteil, in welchem konkludent die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung abgelehnt wird, nicht ordnungsgemäß besetzt. Dieser Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist nach § 547 Nr. 1 ZPO ein absoluter Revisions-

grund. Das hat zur Folge, dass die Kausalität der Rechtsverletzung für die angefochtene Entscheidung unwiderlegbar vermutet wird. Deshalb ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

14 III. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

15 1. Im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Pachtsache sei hinsichtlich der beiden hier betroffenen Flurstücke hinreichend bestimmt.

16 a) Ob die Auslegung des Vertrags vom 21. Juni 1999, auf die das Berufungsgericht seine Ansicht gestützt hat, den Angriffen der Revision standhält, kann offen bleiben. Dieser Auslegung bedurfte es nicht. Das Berufungsgericht hat übersehen, dass – worauf es in dem Tatbestand seiner Entscheidung hingewiesen hat – dem Vertrag ein Katasterauszug (Computerausdruck) der verpachteten Einzelgrundstücke einschließlich der Bodenwertzahlen beigefügt war. Auch der Beklagte hat diese Vertragsanlage dem Berufungsgericht vorgelegt. Darin sind u. a. die Flurstücke 122/1 und 139 aufgeführt.

17 b) In der Verlängerungsvereinbarung vom 30. April 2008 werden die verpachteten Flächen allerdings nicht genannt. Sie enthält jedoch die genaue Bezeichnung des Vertrags vom 21. Juni 1999 sowie die Bezeichnung der Vertragsschließenden. Aus dem daran anschließenden Wortlaut: „Der oben genannte Vertrag wird um zwei Jahre verlängert und endet damit am 31. 10. 2025“ ergibt sich ohne weiteres, dass das Pachtverhältnis über die in dem ursprünglichen Vertrag genannten Flächen, also auch über die Flurstücke 122/1 und 139, verlängert worden ist.

18 2. Rechtlich nicht haltbar sind jedoch die bisherigen Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht das Bestehen eines Pachtvertrags zwischen den Parteien bejaht hat.

19 a) Es trifft nicht zu, dass G. L. in den Jahren 1999 und 2008 als Nichtberechtigter die Verträge mit der Klägerin geschlossen hat. Das Berufungsgericht hat übersehen, dass niemand gehindert ist, schuldrechtliche Verträge über Sachen abzuschließen, die ihm nicht gehören. Solche Verträge sind ohne Zustimmung des Eigentümers wirksam. Problematisch kann lediglich ihre Erfüllung werden.

20 b) War und blieb somit G. L. der Verpächter, konnte das Pachtverhältnis nicht kraft Gesetzes durch die Veräußerung der Flurstücke 122/1 und 139 durch seine Ehefrau auf den Beklagten übergehen. Einen rechtsgeschäftlichen Übergang hätte G. L. vereinbaren können, der jedoch an dem Vertrag nicht beteiligt war.

21 c) Das Berufungsgericht muss demnach aufklären, ob Umstände ergeben, dass R. L. die Rechte aus dem Pachtvertrag im Namen von G. L. auf den Beklagten übertragen hat, entweder aufgrund einer Bevollmächtigung oder einer späteren Genehmigung.

22 3. Bejaht es erneut das Bestehen eines Pachtvertrags zwischen den Parteien, ist dieser unter Zugrundelegung des für das Revisionsgericht maßgeblichen Sachverhalts nicht durch die Kündigungen des Beklagten beendet worden.

23 a) Die auf Zahlungsverzug gestützte außerordentliche Kündigung ist unwirksam, weil sich die Klägerin mit der Pachtzahlung nicht in Verzug befunden hat.

24 aa) Zwar stand nach der Regelung in § 5 des Grundstückskaufvertrags vom 5. September 2008 die Pacht ab dem 1. November 2008 dem Beklagten zu. Aber er muss nach § 407 Abs. 1 BGB die Pachtzahlung der Klägerin vom 30. Juni 2009 auf das ihr bekannte Konto von G. und R. L. gegen sich gelten lassen, weil sie im Zeitpunkt der Zahlung keine Kenntnis von dem neuen Gläubiger gehabt hat. Soweit der Beklagte in der Revisionsbegründung auf – nach seiner Ansicht von dem Berufungsgericht nicht berücksichtigten – Vortrag seines Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 2. Juni 2010 hinweist, der Grundstückskaufvertrag sei der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Amtsgericht in einem zwischen den Parteien anhängig gewesenen einstweiligen Verfügungsverfahren ausgehändigt worden, wird die Richtigkeit des Vortrags durch das Protokoll dieser mündlichen Verhandlung widerlegt. Danach wurde – wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat – die Kaufvertragsurkunde von dem Beklagten dem Gericht und nicht der Klägerin zur Einsichtnahme vorgelegt; das Gericht gab lediglich die Vertragsparteien und den Vertragsgegenstand, jedoch keinen weiteren Vertragsinhalt bekannt. Hinsichtlich des weiteren Vorbringens in der Revisionsbegründung, aus dem Telefaxaufdruck auf einer von der Klägerin in diesem Rechtsstreit vorgelegten Ablichtung des Kaufvertrags ergebe sich, dass sie von dem Vertrag bereits am 10. November 2008 Kenntnis gehabt habe, zeigt der Beklagte keinen diesbezüglichen Vortrag in der Berufungsinstanz auf. Dasselbe gilt für seinen Hinweis auf ein Schreiben der Klägerin in dem einstweiligen Verfügungsverfahren.

25 bb) Soweit der Beklagte die Annahme des Berufungsgerichts angreift, wenn der Klägerin eine Ablichtung des Kaufvertrags übergeben worden wäre, ginge damit nicht zwangsläufig eine positive Kenntnis von der Gläubigerstellung des Beklagten einher, bleibt das jedenfalls deshalb erfolglos, weil es sich um eine bloße Hilfsbegründung in dem Berufungsurteil handelt.

26 cc) Dass der Beklagte nach Ansicht des Berufungsgerichts die Pachtzahlung auf das Konto der Eheleute L. auch deshalb gegen sich gelten lassen müsse, weil die Klägerin von seiner Eintragung als Eigentümer der Pachtfläche in das Grundbuch keine Kenntnis gehabt habe, ist rechtlich nicht zu beanstanden und wird von dem Beklagten auch nicht angegriffen.

27 dd) Schließlich ist es der Klägerin – entgegen der Auffassung des Beklagten – nicht nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf ihre fehlende Kenntnis von der Gläubigerstellung des Beklagten zu berufen, weil sie die Vertragsurkunde „offensichtlich“ bereits von der Behörde zur Information erhalten habe. Auf Vortrag in der Berufungsinstanz, dass dies tatsächlich der Fall gewesen ist, verweist der Beklagte nicht.

28 b) Die ordentliche Kündigung, die der Beklagte auf die Regelungen in §§ 585a, 594a Abs. 1 Satz 1 BGB gestützt hat, weil in dem Pachtvertrag vom 21. Juni 1999 und in dem Verlängerungsvertrag vom 30. April 2008 die Bezeichnung der Pachtflächen fehle und es nach Ansicht des Beklagten deshalb an der Schriftform mangele mit der Folge, dass der Pachtvertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen gelte, ist ebenfalls unwirksam.

29 aa) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Pachtvertrag eine Laufzeit bis zum 31. Oktober 2025 hat und deshalb eine vorherige ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist. Ob – wie das Berufungsgericht angenommen hat – dieser Ausschluss darauf beruht, dass der Beklagte nach Treu und Glauben gehindert ist, sich auf das Kündigungsrecht wegen fehlender Schriftform zu berufen, kann offen bleiben. Denn die Schriftform ist gewahrt.

30 bb) Ein Landpachtvertrag genügt dann der gesetzlichen Schriftform, wenn sich alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere auch der Pachtgegenstand, aus der Urkunde ergeben (Senat, Urteil vom 5. November 2004 – LwZR 2/04, NJ 2005, 173, 174). Diesem Erfordernis genügt der Pachtvertrag vom 21. Juni 1999. Die Aufführung der verpachteten Flurstücke in der Vertragsanlage reicht aus. Denn diese Anlage wird in der Vertragsurkunde selbst, nämlich in § 1 Abs. 1 Satz 2, als Bestandteil des Pachtvertrags bezeichnet (vgl. BGH, Urteil vom 15. November 2006 – XII ZR 92/04, NJW 2007, 288, 290 [= GüT 2007, 19]). In dem Verlängerungsvertrag vom 30. April 2008 werden die verpachteten Flächen allerdings nicht genannt. Dies führt zwar grundsätzlich dazu, dass der Vertrag die Schriftform nicht einhält und für unbestimmte Zeit geschlossen ist (§ 585a BGB), wobei die Mindestlaufzeit mit dem Abschluss des Vertrags beginnt. Aber dieser Grundsatz gilt nicht für den

Fall, dass der Vertrag einen zur Zeit seines Abschlusses bestehenden früheren Vertrag ändert, ohne in dessen Inhalt für die Dauer der Laufzeit einzugreifen, sondern lediglich der ursprünglich vereinbarten Laufzeit ein weiterer Zeitabschnitt angefügt wird, es sich also um einen reinen Verlängerungsvertrag handelt (Senat, Urteil vom 22. Februar 1994 – LwZR 4/93, BGHZ 125, 175, 181 mwN). So liegt es hier. Der Pachtvertrag vom 21. Juni 1999, der eine Laufzeit bis zum 31. Oktober 2023 hatte, wurde unter Wahrung der Schriftform abgeschlossen. Die Vereinbarung vom 30. April 2008 beinhaltet ausschließlich die Verlängerung der im Jahr 1999 vereinbarten Vertragslaufzeit um einen Zeitraum von zwei Jahren.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 314, 594e BGB
Landpacht; außerordentliche fristlose Kündigung; Zahlungsverzug mit der Jahrespacht; Kündigungserklärung innerhalb angemessener Frist

Die Erklärung der außerordentlichen Kündigung eines Landpachtverhältnisses muss innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Eintritt des Kündigungsgrundes und dessen Kenntnis bei dem Kündigungsberechtigten dem anderen Teil zugehen.

(BGH, Urteil vom 23. 4. 2010 – LwZR 20/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Mit schriftlichem Vertrag vom 29. Januar 2002 verpachtete die Beklagte der Klägerin diverse landwirtschaftlich genutzte Grundstücke für eine jeweils bis zum 31. Januar zu zahlende Jahrespacht von 5283,10 €. In § 3 Abs. 1 der zu den Gerichtsakten eingereichten Vertragsurkunde ist handschriftlich eine Pachtdauer vom 1. November 2001 bis zum 30. Oktober 2014 eingetragen. Die Beklagte behauptet jedoch, in der von ihr unterzeichneten Urkunde sei eine Pachtdauer nur bis zum 31. Oktober 2004 eingetragen gewesen.

2 Die Klägerin hat zunächst die Feststellung beantragt, dass zwischen ihr und der Beklagten ein wirksamer Pachtvertrag mit einer Dauer bis zum 31. Oktober 2014 abgeschlossen worden ist. Im Laufe des Rechtsstreits hat die Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 23. Dezember 2003 von dem ihr in § 3 Abs. 4 des Vertrags eingeräumten Recht Gebrauch gemacht, das Pachtverhältnis um sechs Jahre zu verlängern. Sie hat sodann beantragt festzustellen, dass zwischen ihr und der Beklagten ein wirksamer Pachtvertrag bis zum 31. Oktober 2020 zustande gekommen ist; überdies hat sie die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 5305,61 € nebst Zinsen verlangt. Die Beklagte hat mit Anwaltsschreiben vom 3. November 2005 das Pachtverhältnis wegen Nichtzahlung der am 31. Januar 2005 fällig gewesenen Pacht fristlos gekündigt.

3 Das Amtsgericht Gera – Landwirtschaftsgericht – hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Berufungsgericht [OLG Jena] zugelassenen Revision will die Beklagte die Abweisung der Klage erreichen.

4 **Aus den Gründen:** I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist zwischen den Parteien zunächst ein Landpachtvertrag mit einer Laufzeit bis zum 31. Oktober 2014 zustande gekommen, der sich nach der Ausübung der Option durch die Klägerin bis zum 31. Oktober 2020 verlängert hat. Die Beklagte habe erstinstanzlich nicht bestritten, die Unterschrift auf dem sich bei den Akten befindenden Original der Vertragsurkunde geleistet zu haben, sondern vielmehr behauptet, das bei Unterzeichnung eingetragene Ende des Pachtvertrags im Jahr 2004 sei nachträglich ohne ihr Wissen in 2014 geändert worden. Dies habe sie jedoch nicht beweisen können. Falls der Vortrag in der Berufungsinstanz dahin zu verstehen sei, dass die Beklagte nunmehr die Echtheit der Unterschrift auf der Vertragsurkunde bestreite, sei er nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 9. November 2005 habe das Pachtverhältnis nicht beendet, weil sie nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach Kenntnis des Kündigungsgrundes ausgesprochen worden sei.

5 Den Betrag von 5305,61 € müsse die Beklagte der Klägerin aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückzahlen. Rechtsgrund der von der Klägerin geleisteten Zahlung sei ein am 26. Juni 2006 abgeschlossener Prozessvergleich, der durch den Widerruf der Beklagten weggefallen sei.

6 II. Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

7 1. Das Berufungsgericht hat zu Recht festgestellt, dass zwischen den Parteien ein bis zum 31. Oktober 2020 andauerndes Landpachtverhältnis besteht.

8 a) Ohne Erfolg rügt die Beklagte, das Berufungsgericht habe den Kern ihres Vortrags missachtet und rechtsfehlerhaft festgestellt, sie habe erstinstanzlich nicht bestritten, die Unterschrift auf dem sich bei den Akten befindenden Original der Vertragsurkunde geleistet zu haben.

9 aa) Bei dieser Feststellung handelt es sich um aus dem Berufungsurteil ersichtliches Parteivorbringen im Sinne von § 559 Abs. 1 ZPO, also um dessen tatbestandliche Darstellung in den Urteilsgründen (vgl. § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Es erbringt nach § 314 ZPO den Beweis für das mündliche Parteivorbringen in der Berufungsinstanz. Eine etwaige Unrichtigkeit solcher tatbestandlicher Darstellungen in dem Berufungsurteil kann nur in dem Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO behoben werden; mit einer Verfahrensrüge nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO kann die Berichtigung nicht nachgeholt werden (siehe nur BGH, Urt. v. 8. Januar 2007, II ZR 334/04, NJW-RR 2007, 1434, 1435 m.w.N.).

10 bb) Da die Beklagte keine Tatbestandsberichtigung beantragt hat, ist das Revisionsgericht an die tatbestandlichen Feststellungen in dem Berufungsurteil gebunden (§§ 314, 559 ZPO) und muss sie seiner Beurteilung zugrunde legen (BGH, Urt. v. 8. Januar 2007, II ZR 334/94, aaO; MünchKomm-ZPO/Wenzel, 3. Aufl., § 559 Rdn. 4). Deshalb ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht der Beklagten die Beweislast für die behauptete nachträgliche Änderung der Laufzeit des Pachtvertrags auferlegt und den Beweis als nicht geführt angesehen hat.

11 b) Ebenfalls zu Recht hat das Berufungsgericht die außerordentliche Kündigung der Beklagten vom 3. November 2005 als unwirksam angesehen. Die Beklagte war nicht mehr zur Kündigung berechtigt, weil sie sie nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach Kenntnis von dem Kündigungsgrund ausgesprochen hat.

12 aa) Nach §§ 594e Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1, 543 BGB war die Beklagte ab Anfang Mai 2005 zur außerordentlichen fristlosen Kündigung des Pachtverhältnisses berechtigt; denn die Klägerin befand sich mit der Zahlung der am 31. Januar 2005 fällig gewesenen Pacht länger als drei Monate in Verzug. Das wusste die Beklagte. Gleichwohl hat sie die Kündigung erst am 3. November 2005 ausgesprochen. Das war verspätet.

13 bb) Die außerordentliche fristlose Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund muss innerhalb einer angemessenen Zeit seit Kenntnis von dem Kündigungsgrund erklärt werden. Das hat seinen Grund zum einen darin, dass der eine Teil in angemessener Zeit Klarheit darüber erhalten soll, ob von der Kündigungsmöglichkeit Gebrauch gemacht wird; zum anderen gibt der Kündigungsberechtigte mit dem längeren Abwarten zu erkennen, dass für ihn die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses trotz des Vorliegens eines Grundes zur fristlosen Kündigung nicht unzumutbar ist. Diese Erwägungen liegen der Vorschrift des § 314 Abs. 3 BGB, die seit dem 1. Januar 2002 gilt, zugrunde (Entw. SchuldRModG BT-Drucks. 14/6040 S. 178). Sie galten auch für die frühere Rechtslage, bei der es – mit Ausnahme u. a. der Vorschrift des § 626 Abs. 2 BGB – an einer gesetzlichen Festlegung der Frist für die Erklärung der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund fehlte

(siehe nur BGHZ 133, 331, 335; BGH, Urt. v. 1. Juni 1951, V ZR 86/50, NJW 1951, 836; Urt. v. 15. Februar 1967, VIII ZR 222/64, WPM 1967, 515, 517). Landpachtverhältnisse waren davon nicht ausgenommen (OLG Hamm AgrarR 1984, 277, 278; Lange/Wulff/Lüdtke-Handjery, Landpachtrecht, 4. Aufl., § 594e BGB Rdn. 42).

14 cc) Deshalb muss die Erklärung der außerordentlichen Kündigung eines Landpachtverhältnisses (§ 594e BGB) innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Eintritt des Kündigungsgrundes und dessen Kenntnis bei dem Kündigungsberechtigten dem anderen Teil zugehen. Ob man dieses Erfordernis auf die Regelung in § 314 Abs. 3 BGB (Staudinger/v. Jeinsen, BGB ‹2005›, § 594e Rdn. 30) oder auf die für die frühere Rechtslage geltenden allgemeinen Grundsätze stützt (Fassbender/Hötzel/Lukanow, Landpachtrecht, 3. Aufl., § 594e BGB Rdn. 28), ist ohne Belang. Entscheidend ist vielmehr, dass der Pächter landwirtschaftlich genutzter Grundstücke wegen deren notwendiger Bearbeitung zu bestimmten Zeiten, die naturgemäß von der Nutzungsart vorgegeben sind, so früh wie möglich wissen muss, ob der Verpächter von seinem Recht zur fristlosen Kündigung Gebrauch macht; zudem weiß der Verpächter, dass der Pächter auf dieses frühzeitige Wissen angewiesen ist, sich mit der Bewirtschaftung der Flächen auf sein – des Verpächters – Verhalten einstellt und beim Ausbleiben der Kündigungserklärung über einen längeren Zeitraum von dem Fortbestand des Pachtverhältnisses ausgeht.

15 dd) Nach alledem ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht die angemessene Frist, die sich unter Berücksichtigung ihres Zwecks, der Bedeutung des Kündigungsgrundes, der Auswirkungen für die Beteiligten und des Umfangs der erforderlichen Ermittlungen bestimmt (vgl. MünchKomm-BGB/Gaier, 5. Aufl., § 314 Rdn. 20), mit drei Monaten ab der Kenntnis der Beklagten von dem Kündigungsgrund angenommen hat.

16 c) Ohne Erfolg macht die Beklagte in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die in § 626 Abs. 2 BGB festgelegte Zwei-Wochen-Frist für den Ausspruch der fristlosen Kündigung eines Dienstverhältnisses aus wichtigem Grund bei einem pflichtwidrigen Dauerverhalten nicht vor dessen Beendigung beginnt (Urt. v. 20. Juni 2005, II ZR 18/03, NJW 2005, 3069, 3070), die Wirksamkeit der Kündigung vom 3. November 2005 geltend. Dies verkennt, dass es sich bei dem für die außerordentliche Kündigung maßgebenden Grund, der Nichtzahlung der am 31. Januar 2005 fällig gewesenen Jahrespacht, um einen einmaligen Pflichtverstoß und nicht um ein pflichtwidriges Dauerverhalten gehandelt hat. Wollte man das anders, nämlich so wie die Beklagte sehen, hätte das den Ausschluss der Möglichkeit zur fristlosen Kündigung des Pachtverhältnisses wegen Zahlungsrückstands zur Folge. Denn auf der einen Seite muss der Kündigungsgrund, also der Zahlungsrückstand, im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung vorliegen; auf der anderen Seite soll die Frist zur Abgabe der Kündigungserklärung nicht vor der Beendigung des Zahlungsrückstands erfolgen. Das schließt sich gegenseitig aus.

17 d) Schließlich verhilft die Überlegung der Beklagten, ihre fortdauernde Berufung auf die Kündigung im Laufe dieses Rechtsstreits sei als erneute Kündigung anzusehen, zu der sie wegen der am 31. Januar 2007 und 31. Januar 2008 zur Zahlung fällig gewesenen Pachten berechtigt gewesen und die in angemessener Frist ausgesprochen worden sei, der Revision nicht zum Erfolg. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass sich die Klägerin mit diesen Pachtzahlungen in Verzug befindet. Somit fehlt es an den Voraussetzungen für das Recht der Beklagten zur außerordentlichen fristlosen Kündigung.

18 2. Gegen die Verurteilung der Beklagten zur Rückzahlung von 5305,61 € nebst Zinsen wendet sich die Revision ebenfalls ohne Erfolg. Mit dem Widerruf des in der ersten Instanz abgeschlossenen Vergleichs, der Grundlage der Zahlung des genannten Betrags war, entfiel die Zahlungspflicht der Klägerin. Sie hat somit ohne Rechtsgrund geleistet; die Beklagte ist nach § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Rückzahlung verpflichtet. Zwar hat sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erstmals die Aufrechnung mit einem Anspruch auf Zahlung rückständiger Pacht erklärt. Aber dieses Verteidigungsmittel ist nach §§ 296 Abs. 2, 555 ZPO zurückzuweisen. Die Beklagte hätte nämlich nach § 282 Abs. 1 ZPO die Aufrechnungserklärung bereits im ersten Rechtszug, jedenfalls nach dem Widerruf des Vergleichs abgeben müssen, weil deren Relevanz für den Rechtsstreit ihr bekannt war oder bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte bekannt sein müssen und zu deren Geltendmachung sie dort imstande war (vgl. BGH, Urt. v. 8. Juni 2004, VI ZR 199/03, NJW 2004, 2825, 2827). Da in dem Berufungsurteil nicht festgestellt ist, dass die Klägerin rückständige Pacht schuldet, müsste im Fall der Berücksichtigung der Aufrechnungserklärung die Sache unter teilweiser Aufhebung des Berufungsurteils zur neuen Verhandlung und Entscheidung über den Zahlungsantrag an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Dadurch verzögerte sich die Erledigung des Rechtsstreits, weil die Revision ohne die jetzt erklärte Aufrechnung insgesamt unbegründet ist. Schließlich beruht die verspätete Abgabe der Aufrechnungserklärung auf grober Nachlässigkeit. Der vorinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Beklagten hat die Prozessförderungspflicht in besonders hohem Maß vernachlässigt, denn er hat zwar auf einen Anspruch der Beklagten hingewiesen, aber nicht die notwendige prozessrechtliche Konsequenz gezogen und damit dasjenige unterlassen, was jeder Partei nach dem Stand des Verfahrens als notwendig hätte einleuchten müssen (BGH, Urt. v. 20. März 1997, VII ZR 205/96, NJW 1997, 2244, 2245). Dieses Verschulden, das die jetzige Prozessbevollmächtigte der Klägerin nicht ausräumen konnte, steht dem Verschulden der Beklagten gleich (§ 85 Abs. 2 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 511, 520, 522 ZPO; § 585 BGB
Landwirtschaftssache; Landpacht; Kündigung; Insolvenz des Pächters; unerlaubte Unterverpachtung; Berufungsbegründung bei voneinander unabhängigen Teilen des Streitstoffs

Zur Zulässigkeit der Berufung im Fall der Anfechtung des Urteils insgesamt bei voneinander unabhängigen Teilen des Streitsstoffs.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 26. 11. 2010 – LwZR 22/09)

Aus dem Tenor: Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats – Senat für Landwirtschaftssachen – des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 17. November 2009 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage wegen der auf eine vertragswidrige Unterverpachtung gestützten Kündigung abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts – Landwirtschaftsgericht – Schleswig vom 28. Oktober 2008 als unzulässig verworfen.

Es wird klargestellt, dass die Berufung des Beklagten im Übrigen zurückgewiesen bleibt.

1 **Zum Sachverhalt:** Mit schriftlichem Formularvertrag vom 8. September 2006 pachtete der spätere Insolvenzschuldner von dem Beklagten landwirtschaftlich genutzte Flächen zur Größe von 49,5945 ha für die Zeit vom 1. Januar 2007 bis zum 31. Dezember 2018 für eine Jahrespacht von 18.300 €. In § 12 Abs. 1 heißt es:

„Der Pächter darf nur mit schriftlicher Erlaubnis des Verpächters die Nutzung der Pachtsache einem anderen überlassen, insbesondere die Pachtsache unterverpachten oder die Pachtsache ganz oder teilweise einem landwirtschaftlichen Zusammenschluss zur gemeinsamen Nutzung überlassen. Der Verpächter erteilt jedoch bereits mit Abschluss dieses Vertrages die Erlaubnis,

die Nutzung der Pachtsache einem anderen zu überlassen, insbesondere die Pachtsache unterzuverpachten;

die Pachtsache ganz oder teilweise einem landwirtschaftlichen Zusammenschluss zur gemeinsamen Nutzung zu überlassen."

2 Handschriftlich sind an dieser Stelle die Worte „nur an Unternehmen an denen der Pächter beteiligt ist" eingefügt.

3 § 13 lautet:

„(1) Wenn eine Vertragspartei Vertragspflichten schwer oder wiederholt erheblich verletzt, so ist die andere Partei berechtigt, den Pachtvertrag fristlos oder spätestens zum Ende des laufenden Pachtjahres zu kündigen. Als schwere Vertragsverletzung des Pächters gilt insbesondere

1. …

2. …

3. Fortsetzung eines vertragswidrigen Gebrauchs der Pachtsache (z. B. unzulässige Unterverpachtung) trotz Abmahnung,

4. …

5. … Der Verpächter ist ferner zur fristlosen Kündigung berechtigt, wenn über das Vermögen des Pächters das Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird oder …

(2) Die Kündigung muss schriftlich unter Angabe des Grundes erfolgen."

4 Mit Beschluss vom 1. April 2008 wurde über das Vermögen des Pächters das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter ernannt. Gestützt auf diesen Umstand, kündigte der Beklagte mit Schreiben vom 7. April 2008 „gemäß § 13 Ziff. 5 des Pachtvertrags" das Pachtverhältnis außerordentlich. Dem widersprach der Kläger unter Berufung auf die Regelungen in §§ 112 Nr. 2, 119 InsO.

5 Der Kläger hat die Feststellung des Fortbestehens des Pachtvertrags beantragt. In seinem Schriftsatz vom 25. September 2008 hat der Beklagte erneut außerordentlich gekündigt und dies damit begründet, eine Ende 2007 erfolgte Unterverpachtung der Flächen an eine Kommanditgesellschaft sei unzulässig. Das Amtsgericht Schleswig – Landwirtschaftsgericht – hat der Klage stattgegeben; das Oberlandesgericht Schleswig – Senat für Landwirtschaftssachen – hat sie abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision will der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

6 **Aus den Gründen:** I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens des Pächters gestützte Kündigung unwirksam. Wirksam sei jedoch die zweite Kündigung, weil die Unterverpachtung vertragswidrig sei. Die Kündigungserklärung folge aus dem Schriftsatz des Beklagten vom 25. September 2008 an das Amtsgericht und aus dem Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils; die erforderliche Abmahnung sei der Klageerwiderung zu entnehmen.

7 II. Das hält den Angriffen der Revision nicht stand, soweit das Berufungsgericht die zweite Kündigung für wirksam hält.

8 1. Der Kläger hat sein Rechtsmittel insoweit beschränkt, als das Berufungsgericht die Abweisung der Klage auf die wegen vertragswidriger Unterverpachtung ausgesprochene Kündigung des Pachtvertrags (zweite Kündigung) gestützt hat. Diese Beschränkung ist wirksam. Die Beendigung des Pachtverhältnisses aufgrund der zweiten Kündigung stellt einen von der am 7. April 2008 wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgesprochenen ersten Kündigung abgrenzbaren und rechtlich selbständigen Teil des Streitstoffs dar; auf ihn kann die Revision beschränkt werden (BGH, Urteil vom 27. Januar 2010 – VIII ZR 159/09, WuM 2010, 163, 164).

9 2. Das Rechtsmittel ist begründet. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht die Wirksamkeit der zweiten Kündigung bejaht.

10 a) Ob das Berufungsurteil insoweit den Angriffen der Revision sachlich standhält, braucht nicht entschieden zu werden. Denn das Berufungsgericht hat übersehen, dass die Berufung des Beklagten unzulässig ist, soweit sie sich gegen die von dem Amtsgericht angenommene Unwirksamkeit der zweiten Kündigung richtet.

11 b) Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben, weil es die auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Pächters gestützte außerordentliche Kündigung des Pachtverhältnisses nach § 112 Nr. 2 InsO als unwirksam und die auf die unerlaubte Unterverpachtung gestützte Kündigung wegen fehlender vorheriger Abmahnung als unwirksam angesehen hat. Das erstinstanzliche Urteil beantwortet somit die Frage der Beendigung des Pachtverhältnisses aufgrund von zwei außerordentlichen Kündigungen, die auf verschiedene Gründe gestützt werden. Damit betrifft es zwei voneinander unabhängige Teile des Streitstoffs (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 2010 – VIII ZR 159/09, WuM 2010, 163, 164). Soll in einem solchen Fall das Urteil insgesamt mit der Berufung angefochten werden, müssen sich die Berufungsgründe auf alle Teile des Urteils erstrecken, hinsichtlich derer eine Änderung beantragt wird; zwar muss sich der Rechtsmittelführer nicht mit allen für ihn nachteilig beurteilten Punkten auseinandersetzen, aber es genügt nicht, um das angefochtene Urteil insgesamt in Frage zu stellen, wenn er sich nur mit einem Berufungsgrund befasst, der nicht den gesamten Streitstoff betrifft (BGH, Urteil vom 5. Dezember 2006 – VI ZR 228/05, NJW-RR 2007, 414, 415 mwN).

12 c) Die Berufung des Beklagten hat sich nicht auf die Frage der Beendigung des Pachtverhältnisses wegen der auf eine unerlaubte Unterverpachtung gestützten außerordentlichen Kündigung erstreckt. In der Berufungsbegründung hat sich der Beklagte ausschließlich damit befasst, ob die Regelung in § 112 Nr. 2 InsO Vorrang vor landpachtvertraglichen Regelungen hat. Er hat allein die Wirksamkeit der wegen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Pächters ausgesprochenen Kündigung zu begründen versucht. Dabei ist er zwar auch auf das Problem der Unterverpachtung eingegangen, hat sich aber nicht einmal ansatzweise mit der Argumentation des Amtsgerichts dazu (fehlende Abmahnung) auseinandergesetzt. Selbst nachdem das Berufungsgericht die Vorlage des Unterpachtvertrags verlangt hatte, in der mündlichen Verhandlung am 28. April 2009 über die Person des Unterpächters gesprochen worden war, das Berufungsgericht mit Beschluss vom 12. Mai 2009 die Beweisaufnahme durch Zeugenvernehmung zu der Frage des Inhalts der vertraglich vereinbarten Erlaubnis zur Unterverpachtung angeordnet und diese Beweisaufnahme am 27. Oktober 2009 stattgefunden hatte, hat der Beklagte nichts weiter vorgetragen. Die Folge davon ist, dass die Berufung für den nicht begründeten Teil unzulässig ist (BGHZ 22, 272, 278).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 596, 280 BGB
Landpacht; Bodenkontamination; Wiederherstellungspflicht des Pächters

Der landwirtschaftliche Pächter hat nach Vertragsende das Grundstück frei von ihm zuzurechnender Bodenkontamination zurückzugeben.

Zum Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Rückgabepflicht im ursprünglichen Zustand.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 27. 11. 2009 – Lw ZR 11/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Kläger sind Eigentümer des im Grundbuch des Amtsgerichts Wesel von A., Blatt 2003, eingetragenen Grundstücks Gemarkung A. Flur 21, Flurstück 3, Ackerland und Weidefläche, 65.174 m² groß. Der Beklagte, der das Grundstück mit notariellem Vertrag vom 31. März 1978 gepachtet hatte, gab es den Klägern nach Beendigung des Pachtvertrages zum 1. Januar 2006 zurück. Eine Fläche von rund 2500 m²,

die zuvor eine kleine Mulde mit einem Wasserloch aufgewiesen hatte, war verfüllt worden. Die Kläger stellten durch Einholung eines Sachverständigengutachtens fest, dass das in die Mulde verfüllte Material verunreinigt und mit Schadstoffen belastet ist. Sie ließen den Beklagten unter Fristsetzung auffordern, die verfüllte Teilfläche in den ursprünglichen Zustand zu versetzen. Der Beklagte kam dem nicht nach.

2 Die Kläger haben zuletzt beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 82.500 € als Vorschuss für die Beseitigung der Bodenverunreinigungen und von 1653 € Sachverständigenkosten nebst Zinsen zu verurteilen und festzustellen, dass der Beklagte zum Ersatz eines darüber hinausgehenden Schadens verpflichtet ist. Das Amtsgericht Wesel (Landwirtschaftsgericht) hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht Köln (Senat für Landwirtschaftssachen) zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage. Die Kläger beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

3 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, der Beklagte habe die Kosten der Abtragung des in die ehemalige Mulde eingebrachten Materials nach §§ 596 Abs. 1, 280, 281 Abs. 1 BGB zu tragen. Die Mulde sei während der Pachtzeit des Beklagten verfüllt worden. Aufgrund der Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen stehe fest, dass das eingebrachte Material mit Teerresten, Ziegeln und Betonresten verunreinigt sowie als tonig schluffiger Boden nicht durchwurzelbar sei. Es handle sich nicht um ackerfähigen Boden. Außerdem sei das Material mit Schwermetallen und PCB belastet. Es komme nicht darauf an, ob der Beklagte oder sein Unterpächter die Mulde verfüllt habe, da der Beklagte für den Unterpächter hafte. Der Boden müsse zur Vermeidung von Umweltgefahren ausgetauscht werden. Die Inanspruchnahme des Beklagten sei nicht unverhältnismäßig. Bei ökologischen Schäden könne die Verhältnismäßigkeitsgrenze nicht mit dem materiellen Wert des beschädigten Gutes gleichgesetzt werden. Das Bodenmaterial sei ungenehmigt und nicht genehmigungsfähig aufgebracht worden, und zwar vorsätzlich. Das Angebot des Beklagten, den Klägern eine Ersatzfläche zur Verfügung zu stellen, falle bei der Abwägung nicht ins Gewicht.

4 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

5 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass den Klägern durch die Verfüllung der Mulde ein nach §§ 596 Abs. 1, 280 Abs. 1 BGB ersatzfähiger Schaden entstanden ist.

6 a) Ein Grundstück, das mit Teerresten, Ziegeln und Betonresten verunreinigt und zudem mit Schwermetallen und PCB in nennenswertem Umfang belastet ist, hat einen geringeren Wert als ein Grundstück ohne diese Verunreinigungen. Die Belastung des Grundstücks durch Ablagerungen – wie hier durch die Verfüllung mit kritischem Material (dazu Zimmermann, WertV 88, § 5 Rdn. 207) – ist ein bei der Ermittlung des Grundstückswerts zu berücksichtigendes negatives Zustandsmerkmal, das zu einer Minderung des Verkehrswerts im Vergleich zu einem nicht kontaminierten Grundstück führt. Diese Wertminderung, die sich bei einer Veräußerung realisierte, weil die Kläger einen Kaufinteressenten über die Verunreinigung aufklären müssten (BGH, Urt. v. 20. Oktober 2000, V ZR 285/99, NJW 2001, 64; Krüger in Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 9. Aufl., Rdn. 213), ist ein von dem Schädiger zu ersetzender Schaden (vgl. BGH, Urt. v. 27. Juni 1997, V ZR 197/96, NJW 1997, 2595, 2596).

7 b) Hinzu kommt, dass die Mulde zu landwirtschaftlichen Zwecken nutzbar gemacht werden kann. Soweit die Revision etwas anderes vorträgt, weicht sie von den Feststellungen des – sachverständig beratenen – Berufungsgerichts ab, ohne einen Verfahrensfehler aufzuzeigen. Die Herstellung einer landwirtschaftlich nutzbaren Fläche erfordert jedoch, neben weiteren Maßnahmen, die Entfernung des verunreinigten und nicht ackerfähigen Materials. Aufgrund der Verfüllung ist die Nutzbarmachung der Mulde demnach aufwendiger geworden.

8 2. Entgegen der Ansicht der Revision sind die Kläger nicht verpflichtet, die von dem Beklagten angebotene Übertragung eines Ersatzgrundstücks als Naturalrestitution in Form der Ersatzbeschaffung anzunehmen. Die Kläger haben dem Beklagten erfolglos eine Frist zur Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 BGB gesetzt und anschließend Geldersatz nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB verlangt. Wie die Revisionserwiderung zutreffend ausführt, ist damit das Recht des Beklagten entfallen, Schadensersatz im Wege der Ersatzbeschaffung zu leisten (vgl. BGHZ 63, 182, 184; 92, 85, 87; 121, 22, 26 [= WuM 1993, 143]).

9 3. Die Kläger können nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB von dem Beklagten den zur Herstellung der Pachtsache in den früheren Zustand erforderlichen Geldbetrag verlangen. Dieser Geldersatzanspruch ist nicht davon abhängig, dass der Geschädigte den Schaden schon behoben hat oder mit dem ihm als Schadensersatzleistung zufließenden Mitteln beheben wird (BGHZ 61, 56, 58; 133, 155, 158; 154, 395, 398). Den Klägern steht daher, was der Revision zuzugestehen ist, kein Vorschussanspruch, sondern ein von der Verwendung der Schadensersatzleistung unabhängiger Anspruch zu. Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist jedoch nicht deswegen auf die Revision ganz oder teilweise aufzuheben, weil – wie von der Revisionserwiderung richtig bemerkt – die fehlerhafte Bezeichnung des Anspruchs als Vorschuss im Tenor des Berufungsurteils den Beklagten nicht beschwert und im Übrigen auch an der Rechtskraftwirkung nicht teilnimmt.

10 4. Der Anspruch der Kläger ist auch nicht nach § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB auf den Ersatz des Wertverlusts des kontaminierten Grundstücks beschränkt.

11 a) § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB räumt dem Ersatzpflichtigen eine Ersetzungsbefugnis ein; dieser darf den Gläubiger, auch wenn dieser von ihm die Wiederherstellung (§ 249 Abs. 1 BGB) oder den dafür erforderlichen Geldbetrag (§ 249 Abs. 2 BGB) verlangt, mit einer Geldentschädigung in Höhe der erlittenen Vermögenseinbuße abfinden, obwohl die Herstellung möglich wäre. Die Vorschrift verfolgt den Zweck, die Höhe der Ersatzpflicht nach oben zu begrenzen (BGH, Urt. v. 5. April 1990, III ZR 213/88, NJW-RR 1990, 1303; Urt. v. 9. Dezember 2008, VI ZR 173/07, NJW 2009, 1066, 1067 [= GuT 2009, 42 KL]). Das Interesse des Geschädigten an einem vollständigen Schadensausgleich tritt unter den Voraussetzungen des § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB hinter den Schutz des Ersatzpflichtigen vor unzumutbaren Belastungen zurück; der Geschädigte muss sich dann mit einer Kompensation durch Wertausgleich seines Schadens zufrieden geben (BGH, Urt. v. 24. Mai 2007, IX ZR 142/05, NJW-RR 2007, 1553, 1555; Urt. v. 9. Dezember 2008, VI ZR 173/07, NJW 2009, 1066, 1067 m.w.N.).

12 b) Notwendige Voraussetzung für die Ersetzungsbefugnis des Ersatzpflichtigen ist die Unverhältnismäßigkeit des Aufwands für die Naturalrestitution. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, muss im Einzelfall auf Grund einer Gegenüberstellung des für die Restitution erforderlichen Aufwands einerseits und des Verkehrswerts der herzustellenden Sache andererseits beantwortet werden (vgl. BGHZ 102, 322, 330; Urt. v. 23. Mai 2006, VI ZR 259/04, NJW 2006, 2399, 2401 [= WuM 2006, 437 = GuT 2006, 265 KL]; jurisPK-BGB/Rüßmann, BGB, 4. Aufl., § 251 Rdn. 52, 54; MünchKomm- BGB/Oetker, 5. Aufl., § 251 Rdn. 38; Staudinger/Schiemann, BGB ‹2005›, § 251 Rdn. 17). Die Naturalrestitution nach § 249 BGB ist nur dann für den Ersatzpflichtigen unzumutbar, wenn die Kosten im Vergleich zum Wert der wiederherzustellenden Sache unverhältnismäßig sind (BGH, Urt. v. 5. April 1990, III ZR 213/88, aaO; Urt. v. 9. Dez. 2008, VI ZR 173/07, aaO).

13 c) Daran fehlt es. § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB ist nicht einschlägig, weil der Sanierungsaufwand hinter dem Verkehrswert des kontaminierten Grundstücks zurückbleibt.

14 aa) Der Aufwand für die Beseitigung der Ablagerungen ist nach den nicht angegriffenen Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen mit 82.500 € zu beziffern. Dass der Verkehrswert des verpachteten Gesamtgrundstücks geringer als der

Sanierungsaufwand sein könnte, ist angesichts des Umstands, dass die Kläger das Grundstück im Jahr 2004 für 220.000 € gekauft haben, fern liegend. Gegenteiliger Vortrag des Beklagten, der die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen der Ersetzungsbefugnis nach § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB trägt (vgl. BGH, Urt. v. 9. Dezember 2008, VI ZR 173/07, NJW 2009, 1066, 1067), ist aus dem Berufungsurteil nicht ersichtlich und wird von der Revision nicht aufgezeigt.

15 bb) Für den Vergleich zwischen dem Wert der Sache und den Aufwendungen für ihre Sanierung ist der Wert des verpachteten Grundstücks mit einer Größe von 6,5 ha maßgebend. Anders als das Berufungsgericht und die Revision meinen, kommt es – wie die Revisionserwiderung zutreffend bemerkt – auf den Wert der gesamten Pachtsache und nicht auf den Bodenwert der rund 2.500 m² großen Teilfläche mit der früheren Mulde an, auf der die Ablagerungen erfolgten, deren Wert mit Beträgen zwischen 2000 € (Schätzung des Beklagten) bis 10.000 € (Angabe des Sachverständigen) geschätzt worden ist.

16 (1) Auch bei der das Schadensrecht beherrschenden wirtschaftlichen Betrachtung ist bei der Bestimmung des Werts einer zerstörten oder beschädigten Sache grundsätzlich von den sachenrechtlichen Vorschriften in den §§ 90 ff. BGB auszugehen (vgl. BGHZ 102, 322, 326). Die durch die Ablagerungen belastete Fläche ist hier jedoch nur ein Teil eines ungeteilten Grundstücks im Rechtssinne und damit eine Sache im Sinne von § 90 BGB. Daran ist grundsätzlich auch im Schadensersatzrecht anzuknüpfen. So wird bei der Beschädigung eines Kraftfahrzeugs auf den Wert des gesamten Fahrzeugs abgestellt und nicht nur auf den Wert der beschädigten Einzelteile (vgl. nur Palandt/ Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 251 Rdn. 7). Soweit bei der Beschädigung oder Zerstörung von Bäumen der Wertverlust des Grundstücks relevant ist, wird das Gesamtgrundstück und nicht nur die Teilfläche, auf der der Baum wächst, betrachtet (BGH, Urt. v. 27. Januar 2006, V ZR 46/05, NJW 2006, 1424). Bei der Zerstörung eines Hauses kommt es auf den Wertverlust des Hausgrundstücks und nicht auf die bloße Standfläche des Gebäudes an (BGHZ 102, 322, 326).

17 (2) Die Anknüpfung an die Gesamtfläche entspricht hier zudem einer an dem Gegenstand des Pachtvertrags orientierten wirtschaftlichen Betrachtung. Nach dem Pachtvertrag vom 31. März 1978 war dem Beklagten ein auf einem Grundbuchblatt gebuchtes Grundstück verpachtet worden; Pachtgegenstand nach § 1 war eine wirtschaftliche Einheit, bestehend aus einer Hofstelle mit den zu dieser gehörenden Parzellen. Die zu einer Hofstelle gehörenden Flächen werden auch am Markt regelmäßig als ein einheitlicher Gegenstand angesehen, ohne dass eine Teilfläche von weniger als 4 % der Gesamtgröße als gesonderte Sache aufgefasst würde.

18 (3) Die Bestimmung der Ersatzpflicht nach der Gesamtfläche wahrt bei Schäden durch Kontaminierungen von Grundstücken die Übereinstimmung zwischen den Grundsätzen zivilrechtlicher Schadensersatzpflicht und öffentlichrechtlicher Haftung. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zur Verhältnismäßigkeit der Belastung des Eigentümers mit Kosten der Altlastensanierung stellt auf das Verhältnis des finanziellen Aufwands zu dem Verkehrswert des sanierten (Gesamt-)Grundstücks ab. Der Grundstückseigentümer kann bis zur Höhe des Verkehrswerts des gesamten Grundstücks zu den Kosten einer Sanierung herangezogen werden (vgl. OVG Saarlouis, Beschl. v. 10. November 2008, 1 A 248/08, juris, Rdn. 17 f., Leitsätze in NVwZ-RR 2009, 103; vgl. BVerfGE 102, 1, 20 f.). Der geschädigte Grundstückseigentümer kann sich gegenüber der Behörde nicht darauf berufen, dass nur eine Teilfläche belastet sei und er daher nur bis zu deren Wert zu den Kosten der Sanierung beitragen müsse. Der Schädiger wäre daher unverhältnismäßig entlastet, wenn er nach § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB, welche Vorschrift als eine Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht angesehen werden kann (Medicus, AcP 192, 36, 38), dem Grundstückseigentümer, der nach öffentlichem Recht bis zur Höhe des Werts des Grundstücks zu den Sanierungskosten herangezogen werden kann, nur bis zum Wert der von ihm kontaminierten Teilfläche zum Schadensersatz verpflichtet wäre.

19 (4) Ob die Ersetzungsbefugnis des Ersatzpflichtigen durch den Verkehrswert einer von ihm durch Ablagerungen beschädigten Teilfläche und nicht nach dem Wert des Grundstücks, deren Bestandteil sie ist, zu bestimmen ist, wenn das Grundstück dauerhaft in einzelne, wirtschaftlich voneinander getrennte Teilflächen aufgeteilt ist (vgl. BGHZ 102, 322, 326; BGH, Urt. v. 22. Mai 1985, VIII ZR 220/84, NJW 1985, 2413, 2414 f. [= WuM 1986, 56]), kann hier dahinstehen, da das Gesamtgrundstück verpachtet war und dem Beklagten zur Nutzung zur Verfügung stand.

20 d) Obwohl sowohl das Berufungsgericht als auch die Revision erkennbar übersehen haben, dass der Beklagte eine Ersetzungsbefugnis nach § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB nur geltend machen kann, wenn er die Unverhältnismäßigkeit der von den Klägern als Schadensersatz geforderten Kosten der Sanierung im Vergleich zu dem Wert des Gesamtgrundstücks aufzeigt, bedarf es keiner Zurückverweisung an das Berufungsgericht, um damit dem Beklagten noch Gelegenheit zur Ergänzung seines Vortrags zu geben. Selbst wenn der Beklagte aufzeigen sollte, dass das Gesamtgrundstück einen geringeren Wert hat, führte das hier nicht zu einem anderen Ergebnis.

21 aa) § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB enthält eine Begrenzung der Verpflichtung zum Schadensersatz unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit (vgl. BGH, Urt. v. 13. Mai 1975, VI ZR 85/74, NJW 1975, 2061; Urt. v. 24. Mai 2007, IX ZR 142/05, NJW-RR 2007, 1553, 1555; Urt. v. 9. Dezember 2008, VI ZR 173/07, NJW 2009, 1066, 1067 m.w.N.), bei deren Prüfung auch andere Umstände als das reine Wertverhältnis zu berücksichtigen sind (BGH, Urt. v. 24. April 1970, V ZR 97/67, NJW 1970, 1180, 1181; Urt. v. 2. Oktober 1987, V ZR 140/86, NJW 1988, 699, 700; OLG Celle NJW-RR 2004, 1605, 1606). Da § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB ein Ausfluss von Treu und Glauben ist, ist die Frage der Unverhältnismäßigkeit eine solche der Zumutbarkeit nach beiden Seiten (BGH, Urt. v. 24. April 1970, V ZR 97/67, aaO).

22 Unter diesem Gesichtspunkt ist die Entscheidung des Berufungsgerichts richtig, ohne dass es auf die Rechtsfrage ankommt, ob die in § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB bestimmte Verhältnismäßigkeitsgrenze bei ökologischen Schäden in analoger Anwendung der Bestimmungen in § 16 Abs. 1 UmweltHG, § 32 Abs. 7 GenTG und § 251 Abs. 2 Satz 2 BGB einer weitergehenden Einschränkung bedarf, weil der Geschädigte mit der Geltendmachung des Anspruchs auf Naturalrestitution auch das Interesse der Allgemeinheit an der Wiederherstellung des geschädigten Naturgutes verfolgt (vgl. Klaas, Ökologische Analyse des zivilen Schadensrechts, S. 272; Seibt, Zivilrechtlicher Ausgleich ökologischer Schäden, S. 304; Wezel, Die Disposition über den ökologischen Schaden, S. 84).

23 bb) Die Kläger müssen sich von dem Beklagten nicht auf einen – möglicherweise hinter den Sanierungskosten zurückbleibenden – Wertersatzanspruch verweisen lassen. Diese Art des Schadensersatzes ist für sie nicht zumutbar.

24 (1) Ein zu Lasten des Ersatzpflichtigen zu berücksichtigender Umstand ist das Maß seines Verschuldens. Bei vorsätzlichen Vertragsvertragsverletzungen oder sonstigem schweren Verschulden können dem Schädiger auch unverhältnismäßige Aufwendungen zuzumuten sein (BGH, Urt. 2. Oktober 1987, V ZR 140/86, aaO; OLG Celle aaO).

25 (a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben der Beklagte oder sein Unterpächter die Mulde vorsätzlich mit kontaminiertem Material verfüllt, worin ein schweres Verschulden liegt. Die von der Revision gegen diese – revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbare (vgl. BGH, Urt. v. 18. Juli 2008, V ZR 171/07, NJW 2008, 3123, 3124 m.w.N.) – Wertung erhobenen Rügen greifen nicht durch.

26 Soweit die Revision meint, es sei allenfalls Fahrlässigkeit anzunehmen, übersieht sie, dass das abgelagerte Material schon

wegen seiner Verunreinigung mit Teerresten, Ziegeln und Betonresten erkennbar ungeeignet für eine landwirtschaftliche Nutzung war.

27 (b) Das Berufungsgericht musste entgegen der Ansicht der Revision nicht feststellen, ob der Beklagte oder sein Unterpächter die Mulde verfüllt hat. Darauf kommt es nicht an. Ein Verschulden des Unterpächters ist dem Beklagten nach § 589 Abs. 2 BGB zuzurechnen, da das Verfüllen bei der Nutzung der Pachtsache erfolgte (vgl. BGHZ 112, 307, 310 [= WuM 1991, 31]).

28 (2) Bei Schäden durch Bodenkontaminationen ist darüber hinaus das Maß der hervorgerufenen Gefahren für die Umwelt und das daraus folgende Risiko einer Inanspruchnahme für den Grundstückseigentümer zu berücksichtigen (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 18. Dezember 2008, 5 U 104/08, Rz. 45 – juris [= AbfallR 2009, 96]), weil diesem nicht zuzumuten ist, sich mit einem weit hinter den Sanierungskosten liegenden Wertersatz zu begnügen, wenn er auf Grund der von dem Schädiger hervorgerufenen Gefahren mit einer Inanspruchnahme bis zur Höhe der tatsächlichen Sanierungskosten rechnen muss. So ist es hier.

29 (a) Das verwendete Material muss nach den auf einem Sachverständigengutachten beruhenden Feststellungen des Berufungsgerichts ausgetauscht werden, um Umweltgefahren zu vermeiden und um ackerfähigen Boden verfüllen zu können. Der Angriff der Revision, die Feststellungen des Berufungsgerichts beruhten auf einer fehlerhaften Würdigung des Sachverständigengutachtens, das hinsichtlich der Annahme einer Gefahr für das Grundwasser widersprüchlich sei, geht fehl. Das Berufungsgericht bezieht sich für die Beurteilung der Umweltgefahren auf das Ergänzungsgutachten des Sachverständigen. Soweit das Berufungsgericht Umweltgefahren feststellt, kann es sich auf die Aussagen des Sachverständigen stützen, die keine Widersprüche erkennen lassen. Das gilt auch für eine Gefährdung des Grundwassers. Diese ergibt sich nachvollziehbar daraus, dass der Sachverständige eine Versickerung nicht ausschließt und durchlässige Bodenanteile festgestellt hat.

30 (b) Die Kläger können bei der festgestellten Gefährdung nicht darauf vertrauen, dass das Verfüllmaterial auf dem Grundstück verbleiben kann. Die Revision räumt selbst ein, dass eine behördliche Inanspruchnahme der Kläger auf Beseitigung des verunreinigten Materials möglich ist. Entgegen der Ansicht der Revision ist dieser Gesichtspunkt bei der Beurteilung der Zumutbarkeit der Aufwendungen für die Sanierung nicht deshalb ohne Belang, weil die Kläger auf Grund einer solchen Anordnung nur bis zur Höhe des Verkehrswertes des verunreinigten Grundstücksteils in Anspruch genommen werden könnten. Das trifft – wie bereits ausgeführt (oben unter 4.b) bb (3)) – nicht zu, da in diesem Fall eine öffentlich-rechtliche Inanspruchnahme der Kläger bis zur Höhe des Verkehrswerts des gesamten Grundstücks in Betracht käme.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 275, 251 BGB
Landpacht; Bodenkontamination durch Dritte; Grenzen der Wiederherstellungspflicht des Pächters; Giftmüll

In die Abwägung, ob ein Anspruch wegen einer Bodenkontamination nach § 275 Abs. 2 oder § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB ausgeschlossen ist, müssen mögliche Ansprüche Dritter einbezogen werden.

(BGH, Urteil vom 21. 5. 2010 – V ZR 244/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin zu 1 ist Eigentümerin eines 7.110 qm großen landwirtschaftlich nutzbaren Grundstücks im Hochsauerlandkreis. Das Grundstück ist mit einem Nießbrauch für die Klägerin zu 2 belastet. Mit Vertrag vom 22. August 2002 verpachtete die Klägerin zu 2 das Grundstück für den Zeitraum vom 22. August 2002 bis zum 31. Dezember 2008 für 327,17 € jährlich dem Beklagten zur Nutzung für eine Baumschule.

2 Der Beklagte nutzte das Grundstück nur anfänglich zu diesem Zweck, später baute er auf ihm Futtermais an. 2004 gestattete er einem Herrn W., auf das Grundstück Biodünger auszubringen. Das von der mit W. verbundenen Firma T.V. GmbH & Co KG (T.V.) hierzu mehrfach angelieferte Material war zumindest teilweise mit perfluorierten Tensiden (PFT), industriellen Abfallprodukten, vermischt. PFT kommen in der Natur nicht vor. Sie werden von Pflanzen aufgenommen und sind krebserregend.

3 Die Entnahme von unmittelbar oder mittelbar zum Verzehr bestimmten Früchten aus dem Grundstück wurde behördlich verboten. Mit Schreiben vom 8. Mai 2007 an die Klägerin zu 2 erklärte der Beklagte daraufhin, das Pachtverhältnis außerordentlich zu kündigen, weil das Grundstück nicht mehr zu bewirtschaften sei. Zum Schutz der Bevölkerung wurde die Entnahme von Trinkwasser aus dem nahe gelegenen M.-See eingestellt. Der Kreis legte mit erheblichem Aufwand ein Drainagesystem an, das die PFT auffangen und ihre Ausfilterung ermöglichen soll.

4 Die Klägerinnen haben beantragt, den Beklagten zu verurteilen, den Zustand des Grundstücks wieder herzustellen, der ohne dessen Verunreinigung mit PFT bestünde. Das Landgericht Arnsberg hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht Hamm hat sie abgewiesen. Mit der von dem Oberlandesgericht uneingeschränkt zugelassenen Revision erstreben die Klägerinnen die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

5 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht verneint den geltend gemachten Anspruch. Es meint, die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands des Grundstücks nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. § 1065 BGB i.V.m. § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB seien zwar gegeben. Der Beklagte sei Störer im Sinne von § 1004 BGB. Er habe die Ausbringung des PFT-verseuchten Materials verursacht und sei daher grundsätzlich verpflichtet, die eingetretene Verseuchung des Grundstücks rückgängig zu machen.

6 Die Klage scheitere jedoch daran, dass die Beseitigung der PFT aus dem Grundstück mit einem Aufwand verbunden sei, der außer Verhältnis zu dem Interesse der Klägerinnen stehe, so dass der Beklagte die Leistung nach § 275 Abs. 2 BGB verweigern könne. Ohne die Verseuchung betrage der Wert des Grundstücks etwa 10.000 €. Wegen des Nießbrauchs habe die Verseuchung nicht zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung der Klägerin zu 1 geführt. Die Klägerin zu 2 könne das Grundstück zwar auf die Dauer von voraussichtlich etwa 40 Jahren nicht mehr nutzen und erleide eine Einbuße zwischen 20.000 und 30.000 €. Zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands sei indessen ein Bodenaustausch erforderlich, der zu Kosten von etwa 720.000 €, jedenfalls aber einem Vielfachen des Verkehrswerts des Grundstücks, führe. Eine erfolgreiche Inanspruchnahme durch den Kreis bräuchten die Klägerinnen nicht zu fürchten, weil der Kreis vorrangig den Beklagten und T.V. in Anspruch nehmen müsse und die Kosten der Maßnahmen der öffentlichen Hand den Klägerinnen als Zustandsstörerinnen nicht unbegrenzt aufgebürdet werden dürften. Ihre Zustandsverantwortlichkeit werde durch Art. 14 GG auf den Wert des Grundstücks begrenzt. Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin zu 2 aus §§ 596 Abs. 1, 280 Abs. 1 Satz 1 BGB scheitere schon daran, dass der Beklagte keine Kenntnis von der Belastung der ausgebrachten Stoffe mit PFT gehabt habe und sich das Verhalten der Firma T.V. nicht zurechnen zu lassen brauche. Im Ergebnis dasselbe gelte für eine Haftung des Beklagten aus unerlaubter Handlung.

7 II. Das hält den Angriffen der Revision nicht stand.

8 1. Der Beklagte ist Störer im Sinne von § 1004 Abs. 1 BGB. Als solcher ist er gegenüber beiden Klägerinnen grundsätzlich

verpflichtet, die PFT aus dem Grundstück zu entfernen (vgl. Senat, Urt. v. 1. Dezember 1995, V ZR 9/94, NJW 1996, 845, 846 m.w.N.).

9 Auch gegenüber dem Anspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB kann § 275 Abs. 2 BGB ein Recht zur Leistungsverweigerung gewähren (Senat, Urt. v. 30. Mai 2008, NJW 2008, 3122 [= GuT 2008, 290]; Urt. v. 23. Oktober 2009, V ZR 141/08, NZM 2010, 174, 175). So kann es sich verhalten, wenn die Erfüllung des Beseitigungsanspruchs zu einem Aufwand führt, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Grundsätze von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Die Voraussetzungen hierfür sind von dem Schuldner darzulegen und zu beweisen, der das Recht zur Leistungsverweigerung in Anspruch nimmt (Erman/Westermann, BGB, 12. Aufl., § 275 Rdn. 28; Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 275 Rdn. 34; Staudinger/Löwisch/Caspers, BGB ‹2009›, § 275 Rdn. 121).

10 Die insoweit von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen sind nicht frei von Rechtsfehlern.

11 a) Der Beklagte behauptet, die in den Boden eingebrachten PFT seien nur im Wege eines Bodenaustauschs aus dem Grundstück zu entfernen. Demgegenüber haben die Klägerinnen unter Berufung auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens behauptet, die Sanierung des Bodens sei in situ möglich. Diese Behauptung durfte das Berufungsgericht nicht als unsubstantiiert zurückweisen. Die Art der notwendigen Sanierung und die mit dieser verbundenen Kosten sind den Klägerinnen nicht bekannt. Es steht ihnen offen, die hierzu von dem Beklagten erhobenen Behauptungen mit Nichtwissen zu bestreiten. Zu einer irgendwie gearteten Substantiierung ihres Bestreitens sind sie nicht gehalten.

12 b) Bei der Feststellung des Leistungsinteresses der Klägerinnen kann nur dann auf den Wert des Grundstücks abgestellt werden, wenn feststeht, dass sich das Interesse der Klägerinnen an dem geltend gemachten Anspruch in der Wiederherstellung des Grundstücks erschöpft. Dass es sich so verhält, hat der Beklagte darzustellen.

13 Die Klägerinnen sind nach § 4 Abs. 2, 3 BBodSchG verpflichtet, Maßnahmen zur Abwehr des weiteren Austritts von PFT aus dem Grundstück zu ergreifen und dessen Boden zu sanieren. Soweit der Kreis zum Schutz von Grundwasser, M. und R. im Wege der Ersatzvornahme tätig geworden und weiterhin tätig ist, sind die Klägerinnen dem Kreis grundsätzlich zum Aufwendungsersatz verpflichtet. Das kann bei der Bestimmung des Interesses der Klägerinnen an der von ihnen gegen den Beklagten geltend gemachten Forderung nicht außer Betracht bleiben, solange der Beklagte die Klägerinnen von ihrer Verantwortlichkeit gegenüber dem Kreis nicht freigestellt hat. Das ist auch nicht deshalb anders zu beurteilen, weil der Ersatzanspruch des Kreises im Hinblick darauf nicht unbeschränkt ist, dass den Klägerinnen die Verseuchung des Grundstücks nicht vorgeworfen werden kann (BVerfGE 102, 1, 20 ff.) und der Beklagte und T.V. dem Kreis vorrangig haften. Letzteres führt schon deshalb nicht weiter, weil der Beklagte behauptet, er sei nicht in der Lage, die Kosten der Sanierung des Grundstücks und der angrenzenden, ebenso von ihm gepachteten und beeinträchtigten Grundstücke zu tragen, T.V. sei „wegen Insolvenz nicht mehr greifbar".

14 c) Bei der von § 275 Abs. 2 BGB gebotenen Abwägung des Leistungsinteresses des Gläubigers gegen den mit der Anspruchserfüllung verbundenen Aufwand des Schuldners ist nach § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB ferner das Verschulden des Schuldners zu berücksichtigen. Auch soweit das Berufungsgericht ein Verschulden des Beklagten an der Verseuchung des Grundstücks verneint hat, ist das angefochtene Urteil unvollständig und nicht frei von Rechtsfehlern.

15 Die Tatsache, dass der Beklagte die PFT-Verseuchung des ausgebrachten Materials nicht kannte, erlaubt nicht ohne Weiteres die Feststellung, dass den Beklagten an der Verseuchung des Grundstücks kein Verschulden trifft.

16 T.V. hat mehr als 4000 t „Biodünger" auf das Grundstück und die angrenzenden Flächen aufgebracht. Die Anlieferung und die Aufbringung erfolgten für den Beklagten kostenfrei. Das lässt die Vermutung zu, dass es T.V. nicht um die Lieferung biologisch wertvollen Materials, sondern um die Deponierung großer Mengen entsorgungsbedürftigen Abfalls ging, für die T.V. von dritter Seite bezahlt wurde. Für einen unbefangenen Betrachter muss gegenüber einem solchen Geschäftsmodell Vorsicht geboten sein. Feststellungen dazu, dass das Einverständnis zur Aufnahme solcher Massen von einem, wie der Beklagten behauptet, ihm noch nicht einmal bekannten Lieferanten der einem Landwirt gebotenen Sorgfalt entspricht, sind dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen.

17 2. Der bisherige Vortrag des Beklagten erlaubt es auch nicht, den geltend gemachten Anspruch zu verneinen, soweit er von der Klägerin zu 2 unter dem Gesichtspunkt der Verpflichtung zum Schadensersatz erhoben wird.

18 a) Der Beklagte hatte nach der Beendigung des Pachtverhältnisses das Grundstück in dem Zustand zurückzugeben, der einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung bis zur Rückgabe entspricht, § 596 Abs. 1 BGB. Das ist nicht geschehen. Darin liegt die von dem Berufungsgericht vermisste Pflichtverletzung. Folglich ist der Beklagte der Klägerin zu 2 grundsätzlich nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB zum Schadensersatz verpflichtet (BGH, Urt. v. 27. November 2009, LwZR 11/09, NL-BzAR 2010, 76 [= GuT 2011, 90]). Anders liegt es nur, wenn ihm die Verletzung seiner Pflicht nicht vorgeworfen werden kann, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. Dass es sich so verhält, ist von dem Beklagten darzulegen und zu beweisen. Zum Vertretenmüssen gehören gleichermaßen Vorsatz und Fahrlässigkeit (BGH, Urt. v. 15. Februar 2009, XI ZR 586/07, NJW 2009, 2298, 2299). Auf die von dem Berufungsgericht für notwendig erachtete Substantiierung des Vortrags der Klägerin zu 2 kommt es daher nicht an.

19 b) Zu Unrecht meint das Berufungsgericht auch, dem Beklagten sei das Verhalten von T.V. im Verhältnis zu der Klägerin zu 2 nicht zuzurechnen. Für das Miet- und Pachtrecht ist anerkannt, dass der Mieter oder Pächter sich das Verhalten derjenigen zurechnen lassen muss, die auf seine Veranlassung mit der Mietsache in Berührung kommen (BGH, Urt. v. 15. April 1969, VI ZR 56/68, BB 1969, 601, 602; Urt. v. 15. Mai 1991, VIII ZR 38/90, NJW 1991, 1750, 1752 [= WuM 1991, 381]; RGZ 106, 133, 134; Palandt/Grüneberg, aaO, § 278 Rdn. 18; Münch-Komm-BGB/Grundmann, aaO, § 278 Rdn. 32; Staudinger/Löwisch/Caspers, aaO, § 278 Rdn. 97). So liegt es mit dem Verhalten Dritter, die der Beklagte mit der Düngung des Grundstücks beauftragt oder denen er die Ausbringung von Dünger gestattet hat. Dass W. und/oder die von diesem eingeschaltete T.V. die Gestattung des Beklagten zur Entsorgung von Giftmüll genutzt haben, unterbricht weder den Kausal- noch den Zurechnungszusammenhang. Der Hinweis der Revisionserwiderung darauf, dass ein Verkäufer oder Werkunternehmer sich das Verhalten seines Lieferanten nicht zurechnen lassen muss (vgl. BGHZ, 48, 118, 120; BGH, Urt. v. 9. Februar 1978, VII ZR 84/77, NJW 1978, 1157; Urt. v. 12. Dezember 2001, X ZR 192/00, NJW 2002, 1565) geht schon deshalb fehl, weil der Beklagte der Klägerin zu 2 nicht die für den Anbau von Mais von ihm für nützlich erachtete Düngung des Grundstücks schuldete.

20 c) Die Klägerin zu 2 kann wegen der Verletzung der Pflicht des Beklagten, das Grundstück in dem von § 596 Abs. 1 BGB geforderten Zustand zurückzugeben, grundsätzlich gemäß § 249 Abs. 1 BGB Satz 1 BGB die Beseitigung der Kontaminierung des Grundstücks verlangen. Trifft es zu, dass ersteres nur durch einen Bodenaustausch erfolgen kann und mit diesem ein Aufwand verbunden ist, der außer Verhältnis zu dem Wert des Grundstücks steht, führt dies gemäß § 251 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht zur Leistungsfreiheit des Beklagten, sondern dazu, dass er berechtigt ist, die Klägerin zu 2 in Geld zu entschädigen. Notwendige Voraussetzung für die Ersetzungsbefugnis ist die Unverhältnismäßigkeit des Aufwands für die Naturalrestitution. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, muss zwar ebenso wie eine

Begrenzung des Anspruchs aus §§ 1004, 1065 BGB durch § 275 Abs. 2 BGB im Einzelfall auf Grund einer Gegenüberstellung des für die Restitution erforderlichen Aufwands gemessen an dem Wert des Grundstücks beantwortet werden. Dabei dürfen aber bei Schäden durch Bodenkontaminationen das Maß der für die Umwelt hervorgerufenen Gefahren und das daraus folgende Risiko einer Inanspruchnahme des Ersatzberechtigten seitens Dritter nicht außer Betracht gelassen werden (BGH, Urt. v. 27. November 2009, LwZR 11/09, aaO). Dass der Kreis oder andere Dritte wegen ihrer Einbußen oder Aufwendungen bisher keine Ansprüche gegen die Klägerin zu 2 erhoben haben, ist insoweit ohne Bedeutung, solange der Beklagte die Klägerin zu 2 von einer solchen Inanspruchnahme nicht schuldbefreiend freigestellt hat.

21 3. Auf die weiteren Angriffe der Revision gegen das Berufungsurteil kommt es damit nicht an. Die von dem Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zu der Zurückweisung seines Vorbringens, die von den Klägerinnen erhobenen Ansprüche könnten im Hinblick auf die Maßnahmen des Kreises nicht erfüllt werden, erhobene Gegenrüge bleibt schon deshalb ohne Erfolg, weil die Rüge nicht auf einen bestimmten Vortrag des Beklagten verweist, wonach das Vorbringen im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden ist, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit beruht, § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO. Die dazu in Bezug genommene Anlage ist nicht von dem Beklagten, sondern von den Klägerinnen vorgelegt worden.

22 III. Der Beklagte durfte nach dem bisherigen Verlauf des Berufungsverfahrens davon ausgehen, dass sein Vortrag hinreichen würde, die Klage zu Fall zu bringen. Durch die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht erhält er Gelegenheit zur Ergänzung seines Vorbringens, auf dessen Grundlage dann unter Beachtung der Rechtsmeinung des Senats neu zu entscheiden sein wird.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 307 BGB; Art. 33 EG-VO 1782/2003
Landpacht; GAP-Reform; formularpachtvertragliche Pflicht zur unentgeltlichen Übertragung zugeteilter Zahlungsansprüche an den nachfolgenden Bewirtschafter

Eine Klausel in einem von dem Verpächter vorformulierten Pachtvertrag über landwirtschaftliche Flächen, die den Pächter verpflichtet, die auf die Pachtfläche zugeteilten Zahlungsansprüche in einem dem flächenbezogenen Betrag entsprechenden Umfang bei Beendigung des Pachtverhältnisses unentgeltlich auf den nachfolgenden Bewirtschafter zu übertragen, verstößt nicht gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) und stellt auch keine den Pächter entgegen den Geboten von Treu und Glauben benachteiligende Vertragsbestimmung (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) dar.

(BGH, Urteil vom 23. 4. 2010 – LwZR 15/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Mit schriftlichem Landpachtvertrag vom 16. März 2005 verpachtete die Klägerin an die Beklagte landwirtschaftliche Flächen mit einer Gesamtgröße von 98,96 ha im Landkreis P. (Mecklenburg-Vorpommern) für die Zeit vom 14. Februar 2005 bis zum 30. September 2005. Dieser Vertrag enthält in § 1a folgende Bestimmung:

„Werden im Hinblick auf die vom EU-Agrarrat am 29. 09. 2003 beschlossene Agrarreform dem Pächter übertragbare Zahlungsansprüche zugewiesen, die auf der Bewirtschaftung der Pachtsache beruhen, so verpflichtet sich der Pächter, bei Beendigung des Pachtvertrages den aus der gepachteten Fläche resultierenden Anteil an Zahlungsansprüchen unentgeltlich auf den nachfolgenden Bewirtschafter zu übertragen. Diese Verpflichtung beinhaltet nicht den betriebsindividuellen Anteil an den Zahlungsansprüchen. Zahlungsansprüche bei Stilllegung dürfen nur anteilig im Verhältnis zur Fläche übertragen werden.

Der Pächter verpflichtet sich weiterhin, alle erforderlichen Erklärungen gegenüber den Behörden, der Verpächterin und Dritten abzugeben, damit diese Zahlungsansprüche entstehen und sie auf den nachfolgenden Bewirtschafter übertragen werden können. …“

2 Mit schriftlicher Vereinbarung vom 13. September 2005 wurde der Pachtvertrag um ein Jahr bis zum 20. September 2006 verlängert. Die Klägerin veräußerte nach Beendigung des Pachtverhältnisses eine Teilfläche von 32,71 ha an einen Dritten und trat an diesen ihre Ansprüche gegen die Beklagte insoweit ab. Die verbleibende Fläche von 66,25 ha verpachtete sie an einen anderen Landwirt.

3 Die Klägerin hat im Wege der Stufenklage von der Beklagten Auskunft über die Anzahl und die Höhe der ihr auf die Pachtfläche zugewiesenen Zahlungsansprüche, die Vorlage des Zuteilungsbescheids und des -antrags sowie die Übertragung der Zahlungsansprüche auf einen von ihr noch zu benennenden Dritten oder die Zahlung von Schadensersatz verlangt. Das Amtsgericht Schwerin (Landwirtschaftsgericht) hat in einem Teilurteil die Beklagte zur Auskunft und zur Vorlage des Zuteilungsbescheids und des -antrags verurteilt. Das Oberlandesgericht Rostock (Landwirtschaftssenat) hat auf die Berufung der Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, dass der Klägerin kein Anspruch auf Auskunft zustehe, da die in § 1a des Pachtvertrags enthaltene Klausel nach § 307 Abs. 1, 2 BGB unwirksam sei.

5 Die Bestimmung sei eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB, die von der Klägerin für eine Vielzahl von Pachtverträgen vorformuliert worden und gegenüber der Beklagten verwendet worden sei. Sie sei allerdings weder ungewöhnlich (§ 305c Abs. 1 BGB) noch unklar (§ 305c Abs. 2 BGB), da Pächter mit einer vertraglichen Regelung zu den Zahlungsansprüchen bei Rückgabe der Pachtflächen hätten rechnen müssen und § 1a des Pachtvertrags mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen sei, dass der Pächter den Anteil seiner Zahlungsansprüche, der auf der Bewirtschaftung der Pachtfläche beruhe und flächenbezogen sei, nach Beendigung des Pachtverhältnisses auf den nachfolgenden Bewirtschafter zu übertragen habe.

6 Die Regelung führe aber zu einer unangemessenen Benachteiligung des Pächters, weil ihre Rechtsfolgen nicht klar und verständlich seien (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB). Aus dem Zahlungsanspruch könnten nämlich nicht einzelne (flächenbezogene oder betriebsindividuelle) Teile herausgetrennt und auf andere Betriebsinhaber übertragen werden. Eine Aufspaltung des einheitlichen Zahlungsanspruchs sei rechnerisch nicht möglich. Nach der Bestimmung lasse sich nicht zweifelsfrei feststellen, in welcher Höhe Zahlungsansprüche auf den nachfolgenden Pächter übertragen werden müssten.

7 Zudem liege eine unangemessene Benachteiligung des Pächters nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor, weil die Klausel von der gesetzlichen Regelung abweiche, nach der der von dem Pächter erworbene Zahlungsanspruch mangels Anwendbarkeit des § 596 Abs. 1 BGB beim Betriebsinhaber verbleibe.

8 Schließlich liege auch eine unangemessene Benachteiligung des Pächters nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB vor, da der Verpächter auch bei einer Rückgabe der Pachtsache ohne die Übertragung des Zahlungsanspruchs keinen Vermögensverlust erleide. Die Zahl der im Umlauf befindlichen Zahlungsansprüche werde künftig auf Grund der ständigen Verknappung der landwirtschaftlich nutzbaren Flächen die Fläche übersteigen, auf denen die Zahlungsansprüche aktiviert werden könnten. Dadurch

dürfte der Wert der Pachtflächen – auch ohne Übertragung der Zahlungsansprüche – und damit die von den Verpächtern erzielbaren Pachten ansteigen.

9 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

10 1. Die Zulässigkeit einer Vereinbarung, mit der sich der Pächter verpflichtet, die ihm in der Pachtzeit nach der Verordnung (EG) 1782/2003 auf die gepachteten Flächen zugeteilten Zahlungsansprüche bei Beendigung des Pachtverhältnisses auf den Verpächter oder auf einen von diesem benannten Dritten (neuen Pächter) zu übertragen, ist von dem Senat für die Verträge über die Verpachtung landwirtschaftlicher Betriebe bereits bejaht worden (Urt. v. 24. April 2009, LwZR 11/08, NJW-RR 2009, 1714, 1715 [= GuT 2010, 104]).

11 Derartige Regelungen sind nicht zu beanstanden, weil die Zahlungsansprüche rechtsgeschäftlichen Regelungen der Pachtvertragsparteien nicht entzogen sind (Senat aaO, 1715) und eine solche vertragliche Verpflichtung des Pächters von dem als berechtigt anzuerkennenden Interesse des Verpächters getragen wird, einen reibungslosen, auch vorübergehende Ertragsminderungen vermeidenden Übergang der Bewirtschaftung durch einen Nachfolgepächter sicherzustellen und – insbesondere bei einer nur kurzfristigen Verpachtung – zufällige Vor- und Nachteile durch den Systemwechsel im Recht der Gewährung von Beihilfen für die Landwirtschaft in der Pachtzeit aufzufangen (Senat aaO, 1716).

12 Diese Erwägungen treffen auch für gleichartige Vereinbarungen in Verträgen über die Verpachtung landwirtschaftlicher Flächen zu, jedenfalls wenn die Verpflichtung des Pächters zur Herausgabe der Zahlungsansprüche – wie hier – auf den Wert des auf die gepachtete Fläche bezogenen Anteils der Zahlungsansprüche beschränkt wird. Das gilt auch für Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB) des Verpächters.

13 2. Die Regelung in § 1a des Landpachtvertrags hält einer Kontrolle an den durch das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) gestellten Anforderungen an vorformulierte Vertragsbestimmungen stand.

14 a) Die gegenteilige Ansicht des Berufungsgerichts beruht auf der falschen Prämisse, dass die rechtliche Unteilbarkeit des Zahlungsanspruchs auch eine rechnerische Aufspaltung in einen flächenbezogenen und einen betriebsindividuellen Anteil ausschließt, wodurch der Umfang der vertraglichen Verpflichtung, Zahlungsansprüche zu übertragen, unklar sein soll.

15 Richtig ist lediglich der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass die Übertragung eines anteiligen, dem flächenbezogenen Grundbetrag entsprechenden Zahlungsanspruchs nicht möglich ist. Der Zahlungsanspruch nach Kapitel 3 der VO (EG) 1782/2003 ist ein einheitlicher Anspruch auf eine Beihilfe. Dieser Anspruch ist – weil in Deutschland die GAP-Reform im Kombinationsmodell nach Art. 58, 59 Abs. 3 VO (EG) 1782/2003 umgesetzt wurde – gem. § 5 BetrPrämDurchfG für den jeweiligen Betrieb nach einem flächenbezogenen Grundbetrag und einem betriebsindividuellen Betrag berechnet worden. Da die festgelegten Zahlungsansprüche nach Art. 43 Abs. 4, 49 Abs. 4 VO (EG) 1782/2003 nicht wieder geändert werden dürfen, ist eine Aufspaltung der einzelnen Zahlungsansprüche gemäß ihren Bemessungsgrundlagen nicht zulässig (näher ausgeführt in BMELV-Gutachten, AUR 2006, 89, 91).

16 Das schließt jedoch nicht die Übertragung des Anteils aus der Summe der dem Pächter zugewiesenen Zahlungsansprüche aus, dessen Wert dem flächenbezogenen Betrag der auf die verpachtete Fläche zugeteilten Zahlungsansprüche entspricht (vgl. dazu Schmitte, AUR 2007, 116, 118; Krämer, ZNotP 2008, 216, 220). Nach dem Verhältnis von flächenbezogenem und betriebsindividuellem Anteil am Zahlungsanspruch lässt sich, wenn die Zahl und die Höhe der auf die verpachtete Fläche zugeteilten Zahlungsansprüche bekannt sind, der nach der Klausel zu übertragende Anteil ermitteln (vgl. dazu Krämer, NotBZ 2008, 216, 221). Dieser ist allerdings geringer als die Summe der nach der beihilfefähigen Hektarzahl der Pachtfläche zugeteilten Ansprüche, weil die Anzahl der zu übertragenden Ansprüche nur nach dem anteiligen Wert des flächenbezogenen Betrags der die Pachtfläche zugeteilten Ansprüche bestimmt wird (Schmitte, AUR 2007, 116, 120).

17 b) Die Revisionserwiderung wendet sich denn – zu Recht – auch nicht gegen das Vorbringen der Revision, dass die vertragliche Regelung in § 1a in der aufgezeigten Form hinsichtlich des Umfangs der zu übertragenden Ansprüche bestimmt wäre. Sie geht dennoch von einem Verstoß gegen das Transparenzgebot aus, weil die Klausel die vorstehende Art der Berechnung des Anteils nicht aufzeige.

18 aa) Damit überspannt sie jedoch die durch das Transparenzgebot dem Verwender auferlegte Verpflichtung, die Rechte und Pflichten seines Vertragspartners möglichst klar und durchschaubar darzustellen (BGHZ 106, 42, 49; 136, 396, 401; 164, 11, 16). Eine vorformulierte Vertragsbestimmung muss die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen für den Vertragspartner soweit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (BGHZ 136, 396, 401; 141, 137, 143).

19 Diesen Ansprüchen genügt die Klausel. Der Vertragspartner kann den Vermögenswert der Belastung erkennen, die ihm durch die Verpflichtung in der Klausel in § 1a auferlegt wird. Typischer Vertragspartner der Klägerin ist ein Landwirt, der von ihr Flächen pachtet. Diesem sind die Grundsätze der Gewährung von Beihilfen für die Landwirtschaft in der Regel bekannt. Er wird die Klausel in dem unmittelbar vor der innerstaatlichen Umsetzung der sog. GAPReform abgeschlossen Landpachtvertrag so verstehen, dass er Zahlungsansprüche, die ihm in der Pachtzeit auf die gepachtete Fläche gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1782/2003 vom 29. September 2003 zugeteilt werden, in einem Umfang auf den nachfolgenden Bewirtschafter unentgeltlich zu übertragen hat, der dem flächenbezogenen Betrag dieser Zahlungsansprüche entspricht.

20 bb) Die Klausel verstößt auch nicht dadurch, dass sie nicht die Formel für die Berechnung dieses an den auf die verpachtete Fläche zugewiesenen Zahlungsansprüchen darstellt, gegen das Bestimmtheitsgebot, welches den Verwender verpflichtet, die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau zu beschreiben, dass für den Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen (BGHZ 164, 11, 16; 165, 12, 22; Urt. v. 3. März 2004, VIII ZR 149/03, NJW 2004, 1738 [= WuM 2004, 285]).

21 Die Klausel verpflichtet den Pächter, die ihm während der Pachtzeit auf die gepachtete Fläche zugeteilten Zahlungsansprüche bei Pachtende auf den Nachfolgepächter zu übertragen. Von dieser Pflicht wird der betriebsindividuelle Anteil herausgenommen. Da – wie ausgeführt – eine Übertragung anteiliger Zahlungsansprüche nach dem Gesetz nicht möglich ist, kann die Verpflichtung nur dadurch erfüllt werden, dass ein nach dem Wert des flächenbezogenen Betrags bemessener Anteil an diesen Zahlungsansprüchen auf den Nachfolgepächter übertragen wird. Dieser Inhalt der Verpflichtung erschließt sich einem mit dem Subventionsrecht vertrauten Landwirt auch dann, wenn ihm die Formel für die Berechnung des der Verpflichtung entsprechenden Anteils in der Klausel nicht aufgezeigt wird.

22 Dem steht nicht entgegen, dass der Wert des flächenbezogenen Betrags der dem Pächter zugeteilten Zahlungsansprüche auch in einer anderen Form auf den Nachfolgepächter übertragen werden könnte, etwa indem sich der Pächter eine der Hektarzahl der Pachtfläche entsprechende Anzahl an Zahlungsansprüchen von geringerer Höhe beschafft und diese dann auf den Nachfolgerpächter überträgt (vgl. Schmitte, aaO). Der Klausel ist nämlich nichts dafür zu entnehmen, dass der Verpächter von dem Pächter die Beschaffung anderer als der diesem zugewiesenen Zahlungsansprüche verlangen könnte.

23 3. § 1a des Pachtvertrags hält auch einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB stand.

24 a) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB für einschlägig erachtet und auf dieser Grundlage in § 1a eine unangemessene Benachteiligung des Pächters wegen ei-

ner Abweichung von den Leitgedanken der gesetzlichen Regelung über die Pflichten zur Rückgabe der Pachtsache (§ 596 BGB) angenommen. § 596 Abs. 1 BGB ist auf Subventionen, die nicht die Bewirtschaftung der Pachtsache fördern sollen, sondern als eine Einkommensbeihilfe für den Landwirt gedacht sind, nicht anwendbar (vgl. Senat, Urt. v. 24. November 2006, LwZR 1/06, RdL 2007, 94 ff. m.w.N. [= GuT 2007, 146 KL]). Der Anspruch auf eine solche Subvention ist nicht Gegenstand des Landpachtrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Frage, ob eine Klausel, die den Vertragspartner des Verwenders zur Übertragung des Anspruchs auf die Subvention bei Pachtende begründet, diesen dadurch unangemessen benachteiligt, ist daher nicht vor dem Hintergrund eines Vergleichs der Rechtsfolgen zu entscheiden, die sich nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch mit und ohne die Klausel ergäben, sondern auf der Grundlage einer umfassenden Abwägung der berechtigten Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regelungen über die Subvention und des mit ihr verfolgten Zwecks (dazu unten c).

25 b) § 1a des Pachtvertrags verstößt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

26 aa) Die Vorschrift verbietet eine Aushöhlung vertragswesentlicher Rechte und Pflichten durch einseitig gestellte Vertragsbestimmungen. Allgemeine Geschäftsbedingungen dürfen dem Vertragspartner nicht solche Rechte entziehen oder einschränken, die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck zu gewähren hat (BGHZ 89, 363, 367; 103, 316, 324).

27 bb) Die Bestimmung ist hier nicht einschlägig, weil die in § 1a begründete Verpflichtung des Pächters, bei Pachtende Ansprüche auf eine Subvention zu übertragen, die vertragswesentlichen Rechte des Pächters zum Gebrauch und zur Fruchtziehung (§ 585 Abs. 2 i.V.m. § 581 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht berührt. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn man bei Landpachtverträgen die Befugnis des Pächters, auf Grund der Nutzung der Pachtsache Subventionen zu beziehen, als einen wesentlichen Teil des Rechts des Pächters zur Fruchtziehung ansieht, wenn dem Pächter dieses Recht für die Pachtzeit nicht streitig gemacht wird (vgl. Senat, BGHZ 115, 162, 168). Der Zweck eines Landpachtvertrags, aus der Bewirtschaftung oder Nutzung des verpachteten Grundstücks pflanzliche oder tierische Erzeugnisse zu gewinnen, wird nicht durch eine vertragliche Bestimmung gefährdet, nach der die während der Pachtzeit auf die Pachtfläche zugeteilten Zahlungsansprüche bei Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht dem Pächter verbleiben, sondern auf den nachfolgenden Bewirtschafter übertragen werden sollen.

28 c) § 1a des Pachtvertrags hält schließlich einer Prüfung im Hinblick auf den Auffangtatbestand für die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) stand. Die Klausel führt auch unter Einbeziehung der Regelungen über den Zahlungsanspruch und des Zwecks der Subvention nicht zu einer den Pächter entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessenen Benachteiligung.

29 Ob eine Klausel den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt und daher nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam ist, ist anhand einer Gesamtwürdigung von Leistungen, Rechten und Pflichten zu entscheiden. Dabei ist auf eine Abwägung der Interessen abzustellen, bei der die typischen Belange der beteiligten Verkehrskreise im Vordergrund stehen (BGHZ 153, 148, 154).

30 Daran gemessen stellt sich eine von dem Verpächter vorformulierte vertragliche Verpflichtung des Pächters, die auf die gepachtete Fläche zugeteilten Zahlungsansprüche in einem dem flächenbezogenen Betrag entsprechenden Umfang unentgeltlich auf den nachfolgenden Bewirtschafter zu übertragen, nicht als eine unangemessene Benachteiligung des Pächters dar.

31 aa) Die Revisionserwiderung weist zwar im Ausgangspunkt zutreffend darauf hin, dass die Vertragsklausel sowohl dem Zweck einer als produktionsunabhängige Einkommensstützung konzipierten Beihilfe als auch den Regelungen in den der Subventionsgewährung zugrunde liegenden Verordnung – (EG) 1782/2003; jetzt (EG) 73/2009 – widerspricht, nach denen die Zahlungsansprüche auch über die Vertragszeit hinaus vom Bewirtschafter durch Aktivierung auf anderen Flächen oder durch Veräußerung an andere Erzeuger genutzt werden können (so auch AG Neuruppin NL-BzAR 2008, 462, 465). Der Senat schließt sich aber nicht ihrer Auffassung an, dass es – jedenfalls bei den Pachtverträgen über landwirtschaftliche Flächen – keine als berechtigt anzuerkennenden Interessen des Verwenders für eine von dem Leitbild des Subventionsrechts abweichende Vertragsgestaltung gibt.

32 bb) Aus Verpächtersicht gibt es mehrere Gründe für eine vom Leitbild des Subventionsrechts abweichende Vertragsgestaltung, nach der die auf die Pachtfläche zugeteilten Zahlungsansprüche dem Pächter nach Beendigung des Pachtverhältnisses verbleiben.

33 (1) Die davon abweichende vertragliche Bestimmung sichert – das gilt für Landpachtverträge ebenso wie für Betriebsverpachtungen – das Interesse des Verpächters an einer durch einen Pächterwechsel möglichst nicht beeinträchtigten Fortsetzung der Bewirtschaftung der Pachtsache (vgl. Senat, Urt. v. 24. April 2009, LwZR 11/08, NL-BzAR 2009, 371, 375 [= GuT 2010, 104]). Der nachfolgende Bewirtschafter kann, wenn der frühere Pächter ihm die auf die Pachtgrundstücke als beihilfefähige Fläche zugeteilten Zahlungsansprüche unentgeltlich überträgt, die Flächen weiter bewirtschaften, ohne sich – in der Regel gegen Entgelt – von Dritten entsprechende Zahlungsansprüche für den Erhalt von Subventionen verschaffen zu müssen.

34 (2) Die Vertragsbestimmung fängt zudem die wirtschaftlichen Nachteile auf, die für den Verpächter ohne die Klausel durch den auf einen Stichtag bezogenen Systemwechsel von den früheren, bei Pachtende zu übertragenden produktionsbezogenen Beihilfen auf die davon unabhängigen Zahlungsansprüche entstünden. Gerade bei einer – auch hier vorliegenden – kurzfristigen Verpachtung ergeben sich für den Pächter andernfalls Einbußen bei erneuter Verpachtung oder Verkauf der Pachtflächen, weil ein Nachfolgepächter oder Erwerber in der Regel nur zur Zahlung eines geringeren Entgelts bereit sein wird, wenn der Verpächter/Veräußerer ihm die zum Erhalt von Beihilfen berechtigenden Zahlungsansprüche nicht übertragen kann.

35 cc) Eine auf den flächenbezogenen Betrag begrenzte Pflicht des Pächters, bei Beendigung des Pachtverhältnisses die ihm auf die gepachtete Fläche zugeteilten Zahlungsansprüche unentgeltlich auf den Nachfolgepächter zu übertragen, stellt sich auch unter Berücksichtigung der für ihn dadurch eintretenden Einbußen nicht als eine unangemessene, den Geboten von Treu und Glauben widersprechende Benachteiligung des Pächters dar. Dieser wird durch die vertragliche Verpflichtung nicht über Gebühr belastet, wenn er den auf die Pachtfläche bezogenen Anteil der Ansprüche auf eine Subvention an einen Nachfolger übertragen muss, für den er nichts aufgewendet hat (vgl. v. Jeinsen, AUR 2007, 366, 367) und die nicht – wie der betriebsindividuelle Betrag – im Hinblick auf das ihm gehörende Vermögen zugewiesen worden sind.

36 III. Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und zur Zurückweisung der Berufung der Beklagten.

37 Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Auskunft über die Anzahl und die Höhe der ihr auf die bewirtschafteten Flächen zugeteilten Zahlungsansprüche unter Vorlage des Zuteilungsantrags und des -bescheids zu. Das Amtsgericht hat die von der Beklagten in § 1a Abs. 2 des Pachtvertrags übernommene Verpflichtung, alle für die Entstehung und die Übertragung der Zahlungsansprüche auf den nachfolgenden Bewirtschafter erforderlichen Erklärungen abzugeben, so ausgelegt, dass die Beklagte der Klägerin auch die für die Bestim-

mung des Umfangs der zu übertragenden Ansprüche notwendigen Auskünfte zu erteilen hat. Rechtliche Bedenken gegen die tatrichterliche Vertragsauslegung bestehen nicht.

38 Der Auskunftsanspruch ist nicht dadurch erfüllt worden, dass die Beklagte im Rechtsstreit mitgeteilt hat, dass sie die Pachtfläche in eine aus ihr und ihrem Ehemann bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingebracht und persönlich weder Zahlungsansprüche beantragt noch zugeteilt erhalten habe. Da die Beklagte sich im Pachtvertrag zur Übertragung der Zahlungsansprüche auf den nachfolgenden Bewirtschafter verpflichtet hat, schuldet sie der Klägerin die Übertragung eines Anteils der der Gesellschaft auf die eingebrachte Fläche zugeteilten Zahlungsansprüche und hat der Klägerin die zur Berechnung und Durchsetzung dieses Anspruchs erforderlichen Auskünfte zu erteilen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. OLG Naumburg GuT 2010, 237.

Teileigentum

§§ 13, 15 WEG; § 1004 BGB
Vermietung der Eigentumswohnung an wechselnde Feriengäste

Die kurzfristige Vermietung der 1 1/2 Zimmer Eigentumswohnung an bis zu vier Feriengäste ist Wohngebrauch. Beeinträchtigungen anderer Eigentümer durch die konkrete Ausgestaltung der Vermietung sind im Umfang des unvermeidlichen Maßes bei geordnetem Zusammenleben hinzunehmen.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 12. 11. 2010 – V ZR 78/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergemeinschaft in Berlin, nach deren Teilungserklärung ein Gewerbebetrieb oder ein Beruf in den Wohnungen nur mit Zustimmung des Verwalters ausgeübt werden darf. Der Beklagte bietet seine Eigentumswohnung, die 1,5 Zimmer hat, zur kurzfristigen Vermietung an bis zu vier Feriengäste an. Dagegen wendet sich der Kläger, der seine Wohnung in der Anlage selbst bewohnt. Er verlangt von dem Beklagten, soweit hier von Interesse, es zu unterlassen, seine Wohnung hotel- und ferienwohnungsähnlich gewerblich zwischenzuvermieten, insbesondere Mietverhältnisse unter drei Monaten Dauer einzugehen. Das Amtsgericht Schöneberg hat der Klage insoweit stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Revision verfolgt er seinen Antrag, die Klage auch insoweit abzuweisen, weiter. Der Kläger beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

2 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, der Beklagte sei nach § 15 Abs. 3 WEG, § 1004 Abs. 1 BGB verpflichtet, die kurzfristige Vermietung seiner Wohnung an Feriengäste zu unterlassen. Diese Form der Nutzung sei keine Wohnnutzung mehr. Sie sei auch nicht mit der Zweckbestimmung „Wohnnutzung“ vereinbar. Sie lasse bei der gebotenen abstrakten Betrachtungsweise Störungen wie die nicht ordnungsgemäße Entsorgung von Müll, das Abstellen von Gepäck auf den im Gemeinschaftseigentum stehenden Flächen und deren stärkere Abnutzung befürchten. Auch mindere diese Nutzung den wirtschaftlichen Wert des Wohnungseigentums und die Wohnqualität. Diese Nachteile überstiegen das im Interesse eines gedeihlichen Zusammenlebens hinzunehmende Maß.

3 II. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

4 1. Der Beklagte hat die kurzfristige Vermietung seiner Wohnung an Feriengäste in dem zuerkannten Umfang nach den hier allein in Betracht kommenden Vorschriften von § 15 Abs. 3 WEG, § 1004 Abs. 1 BGB nur zu unterlassen, wenn diese Nutzung entweder keine Wohnnutzung ist und sich auch nicht in dem durch den Wohnzweck vorgegebenen Rahmen hält oder wenn sie zwar Wohnnutzung ist, den anderen Wohnungseigentümern aber durch diese Nutzung als solche über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil erwächst. Wie der Senat – allerdings erst nach Verkündung des Berufungsurteils – entschieden und im Einzelnen dargelegt hat, sind diese Voraussetzungen bei der kurzfristigen Vermietung einer Eigentumswohnung an Feriengäste nicht gegeben (Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 72/09, NJW 2010, 3093 [= GuT 2010, 44]; vgl. auch Urteil vom 1. Oktober 2010 – V ZR 220/09, WuM 2010, 716 [= GuT 2010, 373]). Er hat sich auch mit den von dem Berufungsgericht für seine gegenteilige Ansicht angeführten Gesichtspunkten auseinandergesetzt (Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 72/09, aaO S. 3095 [= GuT 2010, 44] Rn. 17 ff.). Auf diese Ausführungen wird Bezug genommen.

5 2. Die Verurteilung des Beklagten erweist sich auch nicht aus einem anderen Gesichtspunkt als richtig.

6 a) Die konkrete Ausgestaltung der kurzfristigen Vermietung einer Wohnung an Feriengäste kann zwar – etwa durch die von dem Berufungsgericht angesprochene nicht ordnungsgemäße Entsorgung von Müll, das Abstellen von Gepäck auf den im Gemeinschaftseigentum stehenden Flächen oder durch dessen übermäßige Abnutzung – für die anderen Wohnungseigentümer Nachteile haben, die über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgehen. Das führte aber nur dazu, dass der betroffene Wohnungseigentümer nach § 15 Abs. 3 WEG, § 1004 Abs. 1 BGB von jedem anderen Wohnungseigentümer darauf in Anspruch genommen werden könnte, die konkrete Ausgestaltung der Vermietung zu ändern und die Beeinträchtigungen abzustellen (Senat, Urteil vom 15. Januar 2010, aaO S. 3095 f. [= GuT aaO] Rn. 23). Einen solchen Anspruch macht der Kläger hier jedoch nicht geltend. Der von ihm geltend gemachte Anspruch, die kurzfristige Vermietung der Wohnung an Feriengäste ganz, also auch in störungsfreier Ausgestaltung, einzustellen, ergibt sich aus solchen Störungen nicht.

7 b) Ob etwas anderes gälte, wenn die konkrete Ausgestaltung einer Vermietung einer Eigentumswohnung an Feriengäste zu wiederholten gröblichen Verstößen gegen die Pflichten aus § 14 WEG im Sinne von § 18 Abs. 2 Nr. 1 WEG führt, braucht hier nicht entschieden zu werden. Das wird nicht behauptet.

8 c) Ein Unterlassungsanspruch des Klägers lässt sich schließlich auch nicht daraus herleiten, dass die Zustimmung des Verwalters zu der Vermietung nicht eingeholt worden ist. Dieser bedürfte es nach der Teilungserklärung nur, wenn die kurzfristige Vermietung einer Wohnung an Feriengäste eine gewerbliche oder berufliche Nutzung der Wohnung wäre. Das ist indessen nicht der Fall (vgl. Senat, Urteil vom 15. Januar 2010, aaO S. 3095 [= GuT aaO] Rn. 17).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Wettbewerb

Internet – Umschau Februar 2011

Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

rheingau.de – ohne Namensrecht keine Domain

Das Landgericht Frankfurt am Main sah sich im Streit um den Domain-Namen rheingau.de vor die Frage gestellt, ob und wie eine Zweckgemeinschaft Träger eines Namens sein kann, welcher der Bezeichnung einer Region entspricht, und ob der die Region beschreibende Begriff „Rheingau" Namensfunktion haben kann (Urteil vom 29.09. 2010, Az.: 2-06 O 167/10).

Klägerin ist ein seit 1994 tätiges IT-Serviceunternehmen, das Inhaberin der Domain rheingau.de ist, welche von der Unternehmung Klickrhein betrieben wird und unter der sich Hotels, Restaurants und Sehenswürdigkeiten des Rheingau beworben werden. Die Beklagte ist ein am 27. Februar 2007 gegründeter Zweckver band von sieben Kommunen aus der Region Rheingau sowie weitere Organisationen, die die Domain zweckverband-rheingau.de betreiben, die von Klickrhein betreut wird. Die Beklagte mahnte die Klägerin als Inhaberin der Domain rheingau.de ab. Dem widersprach die Klägerin und erhob eine negative Feststellungsklage. Sie meint, seit 1998 Inhaberin der Domain zu sein, und der Anspruch der Beklagten könne sich nur gegen die Betreiberin des Angebots, die Klickrhein, richten. Die Beklagte erhob Widerklage gegen die Klägerin und Drittwiderklage gegen Klickrhein; sie verlangt unter anderem die Freigabe des Domain-Namens rheingau.de, weil die Klägerin die Domain erst 2007 registriert habe und ihre Namensrechte verletze.

Das Landgericht Frankfurt/M bestätigte den Antrag der Klägerin und wies die Wider- und die Drittwiderklage ab (Urteil vom 29. 09. 2010, Az.: 2-06 O 167/10). Das Landgericht geht davon aus, dass die ursprüngliche negative Feststellungsklage begründet war, da der Beklagten weder aus eigenem noch aus fremden Recht bessere Namensrechte an dem Domain-Namen rheingau.de zustünden. Grundsätzlich könne sie als juristische Person Namensschutz erlangen, aber der Begriff „Rheingau" stehe ihr nicht zu, da dieser als geographische, beschreibende Bezeichnung auf eine Landschaft hinweise. Der Rheingau sei keine eigenständige Gebietskörperschaft; die Beklagte selbst sei keine Gebietskörperschaft, sondern ein Zweckverband. Rheingau selbst ist lediglich die beschreibende Bezeichnung eines geographischen Raumes, einer Region, aber nicht einer Körperschaft. Auch dass der RheingauTaunus-Kreis zur Zweckgemeinschaft Rheingau zählt, der als Körperschaft Namensträger sein kann, sichert nicht das Namensrecht an „Rheingau", weil die Körperschaft allein Träger des vollständigen Namens Rheingau-Taunus-Kreis und nicht eines Teils desselben ist. Die Beklagte konnte kein besseres Recht aufbieten, womit weitere rechtliche Fragen, wie zum Beispiel die nach Domain-Grabbing, für das Gericht obsolet waren.

Die Entscheidung des LG Frankfurt/M zeigt eine kleine Facette in der Rechtsprechung über Regionen, Gebietskörperschaften und Namensrecht. Während das Urteil schlaubetal.de vom Brandenburgischen Oberlandesgericht (Urteil vom 12. 06. 2007, Az.: 6 U 123/06) sicher stellte, dass, soweit ein Namen als geographische Bezeichnung genutzt wird und nicht als Name, keine namensrechtlichen Unterlassungsansprüche bestünden, weist das Landgericht schon an der Frage, ob überhaupt ein Namensrecht seitens des Anspruchstellers besteht, die (Wider)Klage zurück.

Das Urteil des LG Frankfurt/M findet man unter:
http://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT_MIR_2010_140.pdf

Das Urteil des Brandenburgischen Oberlandesgerichts findet man unter: http://www. aufrecht.de/index.php?id=5355

LG Hamburg – Internet-Café haftet als Störer

Das Landgericht Hamburg hat in einem einstweiligen Verfügungsverfahren die Haftung des Betreibers eines Internet-Cafès angenommen, nachdem ein Kunde einen Film ohne Einverständnis des Rechteinhabers per Filesharing öffentlich zugänglich gemacht hatte (Beschluss vom 25. 11. 2010, Az.: 310 O 433/10). Die Frage der örtlichen Zuständigkeit des Landgerichts war nicht von Belang, genauso wie andere Umstände des Falles, die man hätte berücksichtigen sollen.

Die Antragstellerin ist die Inhaberin der ausschließlichen Nutzungsrechte hinsichtlich eines Films. Sie konnte glaubhaft machen, dass über das WLAN des Antragsgegners über eine Filesharingsoftware dieser Film ohne Einverständnis der Antragstellerin online für Dritte zugänglich gemacht wurde. Der Antragsgegner betreibt ein Internet-Café. Vorgerichtlich machte er geltend, die Rechtsverletzung sei durch einen Kunden seines Internet-Cafés begangen worden. Da der Café-Inhaber wohl keine Unterlassungserklärung unterschreiben wollte, wandte sich die Antragstellerin an das Landgericht in Hamburg und erwirkte eine einstweilige Verfügung.

Die einstweilige Verfügung erging ohne mündliche Verhandlung. Das Landgericht Hamburg geht ganz selbstverständlich davon aus, dass es örtlich zuständig sei. Bei unerlaubten Handlungen sei der Begehungsort maßgebend (§ 32 ZPO), und das sei jeder Ort, an dem auch nur eines der wesentlichen Tatbestandsmerkmale des Delikts verwirklicht worden ist, also auch der Erfolgsort. Da der in das Internet gestellte Film auch in Hamburg aufgerufen werden konnte und zudem auch hiesige Nutzer ansprach, sei das Landgericht Hamburg örtlich zuständig. In der Sache verbot das Gericht auf die Glaubhaftmachungen der Antragstellerin hin dem Antragsgegner, einen bestimmten Film auf einem Computer zum Abruf durch andere Teilnehmer von Filesharing-Systemen bereit zustellen und damit der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Der Anschlussinhaber hafte für die Rechtsverletzung im Rahmen der Störerhaftung verschuldensunabhängig auf Unterlassung. Das Gericht ging davon aus, dem Inhaber des Internetanschlusses seien Maßnahmen möglich und zumutbar, solche Rechtsverletzungen zu verhindern, etwa in dem er entsprechende Ports, die zum Filesharing geeignet sind, sperrt. Dass der Antragsgegner solche Maßnahmen nicht ergriffen habe, ergäbe sich bereits aus der hier vorliegenden Rechtsverletzung. Und dass die Wiederholung drohe, ergebe sich aus der Natur der Sache.

So weit, so klar die Entscheidung aus Hamburg. Indes scheint hier einiges im Argen zu liegen. Dass die Frage der örtlichen Zuständigkeit nicht mehr unreflektiert übergangen werden kann, machen die in den vergangenen Jahren sich häufenden Entscheidungen anderer Gerichte deutlich, die die Zuständigkeit in Internetstreitigkeiten begrenzen. Wobei man in diesem Fall akzeptieren muss, dass der Ort des Internet-Cafés nicht genannt wird. Doch gibt nicht nur die standardisierte und unreflektierte Annahme der Zuständigkeit zu denken. Dass es sich bei dem Störer um den Betreiber eines Internet-Cafés handelt, der gerade seinen Internetanschluss gegen Geld zur Verfügung stellt, sollte zumindest die Erwägung nach sich ziehen, ob er nicht die Haftungsprivilegierung des § 8 TMG wie ein Internet-Service-Provider genießt. Und macht man sich diesen Umstand klar, ist das Argument des Gerichts, der Betreiber des Internet-Cafés müsse die Filesharing-Ports sperren, hinfällig: Das Argument setzt voraus, dass jedweder Upload per Filesharing rechtswidrig ist, was sicher nicht zutrifft. Darüber hinaus liegt aber gerade in der zur Verfügungstellung dieser Ports – für legale Up- und Downloads – ein Teil des Internet-Café-Geschäfts. Deren Sperrung kann also gerade nicht vom Antragsgegner verlangt werden. Alles in allem stellt sich das Landgericht mit dieser lapidaren Entscheidung einmal mehr in ein schlechtes Licht.

Den Beschluss des Landgericht Hamburg findet man unter: http://openjur.de/u/82969.html

LG Frankfurt/M – Hotel haftet nicht als Störer

Hatten wir zuvor eine abwegige Entscheidung des LG Hamburg besprochen, so bieten wir diesmal eine vernünftige und angemessene Entscheidung zur Frage der Haftung eines Internetanschluss-Inhabers des Landgericht Frankfurt/M (Urteil vom 18. 08. 2010, Az.: 2-6 S 19/09). Danach haftet der Betreiber eines Hotels, der seinen Gästen freien Internetanschluss anbietet, nicht für rechtswidriges Nutzerverhalten.

Der Kläger, ein Hotelbesitzer, macht gegen die Beklagte den Ersatz von Anwaltskosten geltend. Die Beklagte, Inhaberin von Urheberrechten, mahnte den Kläger im August 2008 ab, weil über den von ihm betriebenen Internetanschluss ein Werk der Beklagten auf einem Computer zum Abruf durch andere Teilnehmer einer Tauschbörse bereit gestellt und damit der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde. Der Abmahnung hat der Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 27. August 2008 widersprochen und die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 04. September 2008 zum Ersatz der damit verbundenen Kosten aufgefordert. Darauf ging die Beklagte nicht ein, so dass der Kläger Klage vor dem Amtsgericht Frankfurt/M erhob. Das AG Frankfurt/M wies die Klage ab (Urteil vom 25.09. 2009, Az.: 31 C 2667/08-16). Es stellte fest, dass der Kläger seinen Gästen einen Internet-Zugang über ein drahtloses, unstreitig sicherheitsaktiviertes und zudem verschlüsseltes Netzwerk anbietet und diese zuvor auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften hinweist. Zudem war unstreitig, dass der Upload des Werkes weder durch den Kläger selbst noch durch dessen eigene Angestellte erfolgte. Gleichwohl meinte das Gericht, dass der Kläger hafte. Gegen die Entscheidung legte der Kläger Berufung ein.

Das nun zuständige Landgericht Frankfurt/M kam in der zweiten Instanz zu dem Ergebnis, dass dem Kläger gegen die Beklagte ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB zusteht, da die Beklagte durch die Abmahnung des Klägers schuldhaft in dessen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingriff. Die Haftung des Klägers kam schon deshalb nicht in Betracht, da weder der Kläger noch dessen Angestellte ein Werk der Beklagten auf einem Computer zum Abruf durch andere Teilnehmer einer Tauschbörse bereitstellten und damit der Öffentlichkeit zugänglich machten noch solches unterstützten. Auch eine Haftung als Störer kam nicht in Betracht, da der Kläger seine Gäste auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben hinwies. Eine weitere Prüfungspflicht vor einer ersten Rechtsverletzung bestand aufgrund der Verschlüsselung des Funknetzwerks nicht. Die Beklagte mahnte den Kläger ab, ohne zuvor die Sach- und Rechtslage zu prüfen, womit sie jedenfalls fahrlässig und damit schuldhaft handelte.

Im Detail begründet das LG Frankfurt/M seine Entscheidung – unter Verweis auf den BGH – damit, dass eine IP-Adresse keinem konkreten Nutzer, sondern lediglich einem Anschlussinhaber zuzuordnen sei, der grundsätzlich berechtigt ist, beliebigen Dritten Zugriff auf seinen Internetanschluss zu gestatten. Deshalb gäbe die IP-Adresse bestimmungsgemäß keine zuverlässige Auskunft über die Person, die zu einem konkreten Zeitpunkt einen bestimmten Internetanschluss nutzt, womit die Grundlage dafür fehle, den Anschlussinhaber im Wege einer unwiderleglichen Vermutung so zu behandeln, als habe er selbst gehandelt. Der Kläger, hier als Betreiber eines Hotels, das als Service sein WLAN den Gästen zur Verfügung stellt, hafte per se auch nicht für seine Gäste oder sonstige Dritte. Die Beklagte, die von dem Hotelbetrieb wusste, hätte sich deshalb zunächst sichere Kenntnis verschaffen müssen, beispielsweise indem sie den Kläger zunächst auf den vermeintlichen Veröffentlichungstatbestand hinweist und zur Stellungnahme auffordert. So hätte die Beklagte den Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und die sich daraus ergebende Haftung vermeiden können.

Die Entscheidung steht in deutlichem Gegensatz zum letzte Woche besprochenen Beschluss des LG Hamburg. Aufgrund des Umgangs mit der Sachlage, der Position des Klägers als Anbieter einer Dienstleistung gegenüber seinen Kunden, wird die Haftungsfrage nach hinten verlagert und für den Fall der Kenntnis von der Rechtsverletzung relevant. Im Grunde hat der Kläger alles richtig gemacht. Leider ist das Gericht nicht dezidiert auf das Argument des Klägers, das Hotel sei gemäß § 8 TMG haftungsprivilegiert, eingegangen. Jedoch spricht vieles dafür, dass auch in diesem Bereich die Rechtsprechung sich jetzt bewegt, hin zu einer der Sachlage angemesseneren Lösung.

mailto: dingeldey@domain-recht.de
mailto: RA@daniel-dingeldey.de

§§ 824, 823 BGB
Kreditgefährdung; Bonitätsbeurteilung; Inkasso-Dienst; Wirtschaftsauskunftei; Gaststättengewerbe; Objektverwaltung; Eingriff in den Gewerbebetrieb

a) Bonitätsbeurteilungen begründen, soweit es sich um Meinungsäußerungen handelt, in der Regel keine Ansprüche aus § 824 BGB.

b) Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb scheiden grundsätzlich aus, wenn die als Meinungsäußerung zu qualifizierende Bonitätsbeurteilung auf einer zutreffenden Tatsachengrundlage beruht.

(BGH, Urteil vom 22. 2. 2011 – VI ZR 120/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin führt seit 2005 ein Unternehmen, welches u. a. die Verwaltung und den Betrieb von gastronomischen Objekten zum Gegenstand hat. Die Beklagte ist als Inkassounternehmen tätig und erteilt Wirtschaftsauskünfte. Die Klägerin verlangt von der Beklagten Unterlassung der negativen Bonitätsbeurteilung „500“ verbunden mit der Einschätzung ihrer Zahlungsweise als „langsam und schleppend, Creditreform-Inkasso-Dienst wurde eingeschaltet“, Löschung dieser Beurteilung im Datenbestand und Schadensersatz in Höhe von 54.265,75 € zzgl. Nebenforderungen (Zinsen und außergerichtliche Rechtsanwaltskosten). Der Bonitätsbeurteilung lagen vier Forderungen gegen die Klägerin in Höhe von 361,92 €, 205,10 €, 352,92 € und 214,20 € zugrunde.

2 Die Klägerin hält die Bonitätsbewertung für fehlerhaft. Die Beklagte hat insbesondere vorgetragen, in allen vier Fällen sei der Zahlung die Einschaltung eines Inkassodienstes vorausgegangen; die Bonitätsbewertung erfolge mittels eines anerkannten Verfahrens, bei dem nicht nur das Zahlungsverhalten des Schuldners, sondern insgesamt 15 Auskunftsmerkmale berücksichtigt würden.

3 Das Landgericht Erfurt hat die Klage abgewiesen. Dagegen hat die Klägerin Berufung eingelegt. In der Folge erteilte die Beklagte eine neue Kreditauskunft, in der der Bonitätsindex mit „363“ und die Zahlungsweise der Klägerin mit „meist innerhalb vereinbarter Ziele, teils auch länger“ angegeben wurde. In der mündlichen Verhandlung beim Berufungsgericht [OLG Jena] haben die Parteien den Rechtsstreit wegen des Unterlassungsantrags und der Folgeanträge übereinstimmend für erledigt erklärt und nur noch hinsichtlich des Zahlungsantrags streitig verhandelt. Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin unter Auferlegung der Kosten zurückgewiesen. Dagegen hat die Klägerin die – vom Berufungsgericht zugelassene – Revision eingelegt.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

5 Hinsichtlich der nach § 91a ZPO zu treffenden Entscheidung gelte Folgendes: Der Klägerin habe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nebst Folgeansprüchen unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zugestanden. Ein Anspruch aus den §§ 824 Abs. 1, 1004 Abs. 1 BGB scheide aus, weil die Beklag-

te keine Tatsachenbehauptungen, sondern Meinungsäußerungen verbreitet habe. Jedenfalls hätten die der Bonitätsbewertung zugrunde liegenden Tatsachen der Wahrheit entsprochen. Zu Recht habe das Landgericht auch einen Anspruch aus § 826 BGB verneint; die Bonitätsbeurteilung habe auf wahren bzw. unbestritten gebliebenen Tatsachen beruht. Schließlich scheide ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus. Hinsichtlich dieser beiden Anspruchsgrundlagen werde auf die Ausführungen zu § 824 BGB Bezug genommen. Danach sei ein Schadensersatzanspruch zu verneinen, da die tatbestandlichen Voraussetzungen der drei genannten Anspruchsgrundlagen nicht vorlägen. Insoweit werde auf die Ausführungen zum erledigten Teil der Klage verwiesen.

6 II. Die Revision ist unbegründet.

7 1. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Klägerin im Hinblick auf die Teilerledigungserklärung nach billigem Ermessen nur summarisch geprüft. Dafür gibt es keinen Anhaltspunkt. Das Berufungsgericht hat den Tatsachenvortrag der Klägerin unter den in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten schon hinsichtlich des für erledigt erklärten Teils der Klage vollumfänglich geprüft und durfte auf diese Ausführungen hinsichtlich des verbleibenden Zahlungsantrags Bezug nehmen.

8 2. Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Klägerin aus § 824 Abs. 1 BGB, weil sich die Klägerin nicht gegen Tatsachenbehauptungen, sondern gegen ein Werturteil wende und weil die zugrunde liegenden Tatsachen wahr seien. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

9 a) Nach § 824 Abs. 1 BGB hat derjenige, der der Wahrheit zuwider eine Tatsache behauptet oder verbreitet, die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen, dem anderen den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen, wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muss. Absatz 2 bestimmt, dass durch eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt ist, dieser nicht zum Schadensersatz verpflichtet wird, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat. Die Vorschrift setzt danach voraus, dass unwahre Tatsachen mitgeteilt werden, nicht bloß Werturteile. Vor abwertenden Meinungsäußerungen und Werturteilen bietet § 824 Abs. 1 BGB hingegen keinen Schutz (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 = VersR 2006, 1219 Rn. 62 – „Kirch“). Die Abgrenzung von Tatsachen und Werturteilen ist bei der Anwendung des § 824 BGB ebenso vorzunehmen wie in sonstigen Zusammenhängen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 – XI ZR 384/03, BGHZ 166, 84 = VersR 2006, 1219 Rn. 63 – „Kirch“; MünchKomm-BGB/Wagner, 5. Aufl., § 824 Rn. 14).

10 Wesentlich für die Einstufung als Tatsachenbehauptung ist, ob die Aussage einer Überprüfung auf ihre Richtigkeit mit den Mitteln des Beweises zugänglich ist (vgl. z. B. Senatsurteile vom 30. Januar 1996 – VI ZR 386/94, BGHZ 132, 13, 21 = VersR 1996, 597, 598; vom 11. März 2008 – VI ZR 7/07, VersR 2008, 793, Rn. 14, 24 [= GuT 2008, 226 KL]; vom 17. November 2009 – VI ZR 226/08, VersR 2010, 220 Rn. 15).

11 Die durch eine Zahl repräsentierte Bonitätsbeurteilung eines Unternehmens stellt im Allgemeinen eine Bewertung dar, die auf Tatsachen beruht. Diese werden nach vorgegebenen Bewertungskriterien gewichtet und fließen so in das letztendlich abgegebene Werturteil ein, das aber dadurch nicht selbst zu einer Tatsachenbehauptung wird. Dies ist nur dann der Fall, wenn bei der Äußerung aus Sicht des Empfängers die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens gegenüber den zugrunde liegenden Tatsachen in den Hintergrund treten.

12 Dem entspricht die Rechtsprechung des erkennenden Senats, wonach bei Kollisionen zwischen dem Recht der Meinungsäußerungsfreiheit und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht dort, wo Tatsachenbehauptungen und Wertungen zusammenwirken, grundsätzlich der Text in seiner Gesamtheit von der Schutzwirkung des Art. 5 Abs. 1 GG erfasst wird, weil im Fall einer engen Verknüpfung der Mitteilung von Tatsachen und ihrer Bewertung der Grundrechtsschutz der Meinungsfreiheit nicht dadurch verkürzt werden darf, dass ein tatsächliches Element aus dem Zusammenhang gerissen und isoliert betrachtet wird (vgl. hierzu Senatsurteile vom 30. Januar 1996 – VI ZR 386/94, BGHZ 132, 13, 21 = VersR 1996, 597, 598; vom 16. November 2004 – VI ZR 298/03, VersR 2005, 277, 279; vom 3. Februar 2009 – VI ZR 36/07, VersR 2009, 555 [= GuT 2009, 314] Rn. 11; vom 17. November 2009 – VI ZR 226/08, aaO).

13 Die durch den Wortlaut des § 824 BGB vorgegebene Beschränkung des Rechtsschutzes gegen unwahre Tatsachenbehauptungen schließt andere Anspruchsgrundlagen nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2006 – XI ZR 384/03, aaO). Beruht die Bonitätsbewertung als Meinungsäußerung auf unzutreffenden Ausgangstatsachen, kommt etwa ein Anspruch des Betroffenen aus § 823 Abs. 1 BGB in Betracht (dazu unten 3).

14 b) Danach ist die Annahme des Berufungsgerichts, bei der Mitteilung des Bonitätsbonus durch die Beklagte handele es sich nicht um eine Tatsachenbehauptung, sondern um eine Meinungsäußerung, nicht zu beanstanden.

15 Die Revision macht ohne Erfolg geltend, bei der Mitteilung des Bonitätsindexes „500“ handele es sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts um eine lediglich in das Gewand einer Meinungsäußerung gekleidete Tatsachenbehauptung, weil dieser Kennzahl die Erläuterung „massive Zahlungsverzüge“ zugeordnet sei.

16 Dem hält die Revisionserwiderung mit Recht entgegen, dass nach dem Vortrag der Beklagten, dem die Klägerin jedenfalls nicht mit Substanz entgegengetreten ist, ihr Bonitätsindex nach der Art von Schulnoten von „100“ bis „600“ reiche und dass sie die entsprechenden Indexzahlen je nach den geschäftlichen und finanziellen Gegebenheiten auf der Grundlage ermittelter Tatsachen wertend vergebe. Die Beklagte habe hierzu vorgetragen, der Bonitätsindex ergebe sich aus fünfzehn unterschiedlich gewichteten Auskunftsmerkmalen, wie z. B. Kapitalausstattung, Umsatz und Produktivität, sowie zusätzlichen insolvenz- und branchenanalytischen Untersuchungen. Insofern sei zu berücksichtigen, dass das Ergebnis der Analyse der von der Klägerin vorgelegten Bilanzen für die Geschäftsjahre 2006 und 2007 alarmierend gewesen sei. Maßgebliche natürliche sowie juristische Personen, von denen in einer Krise hätte erwartet werden können, dass sie das Unternehmen stützten, seien teilweise selbst insolvent gewesen, was gerade bei einer GmbH ins Gewicht falle. Unter diesen Umständen sei es gerechtfertigt gewesen, die aktuelle Bonitätssituation der Klägerin als mangelhaft zu bezeichnen und mit der Indexzahl „500“ zu bewerten. Denn der Bonitätsindex beinhalte eine Bewertung der derzeitigen Lage des Unternehmens und eine Prognose hinsichtlich der zukünftigen Zahlungsfähigkeit; das frühere Zahlungsverhalten stelle insofern lediglich ein Indiz dar.

17 Vor diesem Hintergrund hat das Berufungsgericht auch ohne Rechtsfehler angenommen, dass es sich bei den Bewertungskriterien „massive Zahlungsverzüge“ und Zahlungsweise „langsam und schleppend“ um Meinungsäußerungen handelt. Es ist nicht ersichtlich, dass das Berufungsgericht verkannt haben könnte, dass die Vertragspartner der Beklagten von deren Auskunft wirtschaftliche Entscheidungen abhängig machen wollten. Mit Recht weist die Revisionserwiderung darauf hin, dass es Unternehmen, die Auskünfte einer Wirtschaftsauskunftei über potentielle Vertragspartner einholen, in der Regel gerade nicht auf die Übermittlung einzelner Finanzdaten, sondern auf die zusammenfassende Interpretation solcher Daten ankommt.

18 3. Zutreffend verneint das Berufungsgericht auch einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

19 a) Das Recht am Gewerbebetrieb stellt einen offenen Tatbestand dar, dessen Inhalt und Grenzen sich erst aus einer vor allem die grundrechtlich geschützten Positionen der Beteiligten zu berücksichtigenden Interessen- und Güterabwägung mit der im Einzelfall konkret kollidierenden Interessensphäre anderer ergeben (Senatsurteil vom 21. April 1998 – VI ZR 196/97, BGHZ 138, 311, 318 mwN).

20 Insoweit ist für den Bereich der Wirtschaftsauskünfte im Auge zu behalten, dass zwar das Recht dessen, der derartige Bewertungen abgibt, auf freie Meinungsäußerung aus Art. 5 Abs. 1 GG mit dem Recht des beurteilten Unternehmens aus Art. 12 Abs. 1 GG in Konflikt geraten kann. Dieses Grundrecht schützt aber nicht vor der Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Informationen am Markt, die für das wettbewerbliche Verhalten der Marktteilnehmer von Bedeutung sein können, selbst wenn die Inhalte sich auf einzelne Wettbewerbspositionen nachteilig auswirken; Grundlage der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ist ein möglichst hohes Maß an Informationen der Marktteilnehmer über marktrelevante Faktoren (BVerfGE 105, 252, 265 f. – „Glykol"; BVerfG, NJW-RR 2004, 1710, 1711 – „gerlach-report"). Insbesondere gewährleistet das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten (BVerfGE 106, 275, 298 f. – „Arzneimittelfestbeträge"; BVerfG, NJW-RR 2004, 1710, 1711 – „gerlachreport").

21 Die Erteilung von zutreffenden Bonitätsauskünften ist für das Funktionieren der Wirtschaft von erheblicher Bedeutung. Der erkennende Senat hat bereits entschieden, dass Angaben einer Wirtschaftsauskunftei, die geeignet sind, etwaige Kreditgeber zu einer sorgfältigen Bonitätsprüfung zu veranlassen, für das Kreditgewerbe erforderlich und vom Betroffenen grundsätzlich hinzunehmen sind (Senatsurteil vom 24. Juni 2003 – VI ZR 3/03, NJW 2003, 2904). Nichts anderes gilt, wenn solche Auskünfte auf Nachfrage sonstigen (potentiellen) Geschäftspartnern erteilt werden. Eine Abwägung der widerstreitenden Grundrechte wird in solchen Fällen in der Regel zugunsten einer Zulässigkeit der Bonitätsauskunft ausgehen.

22 b) So liegt es hier. Die Klägerin muss die von der Beklagten erteilte Auskunft „Bonitätsindex 500" hinnehmen. Denn diese beruht auf einer zutreffenden Tatsachengrundlage. Das Berufungsgericht hat verfahrensfehlerfrei festgestellt, dass die dem Bonitätsindex von „500" zugrunde gelegten Tatsachen der Wahrheit entsprachen. Die dagegen erhobenen Rügen der Revision greifen nicht durch.

23 (1) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, das Berufungsgericht gehe von einem verfehlten Beurteilungsgrundsatz aus, weil es sich bei den zunächst nicht beglichenen Forderungen um relativ geringfügige Beträge gehandelt habe; der Hinweis auf „massive Zahlungsverzüge" und die Bezeichnung der Zahlungsweise als „langsam und schleppend" erweckten den Eindruck, das Unternehmen komme seinen Zahlungspflichten in erheblichem Umfang nur langsam und schleppend nach. Damit setzt die Revision ihre Bewertung des Sachverhalts in revisionsrechtlich unzulässiger Weise an die Stelle derjenigen des Tatrichters. Das Berufungsgericht stellt fest, dass gerade die Zahlungsverzögerungen mit relativ geringfügigen Beträgen im Geschäftsverkehr den Anschein erweckt hätten, das Unternehmen sei nicht einmal in der Lage, kleinere Forderungen zu begleichen. Dies begegnet jedenfalls vor dem Hintergrund des oben dargestellten von der Revisionserwiderung aufgezeigten Sachvortrags der Beklagten zu den sonstigen für die Beurteilung der Liquidität der Klägerin negativen Daten, dem die Klägerin nicht konkret entgegengetreten ist, keinen durchgreifenden Bedenken.

24 (2) Ohne Erfolg macht die Revision auch geltend, dass die von der Beklagten für ihre Bewertung herangezogenen Zahlungsverzögerungen von der Klägerin nicht zu vertreten gewesen seien. Selbst wenn man davon ausgehen will, dass es einer Wirtschaftsauskunftei möglich und zumutbar sei, die Vorgänge, die nach außen ersichtlichen Zahlungsverzögerungen zugrunde liegen, zum Zwecke einer Bonitätsprüfung im Einzelnen aufzuklären, durfte das Berufungsgericht im Streitfall annehmen, dass eine Fehlbewertung nach dem von den Parteien vorgetragenen Sachverhalt nicht vorlag.

25 Hinsichtlich der Zahlung an die Rechtsanwälte P. stellt das Berufungsgericht darauf ab, den von der Klägerin vorgelegten Urkunden sei nicht zu entnehmen, dass der Gläubigerin eine Zuordnung der – nach Beauftragung des Inkassobüros geleisteten – Zahlung möglich gewesen sei. Die Revision zeigt keinen bereits dem Tatrichter vorgetragenen Sachvortrag auf, der dieser Annahme entgegenstünde.

26 Hinsichtlich der Zahlung dreier weiterer Rechnungen stellt das Berufungsgericht darauf ab, die von der Klägerin vorgetragene falsche bzw. unvollständige Adressierung der zugrunde liegenden Rechnungen könne nicht die Ursache der Zahlungsverzögerungen sein, weil die Rechnungen nach Einschaltung eines Inkassobüros ohne vorherige Berichtigung der Adressierung beglichen worden seien. Auch das ist eine zumindest vertretbare tatrichterliche Würdigung des Sachverhalts. Die Revisionserwiderung weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Klägerin nicht einmal behauptet hat, gegenüber den Gläubigern wegen der fehlerhaften Adressierung ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht zu haben und dass das Argument der Revision, der Klägerin sei die Zusendung korrigierter Rechnungen zugesagt worden, deshalb ohne Bedeutung ist. Zutreffend weist das Berufungsgericht zudem darauf hin, dass die Bewertung „massive Zahlungsverzüge" nicht im Sinne des § 286 BGB, sondern lediglich im Sinne von Zahlungsverzögerungen verstanden werden müsse, da es nicht Aufgabe einer Wirtschaftsauskunftei sei, ihr zugehende Inkassomeldungen einer juristischen Bewertung zu unterziehen.

27 (3) Schließlich durfte das Berufungsgericht dem von der Klägerin nicht bestrittenen Vortrag der Beklagten weitere Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der der Klägerin zugeteilte Bonitätsindex „500" nicht zu beanstanden ist. Das Berufungsgericht stellt fest, dass im maßgeblichen Zeitraum die Geschäftsführerin und geschäftsführende Gesellschafterin der Parallelgesellschaft YGmbH wegen zweier Haftanordnungen zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung im Schuldnerverzeichnis des Amtsgerichts S. eingetragen gewesen sei und dass der Prokurist der Y-GmbH die eidesstattliche Versicherung abgegeben habe. Die finanzielle Situation der hinter einer Gesellschaft stehenden natürlichen Personen ist für die Beurteilung der Bonität eines Unternehmens ohne Frage von erheblicher Bedeutung. Die Argumentation der Revision verkennt insoweit, dass die Beklagte einen Bonitätsindex, nicht einen lediglich auf Zahlungsverzüge bezogenen Index vergeben hat.

28 4. Bei dieser Sach- und Rechtslage hat das Berufungsgericht auch mit Recht einen Anspruch der Klägerin aus § 826 BGB verneint. Zu dieser Anspruchsgrundlage zeigt die Revision keinerlei möglicherweise durchgreifende Gesichtspunkte auf.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. zu BGH VI ZR 7/07 (o. Rn. 10) jetzt BVerfG GüT 2010, 477 PM („Gen-Milch").

§ 14 InsO
Wettbewerb; rechtsmissbräuchlicher Insolvenzantrag; Konkurrenz

Ein Insolvenzantrag ist als rechtsmissbräuchlich zu erachten, wenn mit dem Insolvenzverfahren der ausschließliche Zweck verfolgt wird, einen Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu entfernen.

(BGH, Beschluss vom 19. 5. 2011 – IX ZB 214/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Gläubigerin beantragte zunächst wegen einer Darlehensforderung in Höhe von – einschließlich Zinsen – 13.296.940,40 € die Eröffnung des Insolvenzverfahrens

über das Vermögen der Schuldnerin. Nachfolgend hat sie den Antrag lediglich auf eine Teilforderung in Höhe von 1.000.000 € gestützt.

2 Das Amtsgericht Leipzig hat nach Einholung eines Gutachtens das Insolvenzverfahren eröffnet. Die von der Schuldnerin dagegen eingelegte sofortige Beschwerde [LG Leipzig] ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Rechtsbeschwerde verfolgt sie ihr Begehren auf Abweisung des Insolvenzantrags weiter.

3 **Aus den Gründen:** II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO, §§ 7, 6 Abs. 1, § 34 Abs. 2 InsO statthafte Rechtsbeschwerde ist unzulässig, weil kein Zulässigkeitsgrund (§ 574 Abs. 2 ZPO) eingreift. Die geltend gemachten Rügen einer Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG sind nicht begründet.

4 1. Soweit die Schuldnerin ein rechtliches Interesse der Gläubigerin an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 14 Abs. 1 InsO) in Abrede stellt, scheidet eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG aus. Insoweit wurde kein entscheidungserhebliches Vorbringen übergangen.

5 a) Der Antrag eines Gläubigers ist gemäß § 14 Abs. 1 InsO nur zulässig, wenn er ein rechtliches Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat. In aller Regel wird einem Gläubiger, dem eine Forderung zusteht und der einen Eröffnungsgrund glaubhaft macht, das rechtliche Interesse an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens schon wegen des staatlichen Vollstreckungsmonopols nicht abgesprochen werden können (BGH, Beschluss vom 29. Juni 2006 – IX ZB 245/05, WPM 2006, 1632 Rn. 7). Ausnahmsweise fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse, wenn der Antrag allein zu dem Zweck gestellt wird, einen Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu entfernen (OLG Frankfurt, ZIP 1984, 195; LG Koblenz, Rpfleger 1975, 318; HK-InsO/Kirchhof, 5. Aufl. § 14 Rn. 31; Pape in Kübler/Prütting/Bork, InsO § 14 Rn. 61; MünchKomm-InsO/Schmahl, 2. Aufl. § 14 Rn. 59). Das Rechtsschutzinteresse entfällt jedoch nur dann, wenn der Gläubiger ausschließlich insolvenzwidrige Zwecke verfolgt. Erstrebt der Gläubiger neben einer quotalen Befriedigung zugleich die Ausschaltung eines zahlungsunfähigen Wettbewerbers, kann ihm ein Rechtschutzinteresse nicht versagt werden (LG Koblenz, aaO S. 319; LG Kempten, MDR 1987, 771, 772; Jaeger/Gerhardt, InsO § 14 Rn. 5; Lang, Das Rechtsschutzinteresse beim Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, 2003 S. 141 ff, 144). Der Nebenzweck, einen insolventen Schuldner an einer weiteren Tätigkeit zu hindern, schließt mit Rücksicht auf den allgemeinen Verkehrsschutz zur Vermeidung einer fortwährenden Gläubigergefährdung das Rechtsschutzinteresse nicht aus (LG Koblenz, aaO; LG Kempten, aaO S. 772; MünchKomm-InsO/Schmahl, aaO § 14 Rn. 60).

6 b) Danach kann der Gläubigerin auch nach Berücksichtigung des Vorbringens der Schuldnerin ein Rechtsschutzinteresse nicht versagt werden. Die Gläubigerin verfolgt mit ihrem Antrag nicht den ausschließlichen Zweck, die Schuldnerin als Konkurrentin auszuschalten.

7 Der Erwerb der Gesellschaftsanteile ist nicht der alleinige Zweck der Antragstellung. Vielmehr verfolgt die Gläubigerin ausweislich der von dem Beschwerdegericht in Bezug genommenen, seitens der Schuldnerin unbeanstandeten Angaben des Insolvenzverwalters mit der Antragstellung außerdem „einen Rückfluss des eingesetzten Kapitals“ und folglich das Ziel einer wenigstens teilweisen Befriedigung ihrer erheblichen Forderungen. Bei dieser Sachlage kann nicht von einem rechtsmissbräuchlichen Antrag ausgegangen werden. Dies gilt auch im Blick auf die Reduzierung der dem Insolvenzantrag zugrunde gelegten Forderung, die auf Kostenerwägungen beruht und nicht dem Ziel dient, eine Teilzahlung der Schuldnerin zu erwirken und wegen weiterer Teilbeträge den Antrag zu wiederholen (vgl. Jaeger/Gerhardt, aaO § 14 Rn. 6; Uhlenbruck, InsO 13. Aufl. § 14 Rn. 46).

8 2. Ebenso bleiben die Gehörsrügen (Art. 103 Abs. 1 GG) ohne Erfolg, mit denen sich die Schuldnerin gegen die Annahme ihrer Zahlungsunfähigkeit (§§ 16, 17 InsO) durch das Beschwerdegericht wendet.

9 a) Soweit die Schuldnerin die Berücksichtigung einzelner gegen sie gerichteter Forderungen beanstandet, sind etwaige Gehörsverstöße bereits nicht entscheidungserheblich.

10 aa) Die Rechtsbeschwerde wendet sich nicht gegen die Würdigung des Beschwerdegerichts, wonach es über die Glaubhaftmachung hinaus keines vollen Nachweises der Forderung der Gläubigerin bedurft habe, weil der Eröffnungsgrund nicht nur aus ihrer Forderung hergeleitet werde. Ernsthafte Zweifel am Bestand dieser Forderung (vgl. BGH, Beschluss vom 29. März 2007 – IX ZB 141/06, WPM 2007, 1132 Rn. 7 ff; vom 8. November 2007 – IX ZB 201/03, ZInsO 2007, 1275 Rn. 3) sind ohnehin nicht gegeben, weil eine Gesellschaft nach Wegfall des Eigenkapitalersatzrechts die Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens nicht verweigern kann und mithin die Kündigung eines solchen Darlehens für sich genommen keinen rechtlichen Bedenken begegnet (vgl. BGH, Beschluss vom 23. September 2010 – IX ZB 282/09, WPM 2010, 2088 Rn. 10). Überdies war auch unter der Geltung des Eigenkapitalersatzrechts die Befugnis des Gesellschafters anerkannt, das Darlehen insbesondere wegen einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse der Gesellschaft aus wichtigem Grund zu kündigen (BGH, Urteil vom 27. November 2000 – II ZR 179/99, WPM 2001, 202, 204). Das Eigenkapitalersatzrecht verbot dem Gesellschafter nur den tatsächlichen Abzug des gekündigten Darlehensbetrags.

11 bb) Da Gesellschafterdarlehen infolge des Fortfalls des eigenkapitalersatzrechtlichen Auszahlungsverbots überdies in die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit einzubeziehen sind (BGH, Beschluss vom 23. September 2010, aaO), ist die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin schon mit Rücksicht auf die Forderung der Gläubigerin ungeachtet der im Rahmen der Rechtsbeschwerde unter dem Gesichtspunkt des Art. 103 Abs. 1 GG beanstandeten sonstigen Forderungen gegeben. Angesichts der Größenordnung dieser Forderung wird die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin nicht dadurch in Frage gestellt, dass einzelne der übrigen gegen sie gerichteten Forderungen nicht fällig oder einredebehaftet sein sollen.

12 b) Ferner scheidet eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG aus, soweit das Beschwerdegericht angenommen hat, dass die Schuldnerin ihre Zahlungsfähigkeit nicht durch die Veräußerung von Anlagevermögen wieder herstellen konnte.

13 Das Beschwerdegericht hat das Vorbringen der Schuldnerin, eine Veräußerung von Betriebsvermögen sei ohne die Gefahr einer Rückforderung von Fördergeldern oder Investitionszulagen in Betracht gekommen, ausweislich der Entscheidungsgründe zur Kenntnis genommen. Es hat sich dieser Rechtsansicht jedoch nicht angeschlossen. Bei dieser Sachlage ist den Anforderungen des Art. 103 Abs. 1 GG genügt. Das Prozessgrundrecht gibt keinen Anspruch darauf, dass sich das Gericht mit Vorbringen einer Partei in der Weise auseinandersetzt, die sie selbst für richtig hält. Aus Art. 103 Abs. 1 GG folgt auch keine Pflicht des Gerichts, der von einer Partei vertretenen Rechtsansicht zu folgen (BGH, Beschluss vom 21. Februar 2008 – IX ZR 62/07, DStRE 2009, 328 Rn. 5 mwN).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

www.gut-netzwerk.de

Fachleute auf den Gebieten Recht, Wirtschaft, Wettbewerb, Steuern, Miete, Leasing, Immobilien, Stadtentwicklung, Architektur, Politik und Kultur

im Netzwerk Gewerbemiete und Teileigentum

Erleichtern Sie Ratsuchenden die Kontaktaufnahme über das GuT-Netzwerk!

§§ 19, 20, 33 GWB
Wettbewerb; Marktzugang; vorgelagerter Markt; Kfz-Vertragswerkstatt; freie Werkstatt; Nutzfahrzeug-Instandsetzung, Wartung; Fahrzeugmarken; Vertriebssystem; Vertragsfreiheit

a) Die Zulassung einer freien Werkstatt zum Vertragswerkstattnetz eines Herstellers von Nutzfahrzeugen betrifft einen dem Endkundenmarkt zur Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Nutzfahrzeuge vorgelagerten Markt.

b) Der vorgelagerte Markt umfasst alle Produkte, Dienstleistungen und Rechte, die den Zutritt auf dem nachgelagerten Markt erleichtern, wie etwa das Angebot von Ersatzteilen, Diagnosegeräten und Spezialwerkzeugen, die Vermittlung der erforderlichen jeweiligen markenspezifischen Fachkenntnisse und die Zulassungen als Vertragswerkstatt für bestimmte Fahrzeugmarken.

c) Dieser vorgelagerte Markt ist markenübergreifend abzugrenzen.

(BGH, Urteil vom 30. 3. 2011 – KZR 6/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin betreibt in Eberswalde, Strausberg, Schwedt und Prenzlau Vertragswerkstätten für die Daimler AG. Außerdem ist sie für dieses Unternehmen im Neuwagengeschäft als Handelsvertreterin tätig. Die Beklagte gehört zum MAN-Konzern, der – ebenso wie der Daimler-Konzern – Nutzfahrzeuge herstellt. MAN unterhält ein internationales Servicenetz, dem unter anderem 28 herstellereigene Niederlassungen, 168 eigene Servicebetriebe und 222 autorisierte Servicewerkstätten angehören.

2 Mit Schreiben vom 29. September 2003 wandte sich die Klägerin an die im MAN-Konzern dafür zuständige Beklagte und bat um Abschluss eines Service-Vertrages als zugelassene MAN-Werkstatt. Nachdem die Beklagte dies abgelehnt hatte, hat die Klägerin die Beklagte auf Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung – hilfsweise auf Abgabe einer Willenserklärung zum Abschluss eines Vertrages über den Vertrieb von MAN-Originalteilen – und auf Feststellung einer entsprechenden Schadensersatzpflicht – hilfsweise auf Schadensersatz – verklagt.

3 Das Landgericht München I hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat den Hauptanträgen mit der Einschränkung stattgegeben, dass die Klägerin Zug um Zug die Erfüllung der von der Beklagten verlangten Standards nachzuweisen habe. Dagegen wendet sich die Beklagte mit ihrer vom erkennenden Senat zugelassenen Revision.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision der Beklagten hat Erfolg und führt zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

5 A. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt (OLG München, BB 2009, 518):

6 Der Anspruch der Klägerin auf Aufnahme in das MAN-Servicenetz ergebe sich aus § 20 Abs. 1 GWB. Danach sei die Ablehnung von Bewerbern für selektive Vertriebssysteme unzulässig, soweit hierin eine sachlich nicht gerechtfertigte Behinderung oder Diskriminierung liege. Die Beklagte sei als marktbeherrschendes Unternehmen Normadressatin des § 20 Abs. 1 GWB. Der räumlich auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkte Markt umfasse in sachlicher Hinsicht die Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Nutzfahrzeuge der Marke MAN. Auf dem so abgegrenzten Markt verfüge die Beklagte, was sie nicht substanziiert bestritten habe, über einen Marktanteil von 30% beziehungsweise von über einem Drittel. Die daran anknüpfende Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 Abs. 3 Satz 1 GWB) habe sie nicht widerlegt.

7 Die Klägerin werde in einem für gleichartige Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr diskriminiert, indem sie von dem Vertriebssystem der Beklagten ausgeschlossen werde. Dass die Klägerin im Neufahrzeugvertrieb und auf dem Kundendienstmarkt bereits für einen Wettbewerber tätig sei, stelle keinen sachlichen Grund für eine Ablehnung dar. Denn bei der Interessenabwägung seien die Wertungen der VO (EG) 1400/2002 vom 31. Juli 2002 (Kfz-GVO 2002) zu berücksichtigen. Nach Art. 5 Abs. 1b Kfz-GVO stehe es einer Freistellung entgegen, wenn ein Lieferant die Zulassung eines Bewerbers mit der Begründung verweigere, dieser sei als Handelsvertreter für eine andere Marke tätig.

8 B. Die Ausführungen des Berufungsgerichts sind nicht frei von Rechtsfehlern.

9 I. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ergibt sich ein Anspruch der Klägerin auf Zulassung als Vertragswerkstatt oder „zugelassene Werkstatt“ i.S. des Art. 1 Abs. 1 Buchst. l Kfz-GVO 2002 bzw. Art. 1 Abs. 1 Buchst. c VO (EU) 461/2010 vom 27. Mai 2010 (Kfz-GVO 2010) zum Werkstattnetz der Beklagten nicht aus § 33 i.V.m. § 19 Abs. 1, 4 Nr. 1, § 20 Abs. 1 GWB. Die Beklagte ist auf dem relevanten Markt nicht marktbeherrschend i.S. von § 19 Abs. 2 GWB.

10 Die Abgrenzung des maßgebenden Marktes ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, da sie wesentlich von den tatsächlichen Gegebenheiten des Marktes abhängt. Das Revisionsgericht kann nur überprüfen, ob der Tatrichter von zutreffenden rechtlichen Maßstäben ausgegangen ist, ob er alle für die Abgrenzung wesentlichen Umstände hinreichend in Betracht gezogen hat und ob seine Entscheidung in Einklang mit den Denkgesetzen und einschlägigen Erfahrungssätzen steht (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 1984 – KVR 5/83, BGHZ 92, 223, 238 – Gruner+Jahr/Die Zeit I; Urteil vom 16. Januar 2007 – KVR 12/06, BGHZ 170, 299 Rn. 13 ff. – National Geographic II). Die Marktabgrenzung im angefochtenen Urteil beruht auf einem unzutreffenden rechtlichen Maßstab.

11 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts betrifft das Klagebegehren nicht den – sachlichen – Endkundenmarkt für die Inanspruchnahme von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Nutzfahrzeuge, sondern den vorgelagerten Markt, auf dem sich die Werkstätten als Nachfrager und die Hersteller von Nutzfahrzeugen und andere Unternehmen als Anbieter von Ressourcen gegenüberstehen, die zur Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsarbeiten eingesetzt werden.

12 a) Nach dem für die Marktabgrenzung maßgeblichen Bedarfsmarktkonzept sind dem relevanten (Angebots-)Markt alle Produkte zuzurechnen, die nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind (BGHZ 170, 299 Rn. 14 – National Geografic II; BGH, Urteil vom 11. November 2008 – KVR 60/07, BGHZ 178, 285 Rn. 15 – E.ON/Stadtwerke Eschwege [= GuT 2008, 465 PM]). Entscheidend ist hierbei die Sicht der Nachfrager auf der betroffenen Stufe. Die Verhältnisse auf einem nachgelagerten Markt können allerdings im Einzelfall Auswirkungen auf die Abgrenzung des vorgelagerten Marktes haben, zum Beispiel wenn eine bestimmte Leistung auf der vorgelagerten Stufe deshalb nicht austauschbar ist, weil sie für eine Teilnahme am Wettbewerb auf der nachgelagerten Stufe schlechthin unentbehrlich ist.

13 Einen vorgelagerten Markt kann es nicht nur beim Vertrieb von Gütern über mehrere Handelsstufen hinweg geben, sondern auch bei der Erbringung von Dienstleistungen oder bei der Einräumung von Rechten. Ist durch eine Industrienorm oder durch ein vergleichbares Regelwerk eine standardisierte, durch Schutzrechte geschützte Gestaltung eines Produkts vorgegeben, so bildet die Vergabe von Rechten, die potentielle Anbieter dieses Produkts erst in die Lage versetzen, das Produkt auf den Markt zu bringen, regelmäßig einen eigenen, dem Produktmarkt vorgelagerten Markt (BGH, Urteil vom 13. Juli 2004 – KZR 40/02, BGHZ 160, 67, 74 – Standard-Spundfass). In seinem – nach Verkündung der angefochtenen Entscheidung ergangenen – Urteil vom 3. März 2009 (KZR 82/07, WuW/E DE-R 2708 Rn. 18 – Reisestellenkarte) hat der Senat angenommen, dem Markt für Reisestellenkarten mit Umsatzsteuerausweis sei ein Markt für die Gestattung des Umsatzsteuerausweises für Reiseleistungen, die über Reisestellenkarten abgerechnet werden

können, vorgelagert. Dies entspricht der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, der etwa zwischen einem Markt für Programmzeitschriften und einem vorgelagerten Markt für die Überlassung von Programminformationen unterscheidet (EuGH, Urteil vom 6. April 1995 – C-241/91 P, Slg. 1995, I-743 = GRUR Int. 1995, 490 Rn. 47 – Magill TV Guide).

14 Die Klägerin will Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Nutzfahrzeuge gegenüber Endkunden anbieten und begehrt von der Beklagten vorgelagerte Leistungen, die dazu dienen sollen, diese Tätigkeit auszuüben. Für die Frage, ob die Beklagte marktbeherrschend ist, sind deshalb die Verhältnisse auf diesem vorgelagerten Markt maßgebend.

15 b) Der vorgelagerte Markt umfasst im Streitfall alle Produkte, Dienstleistungen und Rechte, die den Zutritt auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt zur Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Nutzfahrzeuge erleichtern. Dazu gehören das Angebot von Ersatzteilen, Diagnosegeräten und Spezialwerkzeugen, die Vermittlung der erforderlichen jeweiligen markenspezifischen Fachkenntnisse und die Zulassungen als Vertragswerkstatt für bestimmte Fahrzeugmarken. Dabei bildet die Zulassung als Vertragswerkstatt keinen eigenständigen Markt. Sie ist vielmehr nur eine von mehreren untereinander austauschbaren Ressourcen und stellt damit einen Teil des umfassenderen Marktes dar, auf dem diese Ressourcen angeboten werden.

16 Der Status als Vertragswerkstatt ist nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien erforderlich für die Erbringung von Garantieleistungen, von Kulanzleistungen nach Ablauf der Gewährleistungsfrist und von Leistungen im Rahmen von Rückrufaktionen, nach dem für das Revisionsverfahren als richtig zu unterstellenden Vortrag der Klägerin außerdem noch für Inspektionen innerhalb der Garantiefrist. Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben sich keine hinreichenden Anhaltspunkte für die Annahme, dass dieser Teilbereich einen eigenständigen Markt bildet, der von dem Markt für die Ressourcen zur Erbringung sonstiger Werkstattleistungen abzugrenzen ist.

17 c) Für die Abgrenzung des vorgelagerten Marktes ist im Streitfall unerheblich, ob der nachgelagerte Endkundenmarkt markenbezogen abzugrenzen ist. Zwar kann es aus Sicht eines Endkunden, der beispielsweise eine Garantiereparatur nachfragt, an der Austauschbarkeit fehlen, weil er in aller Regel nicht bereit sein wird, auf die ihm zustehenden Gewährleistungsrechte zu verzichten und die Reparatur stattdessen gegen Vergütung in einer anderen Werkstatt vornehmen zu lassen. Aus der maßgeblichen Sicht des Betreibers einer Reparaturwerkstatt ist jedoch auch die Erbringung derartiger Leistungen nur ein Ausschnitt aus einer Reihe möglicher Dienstleistungen, die sich nicht hinsichtlich des Gegenstandes der erbrachten Leistung unterscheiden, sondern nur hinsichtlich der rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen diese Leistungen erbracht werden. Der Betreiber einer Werkstatt ist auch, soweit er Werkstattleistungen speziell für eine bestimmte Marke anbieten will, nicht darauf angewiesen, diese im Rahmen eines Garantie- oder Kulanzverhältnisses oder einer sonstigen rechtlichen Beziehung zwischen seinem Kunden und dem Hersteller des Fahrzeugs anzubieten, sondern kann sich stattdessen um vergleichbare Aufträge außerhalb dieses rechtlichen Rahmens bemühen. Dass das Angebot von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Nutzfahrzeuge ohne eine Zulassung als Vertragswerkstatt unmöglich oder wirtschaftlich sinnlos wäre, ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich und wird für Fahrzeuge der Marke MAN schon durch den vom Berufungsgericht festgestellten Umstand widerlegt, dass der überwiegende Teil der entsprechenden Werkstattleistungen von freien Werkstätten ausgeführt wird.

18 2. Räumlich hat das Berufungsgericht den relevanten Markt auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland abgegrenzt. Dagegen erheben die Parteien keine Einwände. Aus Rechtsgründen ist dagegen nichts zu erinnern.

19 3. Die Beklagte ist auf dem danach sachlich und räumlich relevanten Markt nicht marktbeherrschend.

20 a) Eine marktbeherrschende Stellung der Beklagten ergibt sich nicht daraus, dass die Zulassung als MAN-Vertragswerkstatt nur mit ihrer Mitwirkung möglich ist. Die Stellung als MAN-Vertragswerkstatt ist aus den oben genannten Gründen keine Ressource, die für den Zugang zum Endkundenmarkt unerlässlich ist.

21 Entgegen der vom Vertreter des Bundeskartellamts in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung reicht es für die Annahme einer beherrschenden Stellung auf dem vorgelagerten Markt nicht aus, dass ein Anbieter über eine Ressource verfügt, die Voraussetzung für die Erbringung einer marktrelevanten Leistung ist – hier zum Beispiel für die Garantie- und Kulanzleistungen. Erforderlich ist vielmehr, dass es sich um eine Ressource handelt, ohne die der Zugang zu dem nachgelagerten Markt nicht oder jedenfalls nicht sinnvoll möglich ist. Einen solchen Zusammenhang hat der Senat beispielsweise für den Fall bejaht, dass eine Reisestellenkarte mit Vorsteuerabzugsmöglichkeit nur dann wettbewerbsfähig ist, wenn sie auch für innerdeutsche Flüge mit der in diesem Bereich führenden Fluggesellschaft genutzt werden kann (BGH WuW/E DE-R 2708 Rn. 28 – Reisestellenkarte). Ein Anbieter von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Nutzfahrzeuge ist, wie bereits dargelegt, hingegen auch dann wettbewerbsfähig, wenn er nicht den Status einer Vertragswerkstatt hat. Die Zulassung als Vertragswerkstatt ist nicht erforderlich, um als Werkstatt auf dem Endkundenmarkt für die Erbringung von Werkstattleistungen erfolgreich tätig werden zu können.

22 b) Eine marktbeherrschende Stellung der Beklagten ergibt sich auch nicht aus ihrer Stellung auf dem Endkundenmarkt für Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen für Nutzfahrzeuge. Die vom Berufungsgericht zu Grunde gelegte Annahme, der MAN-Konzern habe mit seinen Eigen- und Vertragswerkstätten auf dem markenabhängig abgegrenzten Endkundenmarkt für die Wartung und Instandsetzung von MAN-Nutzfahrzeugen einen Marktanteil von „über 30% bzw. über einem Drittel“, reicht für die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung auf dem hier relevanten vorgelagerten Markt nicht aus. Denn dieser Markt ist, wie bereits dargelegt, nicht markenspezifisch abzugrenzen.

23 II. Das angefochtene Urteil kann nicht aus anderen Gründen Bestand haben.

24 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht einen Anspruch auf Zulassung zum Werkstattnetz der Beklagten nicht aus der Kfz-Gruppenfreistellungsverordnung hergeleitet. Daraus kann sich ein derartiger Anspruch schon grundsätzlich nicht ergeben. In der Verordnung sind allein die Voraussetzungen geregelt, unter denen Vertriebsvereinbarungen gruppenweise gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV (= Art. 81 Abs. 3 EG) vom Verbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV freigestellt sind. Zivilrechtlich durchsetzbare Verhaltenspflichten des Fahrzeugherstellers im Hinblick auf Freistellungsvoraussetzungen oder -hindernisse lassen sich daraus nicht herleiten (BGH, Urteil vom 28. Juni 2005 – KZR 26/04, WuW/E DE-R 1621, 1623 f. = NJW-RR 2006, 689 Rn. 21 ff. – Qualitative Selektion).

25 2. Der Klageanspruch ergibt sich auch nicht aus §§ 33, 20 Abs. 2 GWB. Im Verhältnis zur Klägerin ist die Beklagte nicht Adressatin dieser Norm.

26 Die Klägerin steht außerhalb des Vertriebsnetzes der Beklagten. Ihr fehlt deshalb, anders als einem Vertragshändler, der sich ausschließlich an einen Fahrzeughersteller gebunden hat (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 1988 – KZR 20/86, WuW/E 2491, 2493 – Opel-Blitz; Urteil vom 21. Februar 1995 – KZR 33/93, WuW/E 2983, 2988 – Kfz-Vertragshändler), oder einer Vertragswerkstatt, die ihren Geschäftsbetrieb durch erhebliche Investitionen auf einen bestimmten Fahrzeughersteller ausgerichtet hat (vgl. BGH, Urteil vom 9. Februar 2006 – KZR 26/04, WuW/E DE-R 1621 = NJW-RR 2006, 689 Rn. 1, 16 – Qualitative Selektion), eine zur Anwendung des § 20 Abs. 2 GWB führende unternehmensbedingte Abhängigkeit.

27 Auch unter dem Gesichtspunkt der sortimentsbedingten Abhängigkeit bedarf die Klägerin keiner Zulassung zum Servicenetz der Beklagten. Sie kann ohne eine solche Zulassung erfolgreich im Werkstattgeschäft tätig sein. Als Vertragswerkstatt der Daimler AG kann sie für Nutzfahrzeuge dieser Marke sämtliche Werkstattleistungen erbringen, einschließlich der Garantie- und Kulanzleistungen. Darüber hinaus kann sie in erheblichem Umfang auch für andere Marken einschließlich der Marke MAN tätig werden. Sie kann die dafür benötigten Originalersatzteile kaufen, wenn auch nach ihrem Vortrag mit geringeren Rabatten, als sie MAN-Vertragswerkstätten eingeräumt werden, und mit längeren Lieferfristen. Weiter kann sie die für die Instandsetzungs- und Wartungsarbeiten erforderlichen Diagnose- und sonstigen Geräte beziehen und die von der Beklagten angebotenen Schulungen in Anspruch nehmen. Die Klägerin ist allein davon ausgeschlossen, Garantie- und Kulanzleistungen – in geringem Umfang auch Inspektionsleistungen – für andere als Daimler-Nutzfahrzeuge zu erbringen. Dass sie für eine erfolgreiche Geschäftstätigkeit als Werkstatt für Nutzfahrzeuge davon abhängig ist, gerade derartige Leistungen ausführen zu können, ist weder festgestellt noch sonst ersichtlich.

28 3. Auch aus Art. 102 AEUV (= Art. 82 EG) ergibt sich – aus den zu § 20 GWB genannten Gründen – kein Anspruch der Klägerin auf Abschluss eines Werkstattvertrages. Dass die Beklagte, die auf dem relevanten nationalen Markt keine marktbeherrschende Stellung hat, eine solche auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben haben könnte, ist auszuschließen.

29 4. Da weitere Feststellungen nicht erforderlich sind, kann der Senat in der Sache entscheiden und den ersten Hauptantrag der Klägerin abweisen.

30 III. Damit ist zugleich der Feststellungsantrag abzuweisen. Da die Klägerin keinen Anspruch auf Abschluss eines Servicevertrages hat, besteht auch kein auf die Verweigerung des Abschlusses gestützter Schadensersatzanspruch. Aus dem gleichen Grund ist auch der hilfsweise geltend gemachte Schadensersatzanspruch unbegründet.

31 IV. Der Hilfsantrag, die Beklagte zum Abschluss eines Vertrages über den Verkauf und Vertrieb von MAN-Originalteilen, MAN-Originalaustauschteilen und MAN-Zubehör zu verurteilen, ist ebenfalls unbegründet.

32 Die Beklagte ist im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit berechtigt, den Abschluss eines solchen Vertrages, den sie auch anderen Unternehmen nicht anbietet, abzulehnen. Sie hat weder eine marktbeherrschende Stellung i.S. des § 19 Abs. 2 GWB, noch ist die Klägerin insoweit von der Beklagten abhängig i.S. des § 20 Abs. 2 GWB.

33 Eine solche Abhängigkeit könnte hier allenfalls dann vorliegen, wenn die Klägerin nicht in der Lage wäre, Ersatzteile und Zubehör der Marke MAN in zumutbarer Weise anderweitig zu beziehen (BGH, Beschluss vom 23. Februar 1988 – KVR 2/87, WuW/E 2479, 2482 f. – Reparaturbetrieb). Nach dem unstreitigen Vortrag der Parteien hat die Klägerin aber die Möglichkeit, die begehrten Teile einzukaufen. Dass sie dabei nach ihrem Vortrag geringere Rabatte erhält und längere Lieferfristen zu gewärtigen hat als die MAN-Vertragswerkstätten, macht diesen Bezug für sie noch nicht unzumutbar i.S. des § 20 Abs. 2 GWB.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Ebenso Parallelsache BGH KZR 7/09 (westliches Bundesland).

Besteuerung

Steuern – Umschau Februar 2011

RiFG i. R. Karl-Christian Callsen, Erftstadt-Liblar †

Grundstückshandel und zwischengeschaltete, nicht funktionslose GmbH

Die Klägerin (Kl), eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), erwarb mit notariellem Vertrag vom 9. 11. 92 einen mit einem Verwaltungsgebäude sowie diversen Nebengebäuden bebauten Grundbesitz von 7259 qm in den neuen Bundesländern. Sie verpflichtete sich, eine bestimmte Summe in das Grundstück zu investieren und eine bestimmte Anzahl von Arbeitsplätzen auf dem Grundstück zu schaffen.

Das Verwaltungsgebäude wurde anschließend saniert und ab Juli 1993 an das Land zum Betrieb eines Grundbuchamts vermietet. Die Nebengebäude wurden abgerissen. Auf dem frei gewordenen Grundstücksteil plante sie zunächst die Errichtung eines Gebäudes (im EG Einzelhandelsgeschäft, im OG Büroräume) zur Vermietung an Dritte. Die Vermietungsbemühungen blieben jedoch erfolglos. Deshalb erfolgte eine Umplanung in der Art, dass im OG 45 Wohnungen errichtet und veräußert werden sollten. Die entsprechend geänderte Baugenehmigung wurde am 13. 12. 94 erteilt.

Die Gesellschafter der Kl gründeten am 14. 10. 94 eine GmbH, die die Baumaßnahmen durchführen und die Wohnungen vermarkten sollte. Nach Errichtung und Teilungserklärung nach dem WEG veräußerte die GmbH die 45 ETW im Zeitraum von Juni bis Dez. 1996 an diverse Erwerber.

Die Kl erklärte für die Streitjahre 1995-2000 hohe negative Einkünfte aus V+V, das FA folgte dem mit entsprechenden Feststellungsbescheiden unter NPV (Nachprüfungsvorbehalt). Nach einer Außenprüfung vertrat das FA die Auffassung, die Kl habe aufgrund ihrer Aktivitäten einen gewerblichen Grundstückshandel betrieben und änderte dementsprechend die Steuerbescheide der Streitjahre. Nach ablehnender Einspruchsentscheidung wies das FG Schleswig-Holstein mit Urteil vom 22. 5.08 (EFG 2008,1726) die Klage ab im wesentlichen mit der Begründung, dass die Einschaltung der GmbH ein Gestaltungsmissbrauch gem. § 42 AO sei. Der BFH jedoch hob mit Urteil vom 17. 3. 2010 (DB 2010,1210) das Urteil der Vorinstanz auf und verwies zurück.

Die Kl habe mit ihrer Tätigkeit den Bereich der privaten Vermögensverwaltung nicht verlassen. Unabhängig von der Drei-Objekt-Grenze kann auch bei Veräußerung von einem Grundstück Gewerblichkeit vorliegen, wenn im Zeitpunkt des Erwerbs bereits eine unbedingte Veräußerungsabsicht bestand. Hier hatte die Kl das Grundstück jedoch zunächst in der Absicht erworben, es zu bebauen und zu vermieten. Den unbedingten Entschluss zur Veräußerung der Wohnungen fasste die Kl erst zu einem späteren, vom FG nicht näher bezeichneten Zeitpunkt. Eine Zurechnung der Aktivitäten der GmbH komme nur in Betracht, wenn diese funktionslos gewesen sei. Der GmbH oblag hier aber die Bebauung und Vermarktung.

Die Hartnäckigkeit der Kl zahlte sich hier aus, bis zum BFH zu gehen!

Bedingte Veräußerungsabsicht und gewerblicher Grundstückshandel

Immer wieder versuchen Stpfl. im Ergebnis erfolglos, dass ihre Tätigkeit bei Überschreitung der sog. Drei-Objekt-Grenze statt gewerblichen Grundstückshandels noch als private Vermögensverwaltung beurteilt wird, um so der Versteuerung der Veräußerungsgewinne zu entgehen.

Der Kläger (Kl) hatte innerhalb von 5 Jahren und damit in einem engen zeitlichen Zusammenhang durch Veräußerung von Immobilienobjekten die sog. Drei-Objekt-Grenze überschritten. FA und FG Münster (Urteil vom 24. 9. 09 11 K 5112/05 E) hatten deshalb seine Tätigkeit als gewerblichen Grundstückshandel und die Veräußerungsgewinne als Einkünfte aus Gewerbebetrieb bewertet. Seine Beschwerde zum BFH blieb erfolglos (Beschluss X B 180/09 vom 27. 4. 10, im Internet seit dem 14. 7. 10).

Der beschließende Senat habe bereits mit Urteil vom 5. 9. 90 (BStBl II 1990,1060) erkannt, dass bei Veräußerung von weniger als vier Objekten innerhalb von fünf Jahren nach der Gebäudeerrichtung und späterem planmäßigen Verkauf weiterer Objekte in relativ kurzer Zeit bei branchenkundigen Stpfl. eine bereits bei Errichtung bestehende zumindest bedingte Veräußerungsabsicht anzunehmen sei. An dieser Rechtsprechung haben die Ertragssenate des BFH bis jetzt festgehalten. Diese - durch die Veräußerung von mehr als drei Objekten innerhalb von etwa fünf Jahren indizierte - (zumindest) bedingte Veräußerungsabsicht beim Erwerb könne nur durch objektive Umstände, nicht aber durch Erklärungen des Stpfl. über seine Absichten widerlegt werden. Dem Kl sei es nicht gelungen, neue gewichtige, vom BFH nicht geprüfte Einwendungen gegen diese Rechtsprechung darzulegen.

Bei drei und weniger veräußerten Objekten muss eine unbedingte Veräußerungsabsicht bei Errichtung vorliegen, um einen Grundstückshandel zu bejahen. Aus der „Falle“ der sog. Drei-Objekt-Grenze sich zu befreien, ist kaum möglich. Umso dringender ist jedem Stpfl. dringend anzuraten, vor der mehrfachen Veräußerung von Immobilien den schriftlichen Rat eines kompetenten Steuerberaters einzuholen.

Grunderwerbsteuerlich ein für Grundstück und Gebäude einheitlicher Erwerb

Es wird immer wieder versucht, die Grunderwerbsteuer auf den reinen Grundstückskaufvertrag und ohne den Bauvertrag für das Gebäude zu beschränken. Die Einsparung bei der Grunderwerbsteuer scheitert jedoch häufig dann, wenn nicht vorher ein kompetenter Steuerberater schriftlich zur Beratung beteiligt wird. Dies zeigt wieder einmal der nachfolgende, im Verfahren der Aussetzung der Vollziehung (AdV) ergangene Beschluss des BFH.

Die Antragsteller (Ast) erteilten der P-GmbH am 11. 12. 05 einen Bauauftrag zur Errichtung einer Stadtvilla für € 215.060.– auf dem Grundstück X. Dieses Grundstück erwarben die Ast durch notariellen Vertrag vom 14. 12. 05 als Miteigentümer zu je 1/2 von dem im Notartermin durch L vertretenen Verkäufer V zu € 150.000.–. V hatte L am 6. 12. 05 eine dieses Grundstück betreffende Verkaufsvollmacht erteilt. Bereits am 1. 12. 05 hatte die P-GmbH mit der B-GmbH, vertreten durch L, einen Vertriebs- und Vermittlungsvertrag geschlossen. Hiernach sollte die B-GmbH als Vertriebspartner der P-GmbH dieser in ihrem Auftragsbestand befindliche Baugrundstücke und Bauinteressenten benennen. Die P-GmbH hatte der B-GmbH für einen Vertragsabschluss mit von der B-GmbH Benannten eine Vergütung i.H.v. 5% der Auftragssumme zu zahlen; entsprechend dieser Vergütungsvereinbarung sind die P-GmbH und die B-GmbH hinsichtlich des von den Ast erteilten Bauauftrags verfahren.

Das FA nahm einen aus Grundstück und Gebäude bestehenden, einheitlichen Erwerbsgegenstand an und setzte gegen die Ast mit Bescheiden vom 25. 9. 06 Grunderwerbsteuer von jeweils € 6388.– fest. Die Einsprüche blieben erfolglos, die von den Ast während des noch nicht abgeschlossenen Klageverfahrens gestellten Anträge auf AdV der Grunderwerbsteuerbescheide in Höhe des jeweils € 2625.– übersteigenden Betrags lehnte das FA ab. Das FG Berlin-Brandenburg gewährte mit Beschluss vom 22. 7. 09 die beantragte AdV, weil die enge wirtschaftliche Verbindung und Verflechtung der auf der Veräußererseite aufgetretenen Personen für die Ast objektiv nicht erkennbar gewesen sei.

Der BFH gab jedoch der vom FG zugelassenen Beschwerde des FA mit Beschluss vom 19. 3. 10 (II B 130/09, im Internet seit dem 14. 7. 10) statt, hob den Beschluss der Vorinstanz auf und lehnte eine AdV ab. Bei der gebotenen, summarischen Prüfung bestünden keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Grunderwerbsteuerbescheide. Der enge sachliche Zusammenhang zwischen Kauf- und Bauvertrag ist gegeben, wenn der Erwerber im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrags in seiner Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ gegenüber der Veräußererseite nicht mehr frei war und deshalb feststand, dass er das Grundstück nur in einem bestimmten bebauten Zustand erhalten würde.

Hier waren die Ast bei Abschluss des Grundstückskaufvertrags am 14. 12. 05 bereits an den zuvor am 11. 12. 05 mit der P-GmbH geschlossenen Gebäudeerrichtungsvertrag mit einer auf das Grundstück zugeschnittenen Bauplanung gebunden und damit in ihrer Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ einer Bebauung nicht mehr frei. Das von der Veräußererseite stammende einheitliche Angebot für das Grundstück konnte L aufgrund ihm von V erteilter Vollmacht vom 6. 12. 05 und des mit der P-GmbH bestehenden Vermittlungsvertrags vom 1. 12. 05 zu einem im Wesentlichen feststehenden Preis anbieten. Dieses Angebot haben die Ast durch die Vertragsabschlüsse vom 11. und 14. 12. 05 angenommen. Für sie war das abgestimmte Verhalten der auf der Veräußererseite auftretenden Personen objektiv erkennbar.

Kreditaufteilung bei gemischtgenutzten Grundstücken

Die zusammen zu veranlagenden Eheleute und Kläger (Kl) erwarben 1992 eine Immobilie für DM 755.000.–, von deren Wohnfläche 34,1% fremd vermietet, der übrige Teil eigengenutzt wurde. Im Streitjahr 2001 erklärten sie zunächst von den Schuldzinsen von DM 9841.– zunächst nur 34,1% (= DM 3356.–) als WK bei ihren Einkünften aus V+V für die fremdvermietete Wohnung, dem das FA so auch folgte. Im Einspruchsverfahren trugen die Kl vor, die Anschaffungskosten der eigengenutzten Wohnung seien ausschließlich mit Eigenmitteln finanziert worden, alle Kreditmittel seien für die fremdvermietete Wohnung eingesetzt worden. Die gesamten Schuldzinsen von DM 9841.– seien von daher als WK anzuerkennen. Die BFH-Rechtsprechung mit den Urteilen ab 9. 7. 02 (BStBl II 2003,389), wonach Darlehnszinsen nur insoweit als WK bei den Einkünften aus V+V abgezogen werden könnten, als das Darlehn tatsächlich zur Anschaffung des der Einkünfteerzielung dienenden Gebäudeteils verwendet worden sei, sei erst nach dem Erwerbszeitpunkt ihres Objekts veröffentlicht worden. Das FG Baden-Württemberg wies mit Urteil vom 20. 2. 09 die Klage ab, die Beschwerde zum BFH wegen grundsätzlicher Bedeutung hatte keinen Erfolg (Beschluss vom 4. 8. 09 in BFH/NV 2009,1813).

Fehlen bei einem gemischtgenutzten Grundstück sowohl die Darlehnszuordnung als auch die Zahlung entsprechend der Darlehnszuordnung, können die Darlehnszinsen nur anteilig als WK anerkannt werden. Eine großzügigere Sichtweise für Altfälle hält der BFH verfassungsrechtlich nicht für geboten; denn damit würden ungleiche Sachverhalte in unzulässiger Weise gleichbehandelt, wenn zugunsten der Kl unterstellt würde, Darlehnszuordnung und entsprechende Zahlung wären nach Maßgabe der Rechtsprechung vorgenommen worden. In derartigen Fällen kommt nämlich auch in „Neufällen“ kein vollständiger WK-Abzug in Betracht.

www.prewest.de

Der WK-Abzug setzt voraus, dass der Stpfl. die Anschaffungskosten im Rahmen seiner Finanzierungsentscheidung dem ein eigenständiges Wirtschaftsgut bildenden Gebäudeteil gesondert zuordnet und die so zugeordneten Anschaffungskosten mit Geldbeträgen aus dem dafür aufgenommenen Darlehn bestreitet.

§ 33 GrStG; § 79 BewG
Grundsteuer; Steuererlass; strukturell bedingter Leerstand; Ertragsminderung; Atypik

An den Merkmalen der Atypik und der vorübergehenden Dauer einer Ertragsminderung als Voraussetzung für einen Grundsteuererlass nach § 33 Abs. 1 Satz 1 GrStG ist für die mit Erlass des Jahressteuergesetzes 2009 geltende Rechtslage nicht mehr festzuhalten.

Ungeordnete Verhältnisse, die durch kurzfristige Reaktionen eines Vermieters auf die jeweilige Marktlage geprägt sind, lassen den Schluss auf einen strukturell bedingten Leerstand zu.

(OVG Münster, Urteil vom 28. 2. 2011 – 14 A 1711/08)

Zum Sachverhalt: Der Kläger begehrte für seine mit gewerblich genutzten Gebäuden bebauten Grundstücke einen (Teil-)Erlass der Grundsteuer für das Jahr 2004. Durch das angegriffene Urteil hat das VG Düsseldorf der Klage stattgegeben. Die Beklagte hat mit der Begründung Berufung eingelegt, trotz vorhandenem strukturell bedingtem Leerstand könne auf das Merkmal des Atypischen als Voraussetzung für einen Erlass nicht verzichtet werden. Leerstände infolge von Neuvermietungen seien typischerweise mit der Bewirtschaftung von Immobilien verbunden.

Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: Anspruchsgrundlage für den begehrten Erlass der Grundsteuer für das Jahr 2004 ist § 33 Abs. 1 Satz 1 GrStG in der vor Erlass des Jahressteuergesetzes 2009 vom 19. Dezember 2008 (BGBl. I, S. 2794) geltenden Fassung – GrStG a. F. –, wonach die Grundsteuer in Höhe des Prozentsatzes erlassen wird, der vier Fünfteln des Prozentsatzes der Minderung entspricht, soweit bei Betrieben der Land- und Forstwirtschaft und bei bebauten Grundstücken der normale Rohertrag des Steuergegenstandes um mehr als 20 vom Hundert gemindert ist und der Steuerschuldner die Minderung des Rohertrages nicht zu vertreten hat. Gemäß § 33 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GrStG a. F. ist normaler Rohertrag bei bebauten Grundstücken, deren Wert, wie hier, nach dem Bewertungsgesetz im Ertragswertverfahren zu ermitteln ist, die Jahresrohmiete, die bei einer Hauptfeststellung auf den Beginn des Erlasszeitraums maßgebend wäre. Maßgeblich ist dafür gemäß § 79 Abs. 1 Satz 1 BewG u. a. die zwischen dem Kläger und seinen Vertragspartnern für den Beginn des Jahres 2004 vereinbarte Miete.

Soweit es einen Grundsteuererlass auf der Grundlage des Grundsteuergesetzes a. F. betrifft, können nach der ständigen Rechtsprechung des BVerwG (vgl. u. a. Urteil vom 3. 5. 1991 – 8 C 13. 89 –, u. a. BStBl. II 1992, 580), der sich der Senat in ständiger Rechtsprechung angeschlossen hat (vgl. u. a. Urteil vom 26. 3. 2009 – 14 A 3168/07 –, juris, Rn. 29 ff), die Voraussetzungen eines Grundsteuererlasses wegen Minderung des normalen Rohertrages (grundsätzlich) nur erfüllt sein, wenn der (geringe) Ertrag eines Grundstückes auf vorübergehend vorliegende Umstände zurückgeht, die im Vergleich zu den vom Gesetz erfassten Regelfällen atypisch sind. Dieser Grundsatz ist auch nicht dadurch in Zweifel zu ziehen, dass sich das BVerwG (vgl. Beschluss vom 24. 4. 2007 – GmS-OGB 1/07 –, ZKF 2007, 211 [= GuT 2007, 333 KL PM m. w. Hinw. d. Red.]), auf die Kritik des BFH (vgl. Beschluss vom 13. 9. 2006 – II R 5/05 –, u. a. BStBl. II 2006, 921) dessen Rechtsprechung angeschlossen hat und nunmehr auch strukturell bedingte Ertragsminderungen als Erlassgrund anerkennt.

Es ist nicht erkennbar, dass damit eine grundsätzliche Änderung der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung verbunden ist in dem Sinn, dass auf den Gesichtspunkt der „Atypizität“ in jedem Fall zu verzichten sei und damit im Ergebnis jeder Leerstand als für einen Grundsteuererlass berücksichtigungsfähig in Betracht kommen könnte (vgl. Urteile des Senats vom 16. 1. 2008 – 14 A 461/07 –, u. a. DWW 2008, 108 und WuM 2008, 241, vom 11. 6. 2008 – 14 A 1185/07 –, vom 26. 8. 2008 – 14 A 2509/07 – und vom 31. 10. 2008 – 14 A 1420/07 – [= GuT 2009, 58], a.A. BFH, Urteil vom 24. 10. 2007 – II R 5/05 –, juris, Rn. 13 [= GuT 2008, 392 f KL m. w. Hinw. d. Red.]).

Hiergegen spricht bereits die Formulierung im Beschluss des BVerwG vom 24. 4. 2007, wonach *nicht nur* atypische Ertragsminderungen, sondern auch strukturell bedingte Ertragsminderungen in Betracht kommen.

Im Übrigen beruhte die frühere Rechtsprechung des BVerwG, soweit es den „strukturell bedingten Leerstand“ betrifft, auf der Annahme, dass ein derartiger Leerstand bei der nächsten Hauptfeststellung zu berücksichtigen sei. Dem ist der BFH im Beschluss vom 13. 9. 2006 mit dem Argument entgegengetreten, dass der Gesetzgeber die Hauptfeststellung ausgesetzt habe. Daraus ist zu schließen, dass das BVerwG die Abweichung von seiner bisherigen Rechtsprechung, die im Beschluss vom 24. 4. 2007 allerdings nicht begründet worden ist, gerade auf dieses Argument des BFH gestützt hat, das sich speziell auf die Frage des „strukturell bedingten Leerstandes“ bezieht. Dass das BVerwG eine Änderung seiner Rechtsprechung auch hinsichtlich anderer Fallkonstellationen habe vornehmen wollen, kann daraus nicht gefolgert werden.

In dieser Auffassung sieht sich der Senat durch die jüngere Rechtsprechung des BVerwG (vgl. Urteil vom 25. 6. 2008 – 9 C 8.07 –, juris, Rn. 11) bestätigt. Im Rahmen der Entscheidungsgründe hat das BVerwG nochmals darauf hingewiesen, dass es sich der Rechtsprechung des BFH angeschlossen habe, wonach ein Grundsteuererlass „nicht nur bei atypischen und vorübergehenden Ertragsminderungen in Betracht komme, sondern auch strukturell bedingte Ertragsminderungen von nicht nur vorübergehender Natur erfassen könne.“ Dem entspricht auch der vom BVerwG zu dieser Entscheidung verfasste erste Leitsatz: „Ein Grundsteuererlass kommt nach den in § 33 Abs. 1 GrStG bestimmten Voraussetzungen auch in Fällen strukturellen Leerstandes in Betracht, in denen die Ertragsminderung des Grundstücks weder atypisch noch vorübergehend ist.“ Dem steht auch nicht entgegen, dass das BVerwG bei der Frage, ob der normale Rohertrag des klägerischen Grundstücks um mehr als 20 vom Hundert gemindert sei, ausgeführt hat: „Gefordert ist ein Vergleich mit „anderen“. Ob der erzielte – geringe – Ertrag auf eine atypische Situation zurückzuführen ist und/oder länger anhält, ist unerheblich.“ Diese Ausführungen stehen ersichtlich ausschließlich im Zusammenhang mit der Frage der Ermittlung einer Minderung des normalen Rohertrages bei Grundstücken, deren Bewertung im Sachwertverfahren erfolgt. Ihnen ist nicht zu entnehmen, dass das BVerwG nunmehr grundsätzlich jede Ertragsminderung unabhängig von ihren Ursachen als Erlassgrund anerkennen würde, sofern diese Ertragsminderung nicht zu vertreten ist.

Darüber hinaus hat das BVerwG (vgl. Beschluss vom 3. 3. 2010 – 9 B 77/09 –, juris, Rn. 4) klargestellt, dass es mit dem o. a. Beschluss vom 24. 4. 2007 – GmS-OGB 1.07 – nicht entschieden hat, dass es generell nicht mehr darauf ankomme, ob eine Ertragsminderung atypisch sei.

Allerdings wird an der Annahme, dass für einen Grundsteuererlass die ungeschriebenen Merkmale der Atypik und der vorübergehenden Dauer der Ertragsminderung erforderlich seien, nach der Änderung des § 33 GrStG mit dem Jahressteuergesetz 2009 nicht mehr festzuhalten sein. Der Gesetzgeber hat unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die oben genannte Entscheidung des BFH vom 24. 10. 2007, wonach die Merkmale der Atypik und der vorübergehenden Dauer keine Erlassvoraussetzungen seien, die Voraussetzungen für den Erlass durch

die Erhöhung des Ausmaßes der Ertragsminderung, ab dem ein Erlass in Betracht kommen kann, verschärft und die Erlasshöhe abgesenkt, um einerseits die Mindereinnahmen für die Gemeinden in Grenzen zu halten, andererseits aber – wenn auch eingeschränkt – einen Erlass für den Steuerschuldner grundsätzlich weiter zu ermöglichen (vgl. Bericht des Finanzausschusses zum Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2009, BT-Drs. 16/11108, S. 62).

Der Gesetzgeber hat also in Kenntnis der Rechtsprechung des BFH nicht etwa die bislang ungeschriebenen und vom BFH als nicht gefordert eingestuften Merkmale der Atypik und der vorübergehenden Dauer ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen, sondern mit Rücksicht auf diese Rechtsprechung anderweitige Verschärfungen der Erlassvoraussetzungen und eine Minderung der Erlasshöhe eingeführt. Das kann nur dahin verstanden werden, dass sich der Gesetzgeber die Auslegung des BFH für die neue Rechtslage zu eigen gemacht hat. Durchgreifende Anhaltspunkte dafür, dass er sich nur die Auffassung zu eigen machen wollte, die Aufgabe der Merkmale der Atypik und vorübergehenden Dauer beschränke sich auf den Fall des strukturellen Leerstands, liegen nicht vor. Der Umstand, dass allein struktureller Leerstand in der Gesetzesbegründung angesprochen wird, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die in der Gesetzesbegründung genannte Rechtsprechung des BFH und des BVerwG sich mit diesem Gesichtspunkt befasst (ebenso VGH Bad.-Württ., Urteil vom 2. 12. 2010 – 2 S 1729/10 –, juris Rn. 26).

Hier steht jedoch ein Erlass für einen Zeitraum vor der Änderung des § 33 GrStG in Rede.

Vorliegend ist die Ertragsminderung zwar nicht auf vorübergehende, atypische Umstände, jedoch auf eine nachhaltige und länger andauernde Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse zurückzuführen, die sich im allgemeinen Markt- und Preisniveau niedergeschlagen hat, und damit als strukturell bedingte Ertragsminderung anzusehen (vgl. zum Begriff „strukturell bedingt“: Martini, Der Grundsteuererlass nach § 33 GrStG bei auf Veränderungen der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse beruhenden Ertragsminderungen in der Rechtsprechung des BVerwG, in: BayVBl 2006, 329, m.w.N. aus der Rechtsprechung; Urteil des Senats vom 26. 3. 2009 – 14 A 3168/07 –, juris, Rn. 53).

Die Parteien sind sich einig, dass der Leerstand betreffend sämtliche ursprünglich im Streit stehende Grundstücke im hier maßgeblichen Zeitraum 2004 auf ein Überangebot an Gewerbeflächen als Ausdruck einer strukturell schlechten Marktsituation zurückzuführen war. Dem schließt sich der Senat mangels entgegenstehender Anhaltspunkte an, so dass – grundsätzlich – von einem strukturell bedingten Leerstand auszugehen ist.

Dahinstehen kann, ob, wie die Beklagte meint, auch bei einem – grundsätzlich – als strukturell bedingt festgestellten Leerstand im Einzelfall auf das Merkmal der „Atypik“ zurückzugreifen ist, etwa um Zeiten des Leerstandes berücksichtigen zu können, wie sie typischerweise bei einer Neuvermietung von Objekten, etwa durch Mietersuche oder Instandsetzungsarbeiten, auftreten können.

Zwar waren die Mieteinheiten im Jahr 2004 zum Teil vermietet. Die Umstände dieser (Teil-)Vermietungen lassen jedoch nur den Schluss zu, dass der im Übrigen zu verzeichnende Leerstand strukturell bedingt war.

Die Mieteinheit mit der Nummer 22 434 30005 war im Jahr 2004 zunächst bis zum 29. Februar in einer Größe von 5200 qm an die Firma U. I. zu einem monatlichen Mietzins von 14.560,00 Euro vermietet. Vom 1. März bis zum 25. März stand die Mieteinheit leer. Vom 26. März bis zum 31. Juli erfolgte eine Vermietung an die Firma I. 1 in einer Größe von 2500 qm zu einem Mietpreis von 1540,00 Euro. Nach einem Leerstand vom 1. August bis zum 15. Dezember schloss sich eine Vermietung wiederum an die Firma I. 1 zu einem Mietzins von 1400,00 Euro an.

Die Mieteinheit mit der Nummer 22 434 30007 mit einer Größe von 2700 qm stand in der Zeit vom 26. März bis zum 5. April leer. Vom 6. April bis zum 31. Juli war eine anteilige Fläche von 2366 qm zu einem Mietzins von 4732,00 Euro an die Firma U 1.-o-G. vermietet bei einem Leerstand von 334 qm. Ab dem 1. August war sodann ein völliger Leerstand zu verzeichnen.

Die Vermietung war damit zum einen durch erhebliche Zeiten von Leerstand und teilweisem Leerstand geprägt. Zum anderen sind erhebliche Mieteinbußen zu verzeichnen und zwar nicht nur in Bezug auf die gesamten Mieteinnahmen, sondern auch in Bezug auf die geleistete Miete im Verhältnis zu den jeweils vermieteten Flächen, was auf einer Herabsetzung des maßgeblichen Mietzinses pro Quadratmeter beruhte. Offensichtlich ließ die Struktur des Grundstücksmarktes eine andere Vermietung zu den ursprünglichen Konditionen nicht zu. Insbesondere sind keine anderweitigen Anhaltspunkte vorgetragen oder sonstwie ersichtlich, wonach die Mieteinbußen auf andere Gründe als eben diese Struktur des Grundstücksmarktes zurückzuführen sein könnten. Ein vorübergehender typischer Leerstand etwa infolge Mietersuche oder Instandsetzungsarbeiten, wie er bei „geordneten“ Mietverhältnissen regelmäßig auftreten kann, scheidet hier angesichts der als ungeordnet zu bezeichnenden Verhältnisse aus, die durch kurzfristige Reaktionen des Klägers auf die jeweilige Marktlage geprägt sind mit dem Bemühen, eine Vermietung auch bei schlechten Konditionen wenigstens zu einem Teil zu erreichen.

Mitgeteilt von der Veröffentlichungskommission des OVG Münster

§§ 11, 52 EStG
Rückwirkende Anwendung des § 11 Abs. 2 Satz 3 EStG bei im Voraus geleisteten Erbbauzinsen

Es wird eine Entscheidung des BVerfG darüber eingeholt, ob § 11 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 52 Abs. 30 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes i.d.F. des Gesetzes zur Umsetzung von EU-Richtlinien in nationales Steuerrecht und zur Änderung weiterer Vorschriften (Richtlinien-Umsetzungsgesetz) vom 9. Dezember 2004 (BGBl I 2004, 3310) gegen die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes verstößt, soweit danach im Voraus gezahlte Erbbauzinsen auch dann auf den Zeitraum zu verteilen sind, für den sie geleistet werden, wenn sie im Jahr 2004, aber noch vor der Einbringung der Neuregelung in den Deutschen Bundestag am 27. Oktober 2004 verbindlich vereinbart und gezahlt wurden.

(BFH, Beschluss vom 7. 12. 2010 – IX R 70/07)

Hinw. d. Red.: Dazu lautet die BFH-Pressemitteilung Nr. 6 vom 19. 1. 2011:

»Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Beschluss vom 7. Dezember 2010 IX R 70/07 das Bundesverfassungsgericht angerufen, weil er die rückwirkende Einführung einer Regelung über die Aufteilung von in einem Einmalbetrag geleisteten Erbbauzinsen auf die Laufzeit des Erbbaurechts für verfassungswidrig hält.

Nach § 11 Abs. 2 Satz 3 des Einkommensteuergesetzes (EStG) in der Fassung des Richtlinien-Umsetzungsgesetzes vom 9. Dezember 2004 sind Ausgaben, die für eine Nutzungsüberlassung von mehr als fünf Jahren im Voraus geleistet werden, auf den Zeitraum zu verteilen, für den sie geleistet werden. Diese Vorschrift ist nach § 52 Abs. 30 Satz 1 EStG im Hinblick auf Erbbauzinsen erstmals für Vorauszahlungen nach dem 31. Dezember 2003 anzuwenden.

Nach Auffassung des BFH ist diese Neuregelung mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen des Vertrauensschutzes insoweit unvereinbar, als danach im Voraus gezahlte Erbbauzinsen auch dann auf den Zeitraum des Erbbaurechts zu verteilen sind,

wenn sie im Jahr 2004, aber noch vor Einbringung der Neuregelung in den Deutschen Bundestag am 27. Oktober 2004 verbindlich vereinbart und gezahlt wurden.

Im Streitfall hatte der Steuerpflichtige im August 2004 einen Miterbbaurechtsanteil an einem Erbbaurecht, verbunden mit dem Sondereigentum an einer vermieteten Eigentumswohnung erworben. Er sollte zusammen mit dem Kaufpreis 36.350 € zahlen, um die Erbbauzinsansprüche für die Gesamtlaufzeit des Erbbaurechts abzugelten und tat dies im September 2004. Sein Begehren, die 36.350 € als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abzusetzen, hatte – wegen § 11 Abs. 2 Satz 3 EStG – beim Finanzamt und Finanzgericht keinen Erfolg.

Der BFH hält das Vertrauen des Steuerpflichtigen in die im August/September 2004 geltende Rechtslage für schutzwürdig. Danach sind Erbbauzinsen Nutzungsentgelt und nicht Anschaffungskosten des Rechts. Das dazu in Widerspruch stehende Schreiben des Bundesfinanzministeriums vom 10. Dezember 1996 hatte der BFH in einem Urteil vom 23. September 2003 zurückgewiesen. Da das Gesetz damals keine Verteilung auf die Zeit der Nutzung vorsah, waren die im Voraus gezahlten Erbbauzinsen sofort als Werbungskosten abziehbar. Auch wenn die Finanzverwaltung das BFH-Urteil (durch Nichtveröffentlichen) nicht anwandte, konnte sie das Vertrauen des Steuerpflichtigen in die ständige Rechtsprechung und eindeutige Gesetzeslage nicht beeinträchtigt: Der BFH entscheidet abschließend darüber, wie Steuerrecht richtig anzuwenden ist. Dieser Kernbereich seiner Funktion in einer ausbalancierten Gewaltendifferenzierung würde in Frage gestellt, könnte die Finanzverwaltung dadurch, dass sie ein ihr missliebiges Urteil nicht veröffentlicht, Vertrauen des Bürgers von vornherein nicht entstehen lassen.

Das Vertrauen des Bürgers ist durch die Rückwirkung mithin enttäuscht. Da sich die (unechte) Rückwirkung auch nicht durch die vom Gesetzgeber genannten Gründe, Mehreinkünfte zu erzielen, hinreichend rechtfertigen lässt, ist sie mit dem grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Vertrauensschutz unvereinbar und deshalb nach Auffassung des vorlegenden Senats verfassungswidrig.«

§ 68 StBerG a. F.
Steuerberatung; pflichtwidrige Zulassung der Bestandskraft des Steuerbescheids; Verjährungsfristbeginn des Ersatzanspruchs des Mandanten; nichtige Steuernorm; Spekulationsgewinn bei Wertpapierveräußerung

Lässt ein Steuerberater einen Steuerbescheid pflichtwidrig bestandskräftig werden, beginnt die Frist für die Verjährung des Ersatzanspruchs des Mandanten mit der Bestandskraft des Steuerbescheids, auch wenn dieser zunächst der formellen Gesetzeslage entspricht und die zugrunde liegende Steuernorm erst später vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt wird.

(BGH, Urteil vom 3. 2. 2011 – IX ZR 183/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten zu 2 und 3 betreiben eine Steuerberatersozietät in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der Beklagten zu 1. Die Kläger beauftragten die Beklagten im Frühjahr des Jahres 2000 mit der Erstellung ihrer Einkommensteuererklärung für den Veranlagungszeitraum 1998. Auf die von den Beklagten eingereichte Steuererklärung erließ das Finanzamt am 27. Juli 2000 einen Steuerbescheid, der als zu versteuerndes Einkommen Einkünfte der Kläger aus Spekulationsgewinnen in Höhe von 849.759 DM berücksichtigte. Grundlage für die Besteuerung der Spekulationsgewinne war § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe b EStG in der für das Jahr 1998 geltenden Fassung. Die Beklagten legten gegen den Steuerbescheid vom 27. Juli 2000 nur wegen nicht berücksichtigter Steuerberatungskosten Einspruch ein. Den darauf ergangenen Änderungsbescheid vom 21. August 2000, der unverändert die Spekulationsgewinne als zu versteuerndes Einkommen auswies, ließen sie bestandskräftig werden. Mit Urteil vom 9. März 2004 (2 BvL 17/02, BVerfGE 110, 94) erklärte das Bundesverfassungsgericht die der Besteuerung von im Jahr 1998 erzielten Spekulationsgewinnen zugrunde liegende Norm für mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig, soweit sie Veräußerungsgeschäfte bei Wertpapieren betraf. An der Besteuerung der Spekulationsgewinne der Kläger änderte sich dadurch wegen der Bestandskraft des Steuerbescheids nichts.

2 Mit ihrer Klage haben die Kläger die Beklagten auf Schadensersatz in Höhe von 314.439,24 € in Anspruch genommen. Das Landgericht Köln hat die Beklagten, die sich unter anderem auf Verjährung berufen haben, zur Zahlung von 227.541,57 € nebst Zinsen verurteilt. Die Berufung der Beklagten [OLG Köln] ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage.

3 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Urteile und zur Abweisung der Klage.

4 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagten seien den Klägern nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung zum Schadensersatz verpflichtet. Sie hätten die ihnen aus dem Steuerberatervertrag obliegenden Pflichten verletzt, indem sie die Besteuerung der im Jahr 1998 von den Klägern erzielten Spekulationsgewinne entgegen der von den Klägern erteilten Weisung bestandskräftig werden ließen. Bei pflichtgemäßem Verhalten hätte die Besteuerung der Spekulationsgewinne vermieden werden können. Der Schaden sei vom Landgericht zutreffend berechnet worden. Sofern überhaupt ein Mitverschulden der Kläger berücksichtigt werden könne, sei die vom Landgericht angenommene Quote von 25 v.H. jedenfalls ausreichend. Der Anspruch der Kläger sei auch nicht verjährt. Der Schaden der Kläger sei erst entstanden, als das Bundesverfassungsgericht die der Besteuerung der Spekulationsgewinne zugrunde liegende Norm mit Urteil vom 9. März 2004 für verfassungswidrig erklärt habe. Die damit in Lauf gesetzte Verjährungsfrist von drei Jahren nach dem noch anwendbaren § 68 StBerG aF sei durch die Erhebung der Klage im Jahr 2006 rechtzeitig unterbrochen worden.

5 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts sind die geltend gemachten Ansprüche der Kläger verjährt.

6 1. Maßgeblich für die Beurteilung der Verjährung ist, wie die Vorinstanzen mit Recht angenommen haben, die durch Art. 16 des Gesetzes vom 9. Dezember 2004 (BGBl I S. 3217) mit Wirkung vom 15. Dezember 2004 aufgehobene, gemäß Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 13 und Satz 2, § 6 Abs. 1 EGBGB im Streitfall aber noch anwendbare Bestimmung des § 68 StBerG. Danach verjährt der Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz aus dem zwischen ihm und dem Steuerberater bestehenden Vertragsverhältnis in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in dem der Anspruch entstanden ist.

7 2. Die Verjährungsfrist wurde mit Ablauf des 22. September 2000 in Gang gesetzt. Zu diesem Zeitpunkt ist der von den Klägern geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz entstanden.

8 a) Die Entstehung eines Anspruchs auf Schadensersatz setzt voraus, dass ein Schaden eingetreten ist. Nach der vom Bundesgerichtshof seit dem Urteil vom 2. Juli 1992 (IX ZR 268/91, BGHZ 119, 69) in ständiger Rechtsprechung vertretenen Risiko-Schaden-Formel muss der Schaden im Sinne einer objektiven Verschlechterung der Vermögenslage wenigstens dem Grunde nach erwachsen sein; ist dagegen noch offen, ob ein pflichtwidriges, mit einem Risiko behaftetes Verhalten tatsächlich zu einem Schaden führt und liegt deshalb eine bloße Vermögensgefährdung vor, ist der Anspruch noch nicht entstanden, so dass die Verjährungsfrist des § 68 StBerG nicht in Lauf gesetzt wird

(Zugehör in Zugehör/Fischer/Sieg/Schlee, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Aufl. Rn. 1342 f mwN). In Steuersachen tritt der Schaden des Steuerpflichtigen in der Regel ein, sobald sich das pflichtwidrige Verhalten des Steuerberaters in einem belastenden Bescheid der Finanzbehörde ausgewirkt hat (BGH, Urteil vom 2. Juli 1992 – IX ZR 268/91, BGHZ 119, 69, 72; vom 11. Mai 1995 – IX ZR 140/94, BGHZ 129, 386, 389 f; vom 12. November 2009 – IX ZR 218/08, WPM 2010, 138 Rn. 10 mwN [= GuT 2010, 143 KL]). Hat der Steuerberater – wie hier – pflichtwidrig gegen einen Steuerbescheid keinen Einspruch eingelegt, beginnt die Verjährung des Ersatzanspruchs mit Eintritt der Bestandskraft dieses Bescheids (BGH, Urteil vom 20. Juni 1996 – IX ZR 100/95, WPM 1996, 2066, 2067). Im Streitfall wurde der maßgebliche Steuerbescheid vom 21. August 2000, welcher den Beklagten am 22. August 2000 zuging, mit Ablauf des 22. September 2000 bestandskräftig. Damit begann der Lauf der Verjährungsfrist.

9 b) Der Umstand, dass der Steuerbescheid zum Zeitpunkt seines Erlasses dem Wortlaut des Einkommensteuergesetzes entsprach und die maßgebliche Norm erst durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 9. März 2004 für nichtig erklärt wurde, ändert daran nichts (vgl. BGH, Beschluss vom 29. März 2007 – IX ZR 102/06, DB 2007, 1400 [= GuT 2007, 176]; OLG Hamburg DStRE 2007, 1593, 1598).

10 aa) Ein Vermögensschaden besteht in der Differenz zwischen der Güterlage, die durch das Schadensereignis geschaffen wurde, und der unter Ausschaltung dieses Ereignisses gedachten Güterlage (sogenannte Differenzhypothese; vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2009 – IX ZR 43/08, WPM 2009, 1376 Rn. 18 mwN; Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl. vor § 249 Rn. 10). Die Verletzung der den Beklagten übertragenen Pflicht, die Besteuerung der Spekulationsgewinne offen zu halten, hatte die bestandskräftige Belastung der Kläger mit Einkommensteuer auf die im Jahr 1998 erzielten Gewinne zur Folge. Hätten die Beklagten die Besteuerung pflichtgemäß offen gehalten, wären die Kläger mangels Bestandskraft des Steuerbescheids dauerhaft nicht zur Zahlung der Steuer verpflichtet gewesen. Der in der Steuerbelastung liegende, von den Klägern geltend gemachte Schaden ist daher mit der Bestandskraft des Steuerbescheids vom 20. August 2000 eingetreten. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts stellte mit rückwirkender Kraft verbindlich fest, dass die Besteuerungsgrundlage mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig war. Sie brachte nicht den Vermögensnachteil zum Entstehen, sondern erwies, dass der bereits mit Bestandskraft des Steuerbescheids entstandene Vermögensnachteil bei pflichtgemäßem Handeln der Beklagten vermeidbar war, und machte für die Kläger erkennbar, dass es sich bei der Steuerbelastung um einen den Beklagten zuzurechnenden, ersatzfähigen Schaden handelte. Die Erkennbarkeit des Schadens ist aber keine Voraussetzung des Beginns der Verjährungsfrist nach § 68 StBerG aF.

11 bb) Im Übrigen war auch das in der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für den Eintritt des Schadens als maßgeblich angesehene Kriterium, ob der Geschädigte bereits auf Feststellung der Ersatzpflicht Klage erheben konnte (BGH, Urteil vom 23. März 1987 – II ZR 190/86, BGHZ 100, 228, 231 mwN), entgegen der von den Klägern in der Revisionserwiderung vertretenen Ansicht bereits im Zeitpunkt nach Eintritt der Bestandskraft des Steuerbescheids erfüllt. Die Feststellung einer Schadensersatzpflicht der Beklagten hätte zwar den Nachweis vorausgesetzt, dass die Steuerlast bei pflichtgemäßem Handeln der Beklagten vermieden worden wäre. Die dazu erforderliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit der zugrunde liegenden Steuernorm hätte aber im Regressprozess über eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG erreicht werden können.

12 3. Die dreijährige Verjährungsfrist endete mit Ablauf des 22. September 2003. Zum Zeitpunkt der Einreichung der Klage am 22. Juni 2006 war der Anspruch daher bereits verjährt. Eine Hemmung der Verjährung konnte nicht mehr eintreten.

13 4. Die Beklagten sind nicht nach den Grundsätzen der Sekundärverjährung (etwa BGH, Urteil vom 11. Mai 1995 – IX ZR 140/94, BGHZ 129, 386, 391 mwN) gehindert, sich auf die eingetretene Verjährung des (Primär-)Anspruchs zu berufen. Die Kläger haben zu den Voraussetzungen einer sekundären Hinweispflicht der Beklagten auf einen möglichen Schadensersatzanspruch und dessen kurze Verjährungsfrist nichts vorgetragen.

14 III. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind und die Sache folglich zur Endentscheidung reif ist, kann der Senat selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Der geltend gemachte Anspruch ist verjährt. Die Klage ist daher unter Aufhebung auch des landgerichtlichen Urteils abzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Magazin

Politik und Recht

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 25/2011 vom 30. 3. 2011

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen strafgerichtliche Verurteilung wegen Nötigung durch Sitzblockade auf einer befahrenen Straße

Am 15. März 2004 ließ sich der Beschwerdeführer zusammen mit circa 40 anderen Personen aus Protest gegen die sich abzeichnende militärische Intervention der USA im Irak auf der zu dem Luftwaffenstützpunkt der US-amerikanischen Streitkräfte bei Frankfurt am Main führenden Ellis Road nieder. Daraufhin wurde er vom Amtsgericht wegen Nötigung nach § 240 StGB zu einer Geldstrafe verurteilt.

Das Landgericht verwarf die hiergegen gerichtete Berufung des Beschwerdeführers. Die Demonstranten hätten den Tatbestand der Nötigung erfüllt, indem sie mit der Sitzblockade gegenüber denjenigen Fahrzeugführern Gewalt ausgeübt hätten, die durch vor ihnen anhaltende Fahrzeuge an der Weiterfahrt gehindert worden seien. Außerdem hätten sie rechtswidrig gehandelt.

Die von ihnen ausgeübte Gewalt sei Mittel zum Zweck der Erregung von Aufmerksamkeit für bestimmte politische Zwecke gewesen. Zwangseinwirkungen, die allein darauf abzielten, durch gewaltsamen Eingriff in Rechte Dritter gesteigertes Aufsehen in der Öffentlichkeit zu erregen, seien durch das Grundrecht der Versammlungsfreiheit nicht gedeckt. Zudem sei die Beeinträchtigung fremder Freiheit ein völlig ungeeignetes Mittel zur Erreichung des angestrebten Zweckes gewesen. Schließlich beseitigten gesellschaftspolitische Motive nicht die Rechtswidrigkeit des Eingriffs in Rechte Dritter, sondern seien in der Strafzumessung zu berücksichtigen.

Mit der gegen die Entscheidung des Landgerichts gerichteten Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Analogieverbots sowie der Versammlungsfreiheit gemäß Art. 8 Abs. 1 GG.

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die angegriffene Entscheidung aufgehoben, weil sie den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit aus Art. 8 Abs. 1 GG verletzt, und die Sache zur erneuten Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Einen Verstoß gegen das aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Analogieverbot durch die umstrittene „Zweite-Reihe-Rechtsprechung" des Bundesgerichtshofs konnte die Kammer dagegen nicht erkennen (Beschluss vom 7. 3. 2011 – 1 BvR 388/05).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

1. Die vom Landgericht bei der Auslegung des Gewaltbegriffs des Nötigungstatbestandes herangezogene sogenannte „Zweite-Reihe-Rechtsprechung" des Bundesgerichtshofs begegnet keinen Bedenken in Bezug auf Art 103 Abs. 2 GG.

Nach dieser Vorschrift darf eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Daraus folgt für die Rechtsprechung ein Verbot, den Inhalt der Strafvorschrift zu erweitern und damit Verhaltensweisen in die Strafbarkeit einzubeziehen, die nach dem Wortsinn der Vorschrift den Straftatbestand nicht mehr erfüllen.

In der vorliegenden Situation ergibt sich die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens der Demonstranten gemäß § 240 Abs. 1 StGB nicht aus deren unmittelbarer Täterschaft durch eigenhändige Gewaltanwendung, sondern aus mittelbarer Täterschaft durch die ihnen zurechenbare Einwirkung des ersten Fahrzeugführers als Tatmittler auf die nachfolgenden Fahrzeugführer. Die vom Bundesverfassungsgericht in früheren Entscheidungen für die Annahme von Gewalt im Sinne von § 240 Abs. 1 StGB geforderte körperliche Zwangswirkung liegt vor. Zwar entspricht es der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass dies nicht für das Verhältnis der Demonstranten zu dem ersten Fahrzeugführer gilt, der aus Rücksicht auf die Rechtsgüter der Demonstranten und damit allein aus psychischem Zwang anhält. Eine körperliche Zwangswirkung kann jedoch im Verhältnis des ersten Fahrzeugführers zu den nachfolgenden Fahrzeugführern angenommen werden.

Die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens der Demonstranten folgt daraus, dass diese den anhaltenden ersten Fahrzeugführer und sein Fahrzeug bewusst als Werkzeug zur Errichtung eines körperlichen Hindernisses für die nachfolgenden Fahrzeugführer benutzen. Dass hierbei im Verhältnis von Demonstranten zu dem ersten Fahrzeugführer keine körperliche, sondern allein eine psychische Zwangswirkung vorliegt, ist für § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB ohne Belang, da die Einflussnahme eines mittelbaren Täters auf den Tatmittler durchaus allein psychischer Natur sein darf. Auch die Annahme, dass die Demonstranten über hinreichende Tatherrschaft beziehungsweise Willen zur Tatherrschaft verfügen, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Demonstranten versetzen den ersten Fahrzeugführer durch ihre Sitzblockade gezielt in ein Dilemma, das dieser rechtlich nicht anders als durch Stehenbleiben und damit durch Behinderung der nachfolgenden Fahrzeugführer auflösen kann. Auch einem Laien ist es hinreichend nachvollziehbar, dass ein Verhalten wie das der Demonstranten durch die Blockade für die im Stau eingeschlossenen Fahrer eine körperliche Zwangswirkung herbeiführt und damit als Nötigung tatbestandsmäßig sein kann.

2. Die Entscheidung des Landgerichts verletzt den Beschwerdeführer jedoch in seinem Grundrecht auf Versammlungsfreiheit.

Das Landgericht hat den Versammlungscharakter der Sitzblockade mit verfassungsrechtlich nicht tragfähigen Gründen verneint. Dass die Aktion die Erregung öffentlicher Aufmerksamkeit für bestimmte politische Belange bezweckte, lässt den Schutz der Versammlungsfreiheit nicht entfallen, sondern macht die gemeinsame Sitzblockade, die somit der öffentlichen Meinungsbildung galt, erst zu einer Versammlung im Sinne des Art. 8 Abs. 1 GG.

Die Ausführungen des Landgerichts rechtfertigen die Verurteilung des Beschwerdeführers mit Blick auf die damit einschlägige Versammlungsfreiheit nicht.

Gemäß § 240 Abs. 2 StGB ist die Nötigungshandlung rechtswidrig, wenn die Anwendung der Gewalt im Verhältnis zum angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Die Entscheidung des Landgerichts wird den diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht.

Zum einen hat es nicht sämtliche Gesichtspunkte in die gebotene Abwägung eingestellt, zum anderen die zugunsten des Beschwerdeführers streitenden Umstände fehlerhaft gewichtet. Zu Unrecht hat es insbesondere den Zweck der Sitzblockade, Aufmerksamkeit zu erregen und auf diese Weise einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung zu leisten, als einen für die Verwerflichkeit der Tat sprechenden Gesichtspunkt zu Lasten des Beschwerdeführers gewertet. Des Weiteren hat es verkannt, dass der Kommunikationszweck nicht erst bei der Strafzumessung, sondern im Rahmen der Verwerflichkeitsklausel gemäß § 240 Abs. 2 StGB, mithin bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit, zu berücksichtigen ist. Verfassungsrechtlich zu beanstanden ist des Weiteren, dass das Landgericht bei der Abwägung die Dauer der Aktion, deren vorherige Bekanntgabe, die Ausweichmöglichkeiten über andere Zufahrten, die Dringlichkeit des blockierten Transports sowie die Anzahl der von ihr betroffenen Fahrzeugführer gänzlich außer Betracht gelassen hat.

SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 21. 3. 2011

Bundesregierung hat kein schluessiges Konzept fuer eine nachhaltige Waldpolitik

Anlaesslich des heutigen Internationalen Tag des Waldes erklaert die zustaendige Berichterstatterin der SPD-Bundestagsfraktion Petra Crone:

Die Bundesregierung hat kein schluessiges Konzept fuer eine nachhaltige Waldpolitik. Vor drei Jahren wurde die Waldstrategie 2020 gross angekuendigt, in mehreren Konferenzen diskutiert und am Ende kommt nichts heraus. Das hat der deutsche Wald nicht verdient. Die Leistungen fuer die Gesellschaft werden zu wenig honoriert.

Die Bundesregierung kann keine Antwort auf die Schluesselfragen fuer unsere Waelder angesichts des Klimawandels geben. Ministerin Ilse Aigner ist nicht in der Lage, einen gesellschaftlichen Konsens ueber zentrale Punkte herzustellen: Wie kann Holz unter Beachtung der oekologischen und sozialen Funktionen des Waldes produziert werden? Wie sehen intelligente Klimamassnahmen in der Waldbewirtschaftung aus? Wie stellen wir sicher, dass der deutsche Wald auch in Zukunft eine CO_2- Senke bleibt?

Die SPD-Bundestagsfraktion fordert erneut, die gute fachliche Praxis im Bundeswaldgesetz als Mindestanforderung an die Bewirtschaftung zu verankern. Die Verknuepfung mit bestehenden Nationalen Strategien ist unerlaesslich. Die Biologische Vielfalt ist auch fuer den Wald von zentraler Bedeutung.

Eine zukuenftige und wegweisende Waldpolitik besteht nach Auffassung der SPD-Bundestagsfraktion aus einer finanziell effektiven und die Biodiversitaet schuetzenden Foerderung. Die Orientierung am Gemeinwohl darf in Zukunft kein Hemmschuh mehr fuer forstwirtschaftliche Produktion sein, vielmehr muss das Gegenteil begruendet werden. Auch fuer diesen Komplex muss eine Waldstrategie 2020 Loesungsansaetze praesentieren.

FDP-Bundestagsfraktion
Presseinformation vom 21. 3. 2011

Im „Jahr der Wälder" den Wald in den Mittelpunkt rücken

Zum heute beginnenden „Jahr der Wälder" erklärt die forstwirtschaftliche Sprecherin der FDP-Bundestagsfraktion Christel Happach-Kasan:

Der Wald hat eine große gesellschaftliche Bedeutung. Das gilt besonders für das Waldland Deutschland. Allerdings: Laut einer Studie der Schutzgemeinschaft Deutscher Wald aus 2009 weiß nur jedes fünfte Kind, wie eine Linde oder ein Eichelhäher aussieht. Hier gilt es gegenzusteuern. Das Jahr der Wälder ermöglicht uns, die Bedeutung des Waldes für Mensch, Natur und Wirtschaft stärker in das öffentliche Bewusstsein zu rücken. Diese Gelegenheit dürfen wir nicht ungenutzt verstreichen lassen. Die geplante „Waldstrategie 2020" weiter zu verzögern, wäre eine vertane Chance.

Wir setzen uns im Jahr der Wälder dafür ein, die geplante Waldstrategie zu verabschieden. Sie ist ein gutes Instrument, die Bedeutung unserer Wälder für die Stärkung der Nachhaltigkeit unserer Wirtschaft herauszustellen. Eine überlegte Waldstrategie kann eine Brücke zwischen den Ansprüchen der Holz- und Forstwirtschaft und den Erfordernissen von Natur- und Klimaschutz bauen. Wir müssen klar machen, wie wir den unterschiedlichen Anforderungen gerecht werden wollen und wo welche Anforderung Priorität hat. Dabei muss sichergestellt sein, dass die Rechte der Waldbesitzer gewahrt bleiben.

Das Cluster Forst und Holz trägt entscheidend zur wirtschaftlichen Stärkung der ländlichen Räume bei. Mit 1,2 Millionen Beschäftigten und einem Umsatz von rund 170 Milliarden Euro hat es eine erhebliche Bedeutung. Es ist nicht einfach, weder politisch noch in der forstwirtschaftlichen Umsetzung, die sehr unterschiedlichen Anforderungen an unsere Wälder miteinander zu vereinbaren. Die deutschen Forstwirte erledigen ihren Job jedoch hervorragend. Das gilt für Privatwälder genauso wie für Wälder in öffentlicher Hand. Dank ihrer Arbeit ist der deutsche Wald in einem guten Zustand.

CDU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 4. 3. 2011

Berufung gegen Urteil zum Egerer Stadtwald: Bundesregierung handelt konsequent für Vertriebene
Interessen aller Beteiligten berücksichtigen

Das Bundesministerium des Innern hat kürzlich gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Regensburg zum „Egerer Stadtwald" beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof Berufung eingelegt. Dazu erklärt der Vorsitzende der Gruppe der Vertriebenen, Aussiedler und deutschen Minderheiten Klaus Brähmig:

„Die Bundesregierung hat vollkommen richtig gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Regensburg zum Egerer Stadtwald Berufung eingelegt und handelt damit konsequent für die vertriebenen Egerländer.

Nach dem Regensburger Urteil vom 2. Dezember 2010 sollte die treuhänderische Verwaltung des Egerer Stadtwaldes durch die Bundesrepublik Deutschland bedingungslos aufgehoben und dadurch ein Verkauf ermöglicht werden.

Insbesondere die Auffassung des Gerichts, die Deutsch-Tschechische Erklärung von 1997 sei ein völkerrechtlicher Vertrag und beide Seiten hätten darin auf vermögensrechtliche Ansprüche aus der Vergangenheit generell verzichtet, ist ebenfalls aus Sicht der CDU/CSU-Fraktion völlig unzutreffend.

Die CDU/CSU-Fraktion hat sich im engen Kontakt mit der Sudetendeutschen Landsmannschaft und dem Bundesinnenministerium bereits früh der Thematik des Egerer Stadtwaldes angenommen und entsprechende Weichen gestellt.

So waren zuletzt Pläne der Stadt Cheb offenkundig geworden, in dem beliebten Naherholungsgebiet einen Windpark errichten zu wollen, was die anliegenden bayerischen Gemeinden in helle Aufregung versetzt hatte. Oberbürgermeister Pavel Vanousek dementierte nach dem Regensburger Urteil diese Absichten nur halbherzig.

Die CDU/CSU-Fraktion wird sich deshalb weiter für eine Lösung einsetzen, bei der die Interessen aller Beteiligten – auch der Sudetendeutschen – berücksichtigt werden."

Hintergrund: Der „Egerer Stadtwald" ist eine im bayerischen Landkreis Tirschenreuth gelegene Waldfläche von ca. 640 Hektar, die nach dem Rechtsträgerabwicklungsgesetz von der Bundesrepublik Deutschland treuhänderisch verwaltet wird. Als Eigentümerin ist in den Grundbüchern die in der Tschechischen Republik gelegene Stadt Eger (heutiger Name: Cheb) eingetragen. Die treuhänderische Verwaltung ist eine Folge der Umbrüche nach dem Zweiten Weltkrieg.

SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 23. 3. 2011

Blamable Vorstellung der CDU/CSU bei Wildtieren in Zirkussen

Zur heutigen Beratung ueber den Antrag „Wildtiere gehoeren nicht in den Zirkus" im Bundestagsausschuss fuer Ernaehrung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz erklaeren der Sprecher der Arbeitsgruppe Ernaehrung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der SPD-Bundestagsfraktion Wilhelm Priesmeier sowie der Tierschutzbeauftragte Heinz Paula:

In der Gesellschaft ist die Einsicht gewachsen, dass eine artgerechte Haltung von Wildtieren in Zirkussen nicht moeglich ist. Es besteht weitgehende Einigkeit, dass die gesetzlichen Regelungen nicht ausreichen: Bei Fachleuten, in der Politik, aber auch bei vielen Tierfreunden, die die Haltungsbedingungen von Wildtieren teilweise als skandaloes empfinden.

Obwohl bereits 2003 der Bundesrat ein Verbot der Wildtierhalten in Zirkussen gefordert hat, bleibt die Bundesregierung tatenlos. Dabei gibt es im Deutschen Bundestag eine Mehrheit, die die Haltung von nicht domestizierten Wildtieren in Zirkussen ablehnt. Die Beratungen im Ausschuss fuer Ernaehrung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz verliefen zunaechst erfolgversprechend. Der Ausschussvorsitzenden Michael Goldmann von der FDP hat sich redlich um parteiuebergreifendes Handeln bemueht. Ein gemeinsamer Antrag ist an den Unionsparteien gescheitert, die kein Problembewusstsein erkennen lassen.

Das Verhalten der CDU/CSU ist geradezu beschaemend und zeigt einmal mehr die Tatenlosigkeit von Ministerin Ilse Aigner. Sie hatte im Februar Initiativen der Bundesregierung fuer mehr Tierschutz angekuendigt, laesst aber erneut die Gelegenheit zum Handeln verstreichen. Die Vorstellung, die die CDU/CSU bei der Haltung von Wildtieren im Zirkus abgibt, ist blamabel. Auch die FDP stimmte letztendlich wider besseren Wissen mit dem Koalitionspartner gegen die Belange der Tiere.

CDU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 23. 2. 2011

Beschluss eines Gentechnik-Grenzwertes ist nur ein erster Schritt
Ehrliche Festlegung von Schwellenwerten für GVO

Die EU-Mitgliedstaaten haben am Dienstag im Ständigen Ausschuss für die Lebensmittelkette und Tiergesundheit dem Vorschlag der EU-Kommission zugestimmt, eine technische Lösung für Funde von nicht in der EU zugelassenen gentechnisch veränderten Organismen (GVO) einzuführen. Dazu erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Franz-Josef Holzenkamp, und der Berichterstatter für Gentechnik, Max Lehmer:

„Die Unionsfraktion im Bundestag begrüßt die Entscheidung der Mitgliedstaaten als einen ersten Schritt in die richtige Richtung. Wir setzen uns schon seit langem für mehr Klarheit und Wahrheit sowie mehr Ehrlichkeit im Umgang mit GVO ein. Verbraucher und Landwirte müssen wissen, wo gentechnisch veränderte Bestandteile enthalten sind und wo nicht. Gleichzeitig müssen wir die Realitäten des weltweiten Anbaus von genveränderten Pflanzen beachten und dies zur Grundlage unseres politischen Handelns machen.

Die Einführung einer technischen Lösung - das heißt eines Grenzwertes von 0,1 Prozent - für Spuren von GVO in Futtermittelimporten, für die die Zulassung in der EU beantragt wurde oder deren Zulassung ausgelaufen ist, ist aus unserer Sicht aber nur ein erster, nicht konsequenter Zwischenschritt.

Ziel muss grundsätzlich die Beendigung der Nulltoleranzpolitik der EU und die ehrliche Festlegung von Schwellenwerten für GVO sein, die zwar noch nicht in der EU, aber z. B. in den USA oder in Brasilien bereits zugelassen sind und angebaut werden. Wir brauchen nicht nur einen Grenzwert für Futtermittel, sondern auch für Lebensmittel und Saatgut.

Gleichzeitig fordern wir die Einführung einer Prozesskennzeichnung, um einen offenen und ehrlichen Dialog über das Vorhandensein von GVO im Herstellungsprozess von Lebensmitteln überhaupt führen zu können.

Nur dies ist konsequent und deshalb werden wir uns weiter dafür einsetzen."

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen
Pressemitteilung vom 23. 2. 2011

Unverantwortlicher Dammbruch bei Gentechnik-Futtermitteln in der EU

Zur Entscheidung des Ständigen Ausschusses für die Nahrungsmittelkette und Tiergesundheit, die Kontamination von Futtermitteln mit illegalen gentechnisch veränderten Organismen (GVO) zu erlauben, und zur Ankündigung des Erhalts des Gen-Mais MON 810-Verbots, erklärt Ulrike Höfken, Sprecherin für Agrogentechnik und Ernährungspolitik:

Illegale Gentechnikbestandteile von Futtermitteln werden von CDU/CSU, FDP und der EU-Kommission legalisiert, obwohl eine Rechtsstudie des BUND bekannt ist, wonach der EU-Kommissionsvorschlag gegen geltendes Recht verstößt. Erst vor wenigen Monaten hat das Bundesverfassungsgericht noch mal ausdrücklich die besondere Sorgfaltspflicht des Gesetzgebers bei der Agro-Gentechnik bestätigt. Auch Agrarministerin Aigner hat dem zugestimmt.

Im Hinterzimmer haben EU und Mitgliedstaaten klammheimlich der amerikanischen Agro-Gentechnik-Industrie einen Freibrief für ihre Schlampereien mit in der EU nicht zugelassenen Gentech-Konstrukten erteilt.

Dieser Freibrief gilt für Futtermittel ab einem Verunreinigungsschwellenwert von 0,1 Prozent. Damit ist das Einfallstor zur faktischen Abschaffung der in der EU geltenden Nulltoleranz für nicht zugelassene Gentech-Konstrukte geöffnet. Die Agro-Industrie wird diese Schleuse nutzen.

Heute wurde im Bundestagsausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz dagegen bestätigt: Der Anbau von Gen-Mais Mon 810 bleibt verboten. Die Umweltgefahren sind in einem Fachgespräch des Ministeriums mit der Wissenschaftlerin Dr. Angelika Hilbeck bestätigt worden.

Unsere Anzeigenpreisliste
im Internet: www.prewest.de
oder gemailt: info@prewest.de

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen
Pressemitteilung vom 29. 4. 2011

Gift im Gentech-Futter: Aigner muss handeln

Zur Studie „Vorsicht Giftmischer" durch Testbiotech e.V. erklärt Ulrike Höfken, Sprecherin für Agro-Gentechnik:

Die Studie offenbart erschreckende Lücken im Verbraucher- und Tierschutz. Offensichtlich wurden Gefahren, die sich aus dem Import gentechnisch veränderten Futtermittels ergeben, nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt – weder auf nationaler Ebene noch innerhalb der EU.

Als Verbraucherschutzministerin ist Ilse Aigner jetzt in der Pflicht. Deutschland importiert rund sieben Millionen Tonnen Soja, ein großer Teil davon ist gentechnisch verändert. Bei dem Anbau dieser Soja in den Exportländern wie den USA oder Argentinien wird besonders massiv das glyphosathaltige Herbizid „Roundup" (s.unten) eingesetzt. Giftige Rückstände können über die Nahrungskette bis zum Verbraucher gelangen, wie auch das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) bestätigt. In den Hauptanbauländern ist eine erschreckende Zunahme von Fehlgeburten, Missbildungen und Krebserkrankungen im Umfeld der mit Roundup gespritzten Felder zu beobachten, wie eine NABU-Studie nachweisen konnte.

Wir fordern Ministerin Aigner auf, das nationale Rückstandsmonitoring auf Importfuttermittel auszudehnen und eine industrieunabhängige Risikoforschung auf den Weg zu bringen. Außerdem muss die Abhängigkeit von Importfuttermitteln verringert werden. Bisher hat Aigner jedem Antrag auf Zulassung von gentechnisch veränderten Pflanzen auf EU-Ebene zugestimmt. Eine Risikobewertung, bei der das mit den Gentech-Pflanzen eingesetzte Herbizid berücksichtigt wird, findet nicht statt. Die Verbraucherministerin muss sich auf EU-Ebene dafür einsetzen, dass die Risikobewertung durch die europäische Lebensmittelbehörde EFSA verbessert und die unabhängige Risikoforschung gestärkt wird. Bis zur Klärung der Frage, wie die Rückstandskontrollen auf Pestizide bei Gentech-Importen sichergestellt werden kann, muss sie sich aktiv gegen weitere Zulassungen engagieren.

Hintergrund: Das Unkrautvernichtungsmittel Roundup enthält außer dem Hauptwirkstoff Glyphosat zahlreiche Zusatzstoffe wie etwa die als Benetzungsmittel eingesetzte POE-Tallowamine, die als sehr giftig eingestuft werden. Das BVL untersagte deswegen im Januar 2010 die Verwendung von Futtermitteln, bei deren Anbau in Deutschland Spritzmittel eingesetzt wurden, die POE-Tallowamine enthalten. Das Problem der Rückstände auf importierten Futtermitteln wird dabei ignoriert. Dabei muss bei den heute größtenteils aus Nord- und Südamerika importierten Eiweißfuttermitteln mit hohen Rückstandsbelastungen von Glyphosat und POE-Tallowaminen gerechnet werden.

CDU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 26. 5. 2011

EP-Agrarausschuss degradiert Landwirte zu Antragswirten
Nettozahlerposition Deutschlands darf sich nicht weiter verschlechtern

Der Agrarausschuss des Europäischen Parlamentes (EP) hat den Bericht des Abgeordneten Albert Deß zur Entwicklung der Gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) nach 2013 angenommen. Dazu erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Franz-Josef Holzenkamp:

„Der Beschluss des EP-Agrarausschusses ist aus unserer Sicht bedauerlich. Die Unionsfraktion im Bundestag lehnt die Kopplung der Direktzahlungen an die Erfüllung von Umweltauflagen über das bereits heute geltende Niveau hinaus ab. Wir

müssen darauf achten, dass die in Deutschland durchgeführten Umweltmaßnahmen der zweiten Säule durch die neuen Überlegungen nicht kaputt gemacht werden.

Darüber hinaus halten wir die daraus folgende Verknüpfung der beiden Säulen der GAP nicht für sinnvoll. Bereits heute muss ein Landwirt einen ganzen Katalog von Maßnahmen einhalten („Cross Compliance"), bevor er Gelder aus Brüssel erhält. Offenbar sollen die Bauern nun gänzlich zu Antragswirten umgeschult werden.

Wir begrüßen es ausdrücklich, dass sich der EP-Agrarausschuss für die Zwei-Säulen-Struktur der GAP und zu einer Beibehaltung des bisherigen EU-Agrarbudgets bekannt hat.

Es ist allerdings aus unserer Sicht völlig unverständlich, dass sich die Mitglieder des EP-Agrarausschusses in der Frage der Kappung von Direktzahlungen ihrer eigenen Gestaltungsmöglichkeiten beraubt haben und der EU-Kommission völlig freie Hand gegeben haben. Unabhängig von der inhaltlichen Bewertung der Kappung ist es für uns in den weiteren Verhandlungen elementar, dass sich die Nettozahlerposition Deutschlands nicht weiter verschlechtert.

Unser Dank gilt dem Autor des Berichts, dem Europaabgeordneten Albert Deß, dem es gelungen ist, über 1.200 Änderungsanträge in seinen Bericht einzuarbeiten. Leider war ein Teil seiner guten Vorschläge nicht mehrheitsfähig."

CDU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 29. 4. 2011

Grün-Rot schadet dem Land Baden-Württemberg und seiner Landwirtschaft
Vorbildliche bäuerliche Landwirtschaft mit hohem Aufwand und vielen Umweltleistungen darf nicht gefährdet werden.

Grün-Rot hat in Baden-Württemberg den Koalitionsvertrag vorgelegt. Zu den agrarpolitischen Vorstellungen der neuen Koalition erklären der stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Johannes Singhammer, und der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Franz-Josef Holzenkamp:

„Nun ist die Katze aus dem Sack: Der Koalitionsvertrag von Grün-Rot in Baden-Württemberg lässt Schlimmes befürchten. Noch nicht im Amt, so wird schon jetzt deutlich, wie die zukünftige Landesregierung massiv die bisher durchweg positive Entwicklung des Landes gefährdet", erklärt Singhammer. „Schon die Überschrift spricht Bände. Wenn Grün-Rot tatsächlich einen „Wechsel" von der bisher bäuerlich und umweltfreundlich geprägten Landwirtschaft plant, dann müssen bei allen Landwirten die Alarmglocken schrillen. Bisher stand das „Ländle" für eine starke bäuerliche Landwirtschaft, die mit hohem Aufwand und vielen Umweltleistungen vorbildliche Arbeit geleistet hat. So konnten im Einklang mit der Natur auch kleinbäuerliche Strukturen wirtschaftlich erhalten werden. Diese positive Entwicklung umzudrehen, wäre grob fahrlässig", sagt Singhammer.

„Mindestens genauso schädlich sind die Ankündigungen zur Zukunft der Gemeinsamen Agrarpolitik in Europa (GAP)", erklärt Holzenkamp. „Grün-Rot fordert, das Greening – also zusätzliche Umweltmaßnahmen – allein aus der sogenannten der Produktionsförderung („erste Säule") zu finanzieren. Dies würde jedoch zwangsläufig zu einer Schwächung derjenigen Landwirte führen, die bereits jetzt mit großen Anstrengungen Agrarumweltmaßnahmen in der „zweiten Säule" der ländlichen Entwicklung und Ökologie umgesetzt haben. Hier gilt es vielmehr, nicht noch zusätzliche Bürokratie aufzubauen, sondern die Greening-Maßnahmen am tatsächlichen Nutzen für die Natur auszurichten. Daher setzt die Union weiter auf den Ausbau des Vertragsnaturschutzes."

„Positiv ist anzumerken, dass die von der CDU eingeführten Programme zur Stärkung von Umweltmaßnahmen (MEKA) und zur Unterstützung des ländlichen Raums (ELR) beibehalten werden sollen. Diese haben Vorbildcharakter und zeigen, wie gute unionsgeführte Politik aussieht" sagt Singhammer. „Unsere Forderungen nach einer besseren Verwertung von Gülle in Biogasanlagen und einer klareren Ausrichtung auf kleine Anlagen wurden von Grün-Rot aufgegriffen. Die Arbeiten für diese Änderungen im EEG sind beim Bund bereits weit fortgeschritten und werden schon bald von der Bundesregierung vorgelegt. Damit stärken wir ein wichtiges Standbein der Landwirtschaft und sichern weitere Arbeitsplätze im ländlichen Raum."

„Für die Zukunft des Landes und speziell der Landwirtschaft in Baden-Württemberg wird es nun darauf ankommen, wie die Einzelmaßnahmen konkret umgesetzt werden. Die Erfahrungen in Nordrhein-Westfalen zeigen deutlich, welche untergeordnete Rolle die Landwirtschaft bei Grün-Rot spielt und wie schnell eine ganze Branche in deren „Knebelgriff" geraten kann" erklären die Abgeordneten abschließend.

FDP-Bundestagsfraktion
Presseinformation vom 10. 5. 2011

Landwirte bei der EEG-Novelle stärker berücksichtigen

Zum Positionspapier des Bundeslandwirtschaftsministeriums zur anstehenden Novelle des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes erklärt der Experte für Erneuerbare Energien im Agrarausschuss der FDP-Bundestagsfraktion Rainer Erdel:

Ich begrüße, dass sich Landwirtschaftsministerin Aigner in der Debatte um das neue EEG frühzeitig zu Wort meldet. Im Bereich der Biogaserzeugung spielen die Landwirte als Anlagenbetreiber und Rohstoffproduzenten die entscheidende Rolle. Von den 128.000 Beschäftigten im Bereich der Biomasse leben viele im ländlichen Raum. Die Bioenergie leistet damit einen wichtigen Beitrag zur Wertschöpfung in ländlichen Räumen. Dies ist angemessen zu berücksichtigen.

Es ist daher richtig, dass sich Ministerin Aigner in einigen Punkten vom EEG-Erfahrungsbericht des Umweltministeriums distanziert. So unterstütze ich insbesondere die Forderung zu prüfen, wie man die Förderbedingungen für kleinere Anlagen für die Betreiber auch künftig wirtschaftlich ausgestalten kann. Dies betrifft vor allem die mögliche Einführung einer zusätzlichen Größenklasse und die Degression bei großen Anlagen.

Kleinere Anlagen sind meist ökologisch besonders sinnvoll, weil sie Gülle vergären und damit nicht nur Erneuerbare Energie erzeugen, sondern auch Treibhausgas- und Geruchsemissionen vermeiden und die Gülle selbst zu einem höherwertigen Dünger veredeln. Die Transportwege der Gülle bleiben bei kleineren dezentralen Anlagen kurz.

FDP-Bundestagsfraktion
Presseinformation vom 16. 3. 2011

Absatzfondsauflösung:
Die Rest-Mittel erhalten die Landwirte

Anlässlich der bevorstehenden Beschlussfassung des Deutschen Bundestages zur Auflösung und Abwicklung der Anstalt „Absatzförderungsfonds der deutschen Land- und Ernährungswirtschaft" sowie der Anstalt „Absatzförderungsfonds der deutschen Forst- und Holzwirtschaft" und der Frage der Verwendung der darin verbleibenden Mittel erklärt der zuständige Berichterstatter im Haushaltsausschuss der FDP-Bundestagsfraktion Heinz-Peter Haustein:

Das Bundesverfassungsgericht hat 2009 die gesetzliche Aufgabenstellung der Absatzfonds, die Durchführung ihrer Aufgaben durch zentrale Einrichtungen der Wirtschaft sowie die Finanzierung über die Sonderabgabe für verfassungswidrig und nichtig erklärt.

Dementsprechend wickelt die christlich-liberale Bundesregierung die beiden Fonds nun ab. Die entscheidende Frage dabei: Was geschieht mit den in den beiden Fonds verbleibenden Mitteln? Es geht dabei aktuell nach vorsichtigen Schätzungen um 14 bis15 Millionen Euro.

Die Bundesregierung wollte die Mittel dem allgemeinen Bundeshaushalt zuführen. Diese Position habe ich von Beginn der Debatte an nicht nachvollziehen können. Denn die Mittel wurden von den Unternehmen der Branche entrichtet. Sie jetzt, da die Fonds für verfassungswidrig erklärt wurden, einfach im Haushalt zu vereinnahmen, wäre in höchstem Maße ungerecht gewesen.

Daher bin ich froh, dass wir nun mit der Union eine Einigung im Sinne der Land- und Forstwirtschaft finden konnten. Die übrigen Mittel aus den beiden Fonds werden dem Zweckvermögen der landwirtschaftlichen Rentenbank zugeführt. Ein entsprechender Änderungsantrag ist bereits beschlossen worden.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen
Pressemitteilung vom 16. 3. 2011

Millionengeschenk der Koalition an den Bauernverband

Zum Beschluss der Koalition, die Restmittel aus dem Absatzfonds 2009 an das Zweckvermögen der Landwirtschaftlichen Rentenbank zu geben, erklärt Friedrich Ostendorff, Sprecher für Agrarpolitik:

Mit diesem Gesetz macht die Koalition den Bock wieder zum Gärtner. Da erklärt das Bundesverfassungsgericht den von DBV-Präsident Sonnleitner über Jahre gelenkten CMA-Abgaben-Sammeltopf für verfassungswidrig. Und dann kommen Union und FDP ausgerechnet auf die Idee, die im Absatzfonds übrig bleibenden circa 14 Millionen Euro nach dessen Auflösung wieder genau den Herren in die Hände zu drücken, die schon die CMA und den verfassungswidrigen Absatzfonds zu verantworten hatten: DBV-Präsident Sonnleitner und seinem Generalsekretär Dr. Born.

Denn genau sie sind es, die als Spitze des Verwaltungsrates bei der Landwirtschaftlichen Rentenbank maßgeblich über die Verwendung des Zweckvermögens bestimmen. Nicht umsonst geht ein Großteil der jährlich rund fünf Millionen Euro Fördermittel aus diesem Zweckvermögen an Projekte und Mitgliedsorganisationen des DBV.

Wir fordern eine Verwendung der Mittel im Sinne des landwirtschaftlichen Gemeinwohls und haben daher die Gründung einer unabhängigen Stiftung Bäuerliche Landwirtschaft beantragt.

CDU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 11. 5. 2011

Christlich-liberale Politik stärkt Land- und Ernährungswirtschaft
Für die Zukunft setzen wir auf die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit unserer Betriebe und auf innovative Technologien

Bundeslandwirtschaftsministerin Ilse Aigner hat heute im Kabinett den Agrarpolitischen Bericht der Bundesregierung vorgelegt. Der Bericht analysiert die Entwicklung der Landwirtschaft in den Jahren 2007 bis 2011. Dazu erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Franz-Josef Holzenkamp:

„Der Agrarpolitische Bericht der Bundesregierung zeigt, welchen positiven Einfluss die an den Werten der CDU/CSU-Bundestagsfraktion orientierte Agrarpolitik auf die landwirtschaftliche Produktion in Deutschland hat. Wir legen mit einer soliden Politik die Grundlage dafür, dass wir die vor uns liegenden Herausforderungen in der Ernährungs- und Landwirtschaftpolitik lösen können.

Der Strukturwandel in der Landwirtschaft hat sich mit einer Verringerung der Zahl der Betriebe fortgesetzt – ein Prozess, der sich aber insgesamt verlangsamt hat. Der Bericht zeigt, welchen enormen wirtschaftlichen Beitrag die Land- und Ernährungswirtschaft mit den vor- und nachgelagerten Bereichen zur Bruttowertschöpfung in Deutschland erbringt, vor allem auch in strukturschwachen ländlichen Gebieten.

Die landwirtschaftlichen Betriebe haben in den vergangenen Jahren starke Schwankungen bei ihren Erlösen hinnehmen müssen. Das betraf insbesondere die Milchviehbetriebe in bisher nicht gekanntem Ausmaß. Dies ist eine Folge der zunehmenden Öffnung der EU für die internationalen Agrarmärkte.

Die von der CDU/CSU-Bundestagsfraktion geführten Bundesregierungen haben in der laufenden und der vergangenen Legislaturperiode auch in wirtschaftlich schwierigen Zeiten Kurs in der Agrarpolitik gehalten. Wir haben unsere Bauern nicht mit populistischen und unrealistischen Forderungen nach Marktabschottung und Marktregulierung verunsichert. Wir haben sie auf die Realitäten des Marktes vorbereitet und mit gezielten Hilfen gut durch die Krise gebracht.

Unsere Politik ist verlässlich. So haben wir die Agrardieselvergütung trotz der schwierigen Haushaltssituation auf den Stand vor Rot-Grün angehoben. Wir stehen klar zur Eigenständigkeit der landwirtschaftlichen Sozialversicherung, wodurch die die Betriebe wirksam entlastet werden.

Für die Zukunft wollen wir die Land- und Ernährungswirtschaft in Deutschland weiter stärken. Dazu setzen wir einerseits auf die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit unserer Betriebe, andererseits auf neue und innovative Technologien. Diesen Kurs werden wir weiter folgen."

SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 11. 5. 2011

Die deutsche Land- und Ernaehrungswirtschaft verdient eine bessere Politik

Anlaesslich der Vorstellung des Agrarpolitischen Berichtes der Bundesregierung 2011 erklaert der agrarpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Wilhelm Priesmeier:

Die SPD fordert von Ministerin Aigner endlich eine klare Linie in der Agrarpolitik. Die deutsche Land- und Ernaehrungswirtschaft stehen vor grossen Herausforderungen und deren Bewaeltigung muss politisch unterstuetzt werden.

Forderungen nach hoeheren Tierschutzstandards, die Auswirkungen des Klimawandels und eine exzessive Spekulation mit agrarischen Rohstoffen sind reale Herausforderungen fuer die Unternehmen der Land- und Ernaehrungswirtschaft.

Diese Themen sollten endlich auf die politische Agenda des Ministeriums gesetzt werden, statt sie weiterhin in theorielastigen Workshops zu diskutieren.

Waehrend ganz Europa ueber diese und andere Herausforderungen spricht, schweigt die Ministerin in zentralen Themenbereichen.Ein Blick auf die Homepage des Ministeriums zeigt: statt politischer Aussagen nur Ankuendigungen und schoene Worte.

Ministerin Aigner gibt keine Antworten auf die draengenden Fragen der Zukunft:

– Die deutsche Land- und Ernaehrungswirtschaft ist auf hochmotivierte und gut ausgebildete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer angewiesen. Von guter Arbeit muessen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer leben koennen. Auch Sicherheit im Alter muss gewaehrleistet sein. Deshalb fordern wir endlich Mindestloehne fuer die in der Forst- und Landwirtschaft Beschaeftigten.

– Die laendlichen Raeume stehen vor grossen Veraenderungen. Der demografische Faktor ist nur ein Teilaspekt. Abwanderung von gut ausgebildeten Menschen schwaecht die Wertschoepfungsmoeglichkeiten im laendlichen Raum noch weiter. Deshalb reicht der Blick allein auf die Landwirtschaft laengst nicht mehr aus. Deshalb fordern wir, die Wertschoepfungsketten und die Lebensqualitaet im laendlichen Raum zu staerken.
– Die Auswirkungen des Klimawandels und die Forderung nach mehr Ressourceneffizienz erfordern Antworten auch von der deutschen Landwirtschaft. Deshalb fordern wir, staerkere politische und finanzielle Anreize zur Bewaeltigung der Herausforderungen zu setzen.
– Der Tierschutz liegt den Verbraucherinnen und Verbrauchern besonders am Herzen. Deshalb fordern wir mehr Forschung fuer die artgerechte Tierhaltung.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen
Pressemitteilung vom 11. 5. 2011

Agrarbericht 2011: Schönreden einer falschen Agrarpolitik

Zum heute vorgelegten Agrarbericht der Bundesregierung erklärt Friedrich Ostendorff, Sprecher für Agrarpolitik:

Der Agrarbericht ist Ausdruck der falschen und ziellosen Agrarpolitik der Bundesregierung und strotzt vor Widersprüchen:

Die Zustimmung zur Analyse von Agrarkommissar Ciolos, dass in der Landwirtschaft mehr für den Klima-, Umwelt- und Artenschutz getan werden muss, steht im krassen Widerspruch zu der totalen Verweigerungshaltung der Bundesregierung bei den Verhandlungen der von Ciolos vorgeschlagenen Reform der EU-Agrarpolitik. In Wahrheit steht Frau Aigner inzwischen weitgehend allein als Reformverweigerin da.

Das Eingeständnis, dass die Landwirtschaft weltweit mit 18 Prozent und in Deutschland mit 13 Prozent zum Klimawandel beiträgt, ist richtig. Es widerspricht aber der bisher von Aigners Parlamentarischem Staatssekretär vertretenen Haltung, es seien weltweit allenfalls sieben Prozent und in Deutschland höchstens elf Prozent.

Die Bundesregierung bestätigt den besonderen Beitrag des Ökologischen Landbaus zum Ressourcenschutz. Verschwiegen wird, dass Schwarz-Gelb das Bundesprogramm Ökologischer Landbau faktisch abgeschafft hat und nichts unternimmt, um die stark ansteigende Nachfrage nach Bioprodukten durch heimisches Angebot zu befriedigen.

Die aggressive Exportstrategie der Bundesregierung wird verteidigt, obwohl diese die negative Klimabilanz der Landwirtschaft und die Massentierhaltung in Deutschland weiter verschärft.

Tierschutzmaßnahmen wie das Verbot von Neuzulassungen von Käfigen für Legehennen oder der betäubungslosen Ferkelkastration werden erneut angekündigt, während die Koalition im Bundestag alles tut, um diese zu verhindern.

FDP-Bundestagsfraktion
Presseinformation vom 11. 5. 2011

Landwirtschaft auf gutem Weg

Zum von Bundeslandwirtschaftsministerin Ilse Aigner heute im Kabinett vorgelegten Agrarbericht erklärt die agrar- und ernährungspolitische Sprecherin der FDP-Bundestagsfraktion Christel Happach-Kasan:

Die Situation der deutschen Landwirtschaft hat sich nach dem Krisenjahr 2009 verbessert. Die marktorientierte Agrarpolitik der christlich-liberalen Koalition hat einer starken, unternehmerischen Landwirtschaft den nötigen Freiraum für diese Entwicklung gegeben. Insbesondere in den Sektoren Schweinefleischerzeugung und Rapsanbau sind die deutschen Landwirte Europameister. Auch die deutsche Milchproduktion hat sich stabilisiert, Deutschland ist weiterhin Nettoexporteur von Milchprodukten. Es gilt, die Wettbewerbsfähigkeit unserer Betriebe weiterhin zu stärken und einen nachhaltigen, effizienten Umgang mit unseren natürlichen Ressourcen zu fördern.

Dennoch bleiben die Einkommen der Landwirte im Vergleich zu gewerblichen Betrieben zurück. Obwohl unsere Landwirte qualitativ hochwertige Lebensmittel erzeugen, die höchsten Verbraucheransprüchen genügen, EU-weit die höchsten Tierschutzansprüche erfüllen und unsere Kulturlandschaft pflegen, wird dies von der Gesellschaft nicht über die Erzeugerpreise honoriert. Deshalb ist es verständlich, dass unternehmerische Landwirte Zusatzeinkommen aus nichtlandwirtschaftlicher Tätigkeit anstreben und insbesondere im Bereich der erneuerbaren Energien, aber auch in der Direktvermarktung und im Tourismus ihr Potential nutzen.

Die deutsche Forstwirtschaft ist multifunktional und erfüllt wirtschaftliche, ökologische und gesellschaftliche Aufgaben. Die FDP unterstützt das Vorhaben der Bundesregierung noch in diesem Jahr eine Waldstrategie parallel zur Biodiversitätsstrategie zu verabschieden.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 111/2010 vom 2. 12. 2010

Vorschriften zur Legehennenhaltung verfassungswidrig

Auf den Normenkontrollantrag der Landesregierung Rheinland-Pfalz hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts mit Beschluss vom 12. Oktober 2010 die Regelung zur Kleingruppenhaltung von Legehennen (§ 13b TierSchNutztV) für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt. Ebenfalls für unvereinbar erklärt wurden die zugehörigen Übergangsregelungen (§ 33 Abs. 3 und 4 TierSchNutztV in der zur Prüfung gestellten Fassung, zwischenzeitlich § 38 Abs. 3 und 4 TierSchNutztV). Eine Neuregelung muss bis zum 31. März 2012 erfolgen (Beschluss vom 12. 10. 2010 – 2 BvF 1/07).

Das Bundesverfassungsgericht hatte in einer Entscheidung aus dem Jahr 1999 die Hennenhaltungsverordnung vom 10. Dezember 1987 für nichtig erklärt, weil es die Flächenvorgaben für die in dieser Verordnung vorgesehene konventionelle Käfighaltung für unvereinbar mit den Anforderungen des Tierschutzgesetzes erachtete; zudem sah es das Zitiergebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG verletzt (BVerfGE 101, 1).

Zur Schließung der durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts entstandenen Regelungslücke und zur Umsetzung einer kurz nach dem Urteil erlassenen EG-Richtlinie (Richtlinie 1999/74/EG) wurde im Februar 2002 die Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung um Bestimmungen für das Halten von Legehennen ergänzt. Mit dieser Ergänzung wurde die konventionelle Käfighaltung abgeschafft. Auch sogenannte „ausgestaltete Käfige“ nach der Richtlinie 1999/74/EG (größere Käfige, die zudem über eine bestimmte Ausstattung – Sitzstangen, Nest, Scharrfläche – verfügen mussten) wurden nicht zugelassen. Als Haltungsformen waren nur noch die Boden- und die Volièrenhaltung vorgesehen.

Aufgrund eines Maßgabebeschlusses des Bundesrates wurden die Haltungsanforderungen für Legehennen und die zugehörigen Übergangsfristen durch die Zweite Verordnung zur Änderung der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung vom 1. August 2006 erneut geändert. Die Käfighaltung wurde wieder eingeführt, allerdings nicht mehr in Form der konventionellen Käfige, sondern in Form der sogenannten Kleingruppenhaltung (§ 13b TierSchNutztV), deren Anforderungen über die Mindestanforderungen nach der Richtlinie 1999/74/EG hinausgehen. Die Übergangsvorschriften wurden großzügiger ausgestaltet.

Gegen diese Bestimmungen – in einer inhaltlich unveränderten späteren Verordnungsfassung – richtet sich der Nor-

menkontrollantrag, der das Verfahren des Zustandekommens der Vorschriften beanstandet und geltend macht, die vorgesehenen Haltungsbedingungen seien tierschutzwidrig.

Ursprünglich war vorgesehen gewesen, die Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung nur durch Einfügung von Bestimmungen zur Schweinehaltung zu ändern. Dieser Änderung stimmte der Bundesrat jedoch im April 2006 nur mit der Maßgabe zu, dass auch die genannten Bestimmungen zur Legehennenhaltung eingefügt würden. Der Text der geplanten Neuregelung in der Fassung des Maßgabebeschlusses des Bundesrates vom April 2006 wurde der Europäischen Kommission noch im April 2006 notifiziert. Das Kabinett nahm den Maßgabebeschluss des Bundesrates Anfang Mai 2006 zustimmend zur Kenntnis. Danach wurde die Tierschutzkommission beteiligt.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

1. Die zur Prüfung gestellten Vorschriften halten sich nicht im Rahmen der nach Art. 80 Abs. 1 GG erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, weil die Tierschutzkommission nicht in der nach dem Tierschutzgesetz (§ 16b TierSchG) erforderlichen Weise angehört wurde. Sieht das Gesetz für den Erlass einer Norm ein Anhörungserfordernis vor, so zielt es darauf, dass das Ergebnis der Anhörung als informatorische Grundlage in die Abwägungsentscheidung des Normgebers einfließt. Die Anhörung ist nicht ordnungsgemäß, wenn sie nur pro forma durchgeführt wird, ohne dass beim Normgeber noch die Möglichkeit oder Bereitschaft besteht, das Ergebnis in der Abwägungsentscheidung zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall wurde die Anhörung nicht beratungsoffen durchgeführt.

Bereits vor der Sitzung der Tierschutzkommission hatte das Kabinett den Maßgabebeschluss des Bundesrates vom April 2006 zustimmend zur Kenntnis genommen. Ebenfalls bereits vor der Sitzung der Tierschutzkommission war die Notifizierung an die Europäische Kommission erfolgt. Die Bundesregierung hat sich mit einem auf Staatssekretärsebene gefassten Beschluss vom Januar 2005, den sie im vorliegenden Verfahren vorgelegt hat, über wesentliche Modalitäten der Notifizierung verständigt. Üblich ist es danach, Verordnungsentwürfe erst nach den erforderlichen Anhörungen zu notifizieren und erst im Anschluss daran das Kabinett zu befassen. Ein Vorziehen der Notifizierung oder der Kabinettsbefassung vor die vorgesehenen Anhörungen ist dagegen für keinen Fall vorgesehen. Wenn demgegenüber im vorliegenden Fall die Tierschutzkommission erst befasst wurde, nachdem der Verordnungsentwurf sowohl durch das Kabinett gegangen als auch der Europäischen Kommission notifiziert worden war, spricht dies dafür, dass der Verordnungsinhalt zum Zeitpunkt der Befassung der Tierschutzkommission bereits beschlossene Sache war.

Dies wird bestätigt und bekräftigt durch die besondere Lage, die mit dem Maßgabebeschluss des Bundesrates entstanden war. Die in § 65 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien normativ aufgenommene Praxis solcher Maßgabebeschlüsse ist verfassungsrechtlich als solche nicht zu beanstanden. Welche Grenzen des Sachzusammenhangs dabei gewahrt bleiben müssen und was die Konsequenzen einer Überschreitung dieser Grenzen sind, bedarf hier keiner Entscheidung. Der Beschluss zeigt, dass zum Zeitpunkt der Befassung der Tierschutzkommission die für eine Anhörung erforderliche inhaltliche Offenheit nicht mehr gegeben war. Das Verordnungsverfahren stand, nachdem die Bundesrepublik Deutschland vom Europäischen Gerichtshof im Jahr 2005 wegen Nichtumsetzung von Richtlinien zur Schweinehaltung verurteilt worden war, auch in zeitlicher Hinsicht unter Anpassungsdruck. Unter diesem Druck konnte das zuständige Ministerium sich dem Ansinnen des Bundesrates nicht entziehen. Dass das Verfahren infolgedessen unter dem Eindruck gestaltet war, man befinde sich unter einem faktischen Zwang, die Verordnung mit den vom Bundesrat gewünschten Inhalten zu erlassen, zeigt sich nicht nur darin, dass von den im Beschluss der Staatssekretäre vom Januar 2005 vorgesehenen Abfolgen von Anhörung, Notifizierung und Kabinettsbefassung abgewichen wurde, sondern auch darin, dass entgegen der Empfehlung dieses Beschlusses, zustimmungspflichtige Rechtsverordnungen erst nach Ablauf der Stillhaltefrist des Notifizierungsverfahrens dem Bundesrat zuzuleiten, im vorliegenden Fall die Notifizierung im Anschluss an das Bundesratsverfahren erfolgte. Ein Maßgabebeschluss des Bundesrates führt nicht dazu, dass ein im Gesetz für den Erlass einer Rechtsverordnung vorgesehenes Anhörungserfordernis seine Geltung verliert. Vielmehr darf, wenn der Maßgabebeschluss wesentliche Änderungen vorsieht, die Verordnung mit den vorgesehenen Änderungen erst nach erneuter Anhörung erlassen werden. Auch der Zeitdruck, unter dem der Verordnungsgeber sich im Hinblick auf die notwendige Anpassung der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung an gemeinschaftsrechtliche Vorgaben befand, kann eine solche Abweichung von den verfahrensrechtlichen Anforderungen nicht rechtfertigen. Es ist Sache der zuständigen Normsetzungsorgane, notwendige Maßnahmen zur Umsetzung von Richtlinien so frühzeitig einzuleiten, dass das nationale Rechtsetzungsverfahren gemäß den verfahrensrechtlichen Vorgaben des deutschen Rechts durchgeführt werden kann.

2. Mit dem Verstoß gegen das Anhörungserfordernis hat der Verordnungsgeber auch Art. 20a GG verletzt.

Art. 20a GG verpflichtet die staatliche Gewalt zum Schutz der Tiere. Als Belang von Verfassungsrang ist der Tierschutz im Rahmen von Abwägungsentscheidungen zu berücksichtigen. Den normsetzenden Organen, die dem Staatsziel Tierschutz mit geeigneten Vorschriften Rechnung zu tragen haben, kommt dabei ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Hat allerdings der Gesetzgeber in Ausfüllung dieses Gestaltungsspielraums das Ermessen des Verordnungsgebers durch Verfahrensvorschriften beschränkt, die gerade das Zustandekommen materiell tierschutzgerechter Ergebnisse des Normsetzungsverfahrens fördern sollen und damit dem Staatsziel Tierschutz dienen, so ist nicht nur einfaches Recht, sondern zugleich Art. 20a GG verletzt, wenn nicht wie gesetzlich vorgegeben verfahren wird. Eine Verordnung, die unter Verstoß gegen das Anhörungserfordernis des § 16b Abs. 1 Satz 2 TierSchG erlassen wurde, verletzt danach zugleich Art. 20a GG.

CDU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 6. 4. 2011

Für einen offenen Dialog zur Nutztierhaltung
Wir brauchen keine Aufforderungen der Grünen.
Wir haben längst begonnen.

Der Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz hat am Mittwoch einen Antrag der Grünen, der eine berprüfung der intensiven Nutztierhaltung verlangt, abgelehnt. Dazu erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Franz-Josef Holzenkamp:

„Die Unionsfraktion im Bundestag hat den Antrag der Grünen abgelehnt, weil er außer pauschalen Vorwürfen und Unterstellungen nichts zu bieten hat. Wir lassen es nicht zu, dass die Tierhalter in der Landwirtschaft pauschal unter Generalverdacht gestellt werden.

Wir sind uns durchaus bewusst, dass die Entwicklung der Tierhaltung in einigen Regionen Deutschlands die Grenzen der gesellschaftlichen Akzeptanz erreicht hat. Deshalb treten wir für einen ergebnisoffenen Dialog der Betroffenen vor Ort ein.

Hierzu gibt es bereits verschiedene Initiativen, z. B. den von Bundeslandwirtschaftsministerin Ilse Aigner angestoßenen Diskussionsprozess um eine Charta für Landwirtschaft und Verbraucher. Wir weisen aber auch auf die bereits bestehenden Gesprächskreise hin, etwa die Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Landwirtschaftliche Erzeugung und Markt“ oder die Initiative von Landesagrarminister Gert Lindemann in Niedersachsen. Wir brauchen keine Aufforderungen der Grünen. Wir haben längst begonnen.

Im Kern geht es den Grünen offensichtlich um die Frage, ob die Nutztierhaltung in Deutschland noch eine Zukunft hat. Sie vergessen dabei, welchen erheblichen Beitrag die Tierhaltung für die Einkommen der landwirtschaftlichen Betriebe und damit auch für die Arbeitsplätze und die Wertschöpfung in ländlichen Regionen erbringt. Bereits heute sind hohe Standards bei Umweltschutz, Haltung, Fütterung, Transport oder Schlachtung einzuhalten. Sie werden permanent weiterentwickelt.

Darüber hinaus stellt sich angesichts der Forderungen der Grünen die Frage, ob wir den Kommunen ihre Planungsrechte rauben wollen. Die Unionsfraktion wird sich dieser Forderung aus guten Gründen nicht anschließen.“

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen
Pressemitteilung vom 25. 5. 2011

Ende der Käfighaltung kommt – in einem Viertel-Jahrhundert

Zur Veröffentlichung des Entwurfs der Fünften Verordnung der Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung erklärt Friedrich Ostendorff, Sprecher für Agrarpolitik:

Wir begrüßen, dass die Haltung von Legehennen in Käfigen mit der neuen Verordnung nun endlich verboten sein wird. Der Bestandsschutz von 24 Jahren ist jedoch deutlich zu lang und bedeutet unnötiges Tierleid.

Der neue Verordnungsentwurf zeigt, dass unsere langjährige Forderung nach Abschaffung der Käfighaltung richtig war. Doch die Bundesregierung wurde erst nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts endlich aktiv. Für die Übergangsfristen und weitere Jahre Tierleids sind die Blockierer aus Union, SPD, FDP und Linken verantwortlich, die 2006 das Künastsche Käfighaltungsverbot rückgängig gemacht haben.

Der Bestandsschutz von 24 Jahren geht deutlich über die Frist hinaus, in der Abschreibungen in der Regel möglich sind. Es kann nicht angehen, dass weiteres Tierleid in Kauf genommen wird, bis jeder einzelne Betrieb auch den letzten Euro abgeschrieben hat. Zudem läuft die Debatte um die Abschaffung der Käfighaltung bereits seit vielen Jahren. Wer sich trotzdem für Käfighaltung entschieden hat, dem war das Risiko einer Gesetzesänderung bekannt.

Während die Agrarindustrie auch nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts die Käfighaltung uneinsichtig verteidigt, haben Verbraucherinnen und Verbraucher längst durch ihr Einkaufsverhalten gezeigt, dass sie keine Käfigeier wollen. Sie kaufen fast ausschließlich Eier aus anderen Haltungsformen - sofern diese für sie erkennbar ist. Der Großteil der Käfigeier wandert jedoch in verarbeitete Lebensmittel.

Wir fordern daher die Einführung eines Tierschutzlabels für verarbeitete Lebensmittel. So können Verbraucherinnen und Verbraucher auch bei Gebäck oder Nudeln erkennen, aus welcher Haltung die Eier stammen. Damit könnte sich die Käfighaltung bereits vor der Übergangsfrist von selbst erledigen.

CDU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 29. 3. 2011

Scheitern der Klonfleisch-Verhandlungen bedauerlich Die CDU/CSU-Fraktion lehnt das Klonen von Tieren weiter ab

Der EU-Ministerrat und das Europaparlament haben sich auch in der abschließenden Verhandlungsrunde am Montag abend nicht auf einen Kompromiss im Umgang mit Nahrungsmitteln, die von geklonten Tieren stammen, einigen können. Die ungarische EU-Ratspräsidentschaft erklärte die Verhandlungen für gescheitert. Dazu erklärt der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Franz-Josef Holzenkamp:

„Aus Sicht der Unionsfraktion ist es absolut bedauerlich, dass in dieser für die Verbraucher so sensiblen Frage kein Kompromiss gefunden werden konnte. Letztlich waren handelsrechtliche Bedenken gegen die Forderungen des EU-Parlaments ausschlaggebend für das Scheitern der Verhandlungen. Fakt ist nun, dass Produkte geklonter Tiere weiterhin nicht gekennzeichnet werden müssen. Sie müssen allerdings ein Zulassungsverfahren nach der Verordnung für neuartige Lebensmittel durchlaufen, in dem die Sicherheit dieser Produkte bewertet wird.

Tatsache bleibt auch: Die CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag lehnt das Klonen von Tieren aus ethischen Gründen sowie aus Belangen des Tierschutzes weiter ab.

Grund zur Sorge besteht allerdings nicht: Das Klonverfahren ist sehr aufwändig und teuer; eine Massenherstellung solcher Produkte ist deshalb kaum zu erwarten. Auch bestehen nach derzeitigem wissenschaftlichen Stand keine gesundheitlichen Risiken beim Verzehr von Milch oder Fleisch geklonter Tiere. Dies hat eine umfassende wissenschaftliche Bewertung durch die europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit (EFSA) ergeben. Dennoch ist der Verbraucher durch die aktuellen Diskussionen zu Recht verunsichert. Wir hätten ihm daher gerne die Möglichkeit gegeben zu erkennen, ob er Fleisch oder Milch von geklonten Tieren im Warenkorb hat oder nicht. Nur so hätte er eine Gewissensentscheidung an der Kasse treffen können. Dies ist durch das Scheitern der Verhandlungen nun leider nicht möglich. Letztlich gilt im Lebensmittelhandel immer noch der Grundsatz: Es wird nichts auf Dauer produziert und angeboten, was der Kunde nicht abnimmt.“

SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 30. 3. 2011

Klonfleisch:
Weisung Merkels bringt Verhandlungen zum Scheitern

Zum Scheitern der Verhandlungen ueber die EU-Verordnung Neuartige Lebensmittel erklaeren die verbraucherpolitische Sprecherin der SPD-Bundestagsfraktion Elvira Drobinski-Weiss und die zustaendige Berichterstatterin Kerstin Tack:

Nach dem Scheitern der Verhandlungen auf EU-Ebene koennen Verbraucherinnen und Verbraucher weiterhin nicht sicher sein, ob im Handel nicht gekennzeichnete Nahrungsmittelprodukte von Nachkommen geklonter Tiere im Umlauf sind.

Schuld daran ist das starrsinnige Verhalten der Deutschen Bundesregierung, die den erklaerten Verbraucherwillen mit ihrem Abstimmungsverhalten vollkommen ignoriert hat.

Verbraucherministerin Aigner als Teil dieses Desasters hat aus unserer Sicht voellig versagt, denn wie aus Teilnehmerkreisen in Bruessel berichtet wurde, hat sich die Kanzlerin selbst eingeschaltet. Frau Merkel sind Machterhalt und Industrieinteressen wichtiger, als der Schutz der Verbraucher.

Bereits seit 2008 fordert das Europaparlament ein Verbot von Lebensmitteln von Nachkommen geklonter Tiere oder zumindest eine Kennzeichnung, damit Verbraucherinnen und Verbraucher erkennen koennen, ob Fleisch, Milch oder andere Produkte von Klontieren stammen und sie somit eine Wahlmoeglichkeit haben.

Damit hat Merkel verhindert, dass Fleisch und Milch von Klontiernachfahren gekennzeichnet oder gar verboten werden. Auch die Zulassungspflicht und Kennzeichnung fuer Nano-Lebensmittel wurden damit auf Jahre verhindert. Frau Merkel waren die Interessen der amerikanischen Industrie wichtiger als der Schutz der deutschen Verbraucher.

Dieses Verhalten ist unethisch und ignoriert den Verbraucherwillen. Ethische Grundsaetze scheinen in der CDU wohl nicht mehr zu gelten.

Bund Heimat und Umwelt in Deutschland (BHU)
Pressemeldung vom 9. 2. 2011

Durch Essgenuss zu schöner Landschaft
Publikation erschienen:
Landwirtschaft – Kulturlandschaft – Regionale Esskultur

„Jeder einzelne Verbraucher kann durch die Verwendung heimischer Produkte zur Erhaltung unserer Kulturlandschaften beitragen“, so Senatorin Dr. Herlind Gundelach, Präsidentin des Bund Heimat und Umwelt (BHU), anlässlich der neu erschienenen Publikation „Landwirtschaft – Kulturlandschaft – Regionale Esskuttur“. Das Buch zeigt den Zusammenhang zwischen landwirtschaftlicher Produktion, Ernährungskultur und der Attraktivität von Kulturlandschaften.

Die Wertschätzung von Regionen mit ihren charakteristischen Landschaften ist eine Grundvoraussetzung für die dauerhafte Sicherung derselben. Hierbei spielt die Landwirtschaft eine wesentliche Rolle, da sie maßgeblich das Landschaftsbild prägt. Die vielfältigen Beiträge der Publikation zeigen, wie die Verwendung regionaler Produkte regionaltypische Landschaften erhalten und gleichzeitig die Landwirtschaft stärken kann. Ein Beispiel hierfür ist der Weinbau in Steillagen, der die Landschaften vieler Flusstäler prägt. Dieser kann nur aufrecht erhalten werden, wenn die Verbraucher Aufwand und Qualität des Weins zu schätzen wissen. Weitere Beispiele für regionaltypische Wirtschaftsweisen sind Streuobstwiesen, Teichwirtschaft und Almbetriebe.

„Die Publikation gibt Anregungen, wie eine stärkere Allianz zwischen Landwirten, Vermarktungsinitiativen, Gastwirten und Verbrauchern erzielt werden kann. Der BHU fördert diesen Dialog und steht gemeinsam mit seinen Landesverbänden als Ansprechpartner zur Verfügung“, so Wolfgang Börnsen (Bönstrup) MdB, 1. Vizepräsident des BHU.

Die 132 Seiten umfassende reich bebilderte Publikation kann über den Bund Heimat und Umwelt gegen Spende bezogen werden.

Das Projekt wurde in Kooperation mit dem BHU-Landesverband Schwäbischer Heimatbund durchgeführt. Es wurde gefördert von der Landwirtschaftlichen Rentenbank.

Bund Heimat und Umwelt in Deutschland (BHU),
Bundesverband für Natur- und Denkmalschutz,
Landschafts- und Brauchtumspflege e.V.,
Adenauerallee 68, 53113 Bonn,
Telefon (02 28) 22 40 91, Fax (02 28) 21 55 03,
Internet: www.bhu.de, E-Mail: bhu@bhu.de

FDP-Bundestagsfraktion
Presseinformation vom 27. 5. 2011

EHEC-Ursache gefunden – jetzt richtige Schlüsse ziehen

Zur den aktuellen Meldungen, dass die vielen schweren Erkrankungen mit den gefährlichen EHEC-Bakterien auf kontaminierte Gurken aus Spanien zurückgehen, erklärt die Sprecherin für Ernährungs- und Landwirtschaftspolitik der FDP-Bundestagsfraktion Christel Happach-Kasan:

Es ist ein Erfolg der sorgfältigen und gezielten Untersuchungen, dass die Ursache der EHEC-Infektionen so schnell festgestellt werden konnte. Jetzt muss weiter ermittelt werden, auf welchem Weg die EHEC-Bakterien die Gurken kontaminiert haben - ob bei der Produktion, der Verpackung oder auf dem Transportweg.

Der Produzent hat die Verantwortung für seine Produkte. Kontrollen von Importware können nur im Einzelfall Qualitätsmängel aufdecken, wie zum Beispiel die Belastung mit gefährlichen Keimen. Deswegen muss die Qualitätssicherung bereits bei der Produktion beginnen. Im einheitlichen Binnenmarkt gelten überall dieselben qualitätssichernden Vorschriften, aber sie müssen in jedem Land von den Behörden konsequent durchgesetzt werden.

Das Robert-Koch-Institut hat zu Recht die Ergebnisse seiner Untersuchungen veröffentlicht, um die Verbraucherinnen und Verbraucher zu informieren. Nur so können sie sich am besten vor Infektionen schützen. Allerdings war die Wortwahl fehlerhaft: Nicht bei Gemüse aus Norddeutschland, sondern bei Gemüse in norddeutschen Supermärkten lag das Risiko. Dieser entscheidende Unterschied hat enorme wirtschaftliche Konsequenzen für unsere heimischen Betriebe. Ein solcher Fehler muss in Zukunft vermieden werden.

Inzwischen hat der Handel die belastete Ware aus den Läden entfernt. Es gibt für die Verbraucherinnen und Verbraucher keinen Grund, Obst und Gemüse vom Speiseplan zu streichen. Sie sind wichtigster Bestandteil einer gesunden Ernährung. Der Vorfall macht jedoch eines deutlich: Für eine gesunde Ernährung ist es wichtig, einfache aber wirkungsvolle Hygieneregeln einzuhalten. So können viele Infektionen verhindert werden, bei Kindern und Erwachsenen.

CDU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 1. 6. 2011

EHEC: Infektionsquelle muss schnellstmöglich identifiziert werden
Sondersitzung des Agrarausschusses des Bundestages

Der Agrarausschuss des Bundestages befasst sich in der heutigen Sondersitzung mit der aktuellen Entwicklung der Infektionen mit dem Bakterium Enterohämorrhagische Escherichia coli (EHEC), den Erkenntnissen über die möglichen Quellen des Erregers sowie Konsequenzen für Verbraucher und Landwirte. Dazu erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Franz-Josef Holzenkamp und der Obmann der CDU/CSU-Fraktion im Agrarausschuss, Alois Gerig:

„Die Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion im Bundestag sind tief betroffen über die EHEC-Infektionen und ihre Folgen, insbesondere über die Zahl der Toten und schwer Erkrankten. Nachdem zunächst einzelne Salat- und Gemüsesorten im Mittelpunkt der Ursachenforschung standen, haben die gestrigen Ergebnisse der Untersuchungen in Hamburg diesen Verdacht nicht bestätigt.

Aus heutiger Sicht ist das Ausbruchsgeschehen noch nicht abgeklungen. Weitere Infektionen und auch Todesfälle können leider nicht ausgeschlossen werden. Die zuständigen Bundesinstitute arbeiten aber mit Hochdruck an der Klärung der Erregerquelle.

Wir sprechen an dieser Stelle unsere ausdrückliche Anerkennung aus für den enormen Einsatz der Erzeuger und deren Vermarktungsorganisationen. Sie haben in den letzten Tagen eine erhebliche Zahl von Proben gezogen und Tests durchführen lassen, mit denen eine Kontamination mit dem EHEC-Erreger ausgeschlossen werden konnte. Wir fordern die zuständigen Behörden daher auf, möglichst schnell eine differenzierte Bewertung vorzunehmen.

Wir rufen die für die Lebensmittel-Überwachung zuständigen Länderbehörden auf, alles in ihrer Macht stehende zu tun und alle Untersuchungskapazitäten zu mobilisieren, um eine Klärung der Infektionsquelle schnellstmöglich herbei zu führen.

Bis der Auslöser definitiv gefunden ist, empfehlen wir den Verbrauchern ausdrücklich, die Verhaltenshinweise der Experten zu befolgen. Hinweise finden Sie auf den Seiten des Robert Koch-Institutes (www.rki.de) und dem Bundesinstitut für Risikobewertung (www.bfr.bund.de).

Wir können die Grünen nur davor warnen, dieses Thema parteipolitisch zu missbrauchen. Dafür werden weder die Verbraucher noch die Landwirte Verständnis aufbringen. Die Verbraucher brauchen seriöse und klare Informationen. Auf Vorschlag der Unionsfraktion wurden daher Experten des Robert Koch-Instituts, des Bundesinstituts für Risikobewertung, des Bundeamtes für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit sowie des Friedrich-Löffler-Instituts zur heutigen Sonder-Ausschusssitzung hinzugezogen.

Unser besonderes Mitgefühl gilt aber auch den Bauern, die völlig unverschuldet massive Absatzeinbußen erleiden und in eine für sie existenzbedrohende Situation geraten sind. Wir werden prüfen, wie den Betrieben über diese schwierige Zeit hinweg geholfen werden kann. Wir hoffen, dass die Zeit der Ungewissheit möglichst schnell ein Ende findet und die Verbraucher wieder mit Genuss die hervorragenden Produkte unserer Bauern verzehren."

FDP-Bundestagsfraktion
Presseinformation vom 1. 6. 2011

Landwirtschaftlichen Hilfsfonds für künftige EHEC-Krisen schaffen

Anlässlich der EHEC-Sondersitzung des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz erklärt die agrar- und ernährungspolitische Sprecherin der FDP-Bundestagsfraktion Christel Happach-Kasan:

Gegenwärtig sind Landwirte und Handel gezwungen, riesige Mengen an frischem Gemüse zu vernichten, weil die Ware unverkäuflich ist. Der wirtschaftliche Verlust ist für viele existenzbedrohend. Hier müssen jetzt schnelle Lösungen für direkte Hilfen gefunden werden. Ein Fonds nach Vorbild der Tierseuchenkassen, in den Landwirte und Handel einzahlen, könnte den Landwirten in Zukunft bei Vermarktungskrisen wie bei Dioxinfunden oder EHEC-Infektionen helfen. Verbraucher und Handel haben ein berechtigtes Interesse an einer möglichst frühen Warnung. Durch Warnungen können aber auch solche Betriebe in wirtschaftliche Schwierigkeiten kommen, die sich einwandfrei verhalten haben. Hier muss ein Ausgleich geschaffen werden.

Das Wichtigste ist jetzt die intensive Suche nach der EHECKontaminierungsquelle und die ausreichende Versorgung der Kranken. Wenn wir wissen, über welches Lebensmittel der aggressive EHEC-Stamm von den Erkrankten aufgenommen wurde, können wir wirksame Gegenmaßnahmen ergreifen. Damit könnte auch das Vertrauen der Verbraucher in die Lebensmittel wieder hergestellt werden. Um künftig schneller auf eine EHEC-Infektion reagieren zu können, sollten die Länder das Robert-Koch-Institut frühzeitiger hinzuziehen.

FDP-Bundestagsfraktion
Presseinformation vom 2. 6. 2011

Schnelle und unbürokratische Hilfe notwendig – Hilfsfonds bei zukünftigen Krisen

Zur Forderung des Präsidenten des Deutschen Bauernverbands, Gerd Sonnleitner, nach finanzieller Entschädigung für landwirtschaftliche Betriebe aufgrund der Einnahmeausfälle durch EHEC, erklärt die agrar- und ernährungspolitische Sprecherin der FDP-Bundestagsfraktion Christel Happach-Kasan:

Die Forderung von Gerd Sonnleitner ist verständlich und nachvollziehbar. Die völlig unverschuldet betroffenen Betriebe brauchen schnelle und unbürokratische Hilfe, damit keine weiteren Existenzen vernichtet werden. Doch zuerst muss mit Hochdruck die EHEC-Kontaminierungsquelle gefunden werden. Nur so können weitere Infektionen verhindert und bereits erkrankte Menschen besser behandelt werden.

Langfristig muss die Konstruktion eines landwirtschaftlichen Hilfsfondses erörtert werden. Ein solcher Hilfsfonds, in den sämtliche Beteiligten einzahlen, könnte bei solchen Vermarktungskrisen zukünftig Betriebe unterstützt, die sich nichts zu Schulden gekommen haben lassen und dennoch in ihrer Existenz bedroht sind. Er wäre ein geeignetes Mittel gegen zukünftige Krisen.

CDU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 8. 6. 2011

EHEC – Gemüsebaubetriebe brauchen Unterstützung Schnellstmöglich die Ursache der EHEC-Infektionen feststellen

Die EU-Agrarminister haben sich auf ihrer gestrigen Sondersitzung in Luxemburg grundsätzlich über Hilfen für die von den Umsatzeinbrüchen bei bestimmten Gemüsesorten betroffenen Erzeuger verständigt. Die EU-Kommission soll nun schnellstmöglich weitere Details wie die Gesamthöhe der Hilfen und deren Aufteilung vorlegen. Dazu erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Franz-Josef Holzenkamp, und der Obmann der CDU/CSU-Fraktion im Agrarausschuss, Alois Gerig:

„Wir begrüßen ausdrücklich, dass sich die EU-Agrarminister auf Hilfen für die landwirtschaftlichen Betriebe verständigt haben, die vom Absatzeinbruch infolge der EHEC-Krise betroffen sind. Damit kommen die Minister den Forderungen der Unionsfraktion ein Stück näher. Die Betriebe brauchen dringend finanzielle Unterstützung, um ihre Liquidität zu erhalten. Die EU-Kommission ist nun aufgefordert, schnellstmöglich einen konkreten Vorschlag für die Ausgestaltung der Hilfsmaßnahmen vorzulegen. In Anbetracht der Höhe der finanziellen Forderungen aus Spanien wird schnell ersichtlich, dass der vorgeschlagene Betrag nicht ausreichen wird.

Aus unserer Sicht ist es absolut schäbig, dass die Opposition versucht, die EHEC-Krise politisch zu missbrauchen. Sie leistet damit keinerlei sinnvollen Beitrag zur Aufklärung, sondern vergrößert damit nur die Verunsicherung. Damit schadet sie Verbrauchern und Landwirten.

Die Strukturen des Kontrollsystems sowie das Zusammenwirken der einzelnen Behörden auf Bundes- und Länderebene zu überprüfen ist eine Aufgabe, der sich die Bundesregierung nach der Bewältigung der aktuellen Krisensituation widmen muss.

Im Vordergrund der Bemühungen muss jetzt stehen, schnellstmöglich die Ursache der EHEC-Infektionen festzustellen und den betroffenen Patienten zu helfen. Die zuständigen Bundesinstitute arbeiten mit Hochdruck an der Klärung der Erregerquelle. Einen wesentlichen Beitrag leisten aber auch die Erzeuger und deren Vermarktungsorganisationen, die mit zahlreichen Proben dazu beitragen, eine Kontamination mit dem EHEC-Erreger auszuschließen und Klarheit für die Verbraucher zu schaffen."

CDU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 10. 6. 2011

EHEC-Entwarnung für Gurken, Tomaten und Salat Erfolg konsequenten Handelns der Regierung

Das Bundesinstitut für Risikobewertung (BfR), das Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit (BVL) und das Robert Koch-Institut (RKI) haben am Freitag die angesichts der EHEC-Epidemie ausgesprochene Warnung vor dem

GuT

G 58438 Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

Verzehr von Gurken, Tomaten und Salat aufgehoben. Vor dem Verzehr roher Sprossen wird allerdings weiterhin gewarnt. Hierzu erklären der Sprecher der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Franz-Josef Holzenkamp, und die Verbraucherschutzbeauftragte der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Mechthild Heil:

„Die Aufhebung der Verzehrwarnung für Gurken, Tomaten und Salat ist der Lohn für den konsequenten Umgang der Task Force Epidemiologie mit der Krise. Grundlage der Entscheidung der Wissenschaftler sind die Ergebnisse der Analyse von Speiseplänen und Lieferketten.

Dadurch verdichtete sich der Verdacht gegen den Sprossenhersteller im niedersächsischen Bienenbüttel. Aus Sicht des BfR sprechen die Fakten dafür, dass eine Kontamination von Lebensmitteln und Feldern über tierische Düngemittel unwahrscheinlich ist und der Erreger vom Menschen auf die Lebensmittel gelangt ist. Außerdem gehen die Neuinfektionen seit dem 22. Mai kontinuierlich zurück. Vor diesem Hintergrund sahen sich die Experten in der Lage, die Verzehrwarnung aufzuheben. Gesunder deutscher Salat kann nun endlich wieder mit Genuss verzehrt werden.

Die Unionsfraktion im Deutschen Bundestag kritisiert in aller Schärfe den Umgang der Opposition mit der EHEC-Krise. Gerade die Grünen haben sich in den letzten Tagen dadurch hervorgetan, das Regierungshandeln auf ungerechtfertigte Art und Weise anzuprangern.

Umso erstaunlicher ist es, dass das Land Baden-Württemberg als einziges Bundesland bereits vor der heutigen Entwarnung durch die Experten nicht mehr vor dem Verzehr von Gurken, Salat und Tomaten gewarnt hat. Im Gegensatz zum unverantwortlichen Handeln des grünen Landesverbraucherministers Alexander Bonde stellt die Unionsfraktion die Gesundheit der Menschen in der Krise immer in den Vordergrund. Deshalb hat die Bundesregierung unserer Überzeugung nach umsichtig gehandelt. Das Ausscheren Baden-Württembergs aus der gemeinsamen Verantwortung für die Gesundheit der Verbraucher ist daher inakzeptabel.

Wir richten den Blick nun nach vorne. Neben der weiteren Eindämmung des EHEC-Erregers gilt unsere besondere Aufmerksamkeit nun den unter der EHEC-Krise leidenden Gemüsebauern in Deutschland. Die von der EU bislang in Aussicht gestellten 210 Millionen Euro Entschädigung reichen nicht aus. Die CDU/CSU-Fraktion erwartet, dass die Europäische Union die Hilfen deutlich aufstockt. Die EU-Kommission wird in der kommenden Woche über Höhe und Ausgestaltung der Hilfen entscheiden. Danach muss mit Hochdruck an der Verteilung der Gelder an die Bauern gearbeitet werden.“

GuT Heft 57 – Themenschwerpunkt: Wald + Feld

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen
Pressemitteilung vom 10. 6. 2011

Grüne fordern Überprüfung des Risikomanagements bei Lebensmittelkrisen

Zu unserem Antrag „Bericht zum Risikomanagement bei Lebensmittelkrisen vorlegen“ erklärt Nicole Maisch, Sprecherin für Verbraucherpolitik:

Wir hangeln uns von einer Krise zur nächsten – Gammelfleisch, Schweinegrippe, Dioxin und jetzt EHEC. Doch gelernt hat die Bundesregierung bisher nicht viel. Das Krisenmanagement ist nach wie vor unzureichend, und weder Aigner noch Bahr zeigen Führungsstärke in der aktuellen Krise.

Verbraucherinnen und Verbraucher werden durch täglich neue und widersprüchliche Informationen verunsichert. Eine Überprüfung des Krisenmanagements ist dringend notwendig. Wir fordern die Bundesregierung deshalb auf, bis Ende Oktober einen Erfahrungsbericht des Risikomanagements seit 2001 vorzulegen. Vor allem die Koordination der Länder und die Informationspolitik der Bevölkerung in Lebensmittelkrisen müssen dabei auf den Prüfstand.

Die Einbandecke GuT-Jahrgänge 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 vorrätig.

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

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn