

Gewerbemiete Und Teileigentum

1-2/12

12. Jahrgang

Heft 62

Januar/Februar 2012

S. 1-88

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

W. E. Joachim:

Der ehrbare (ordentliche) Kaufmann

Wirtschaft und Verbände

G. Westerwelle:

**Globalisierung gestalten – Partnerschaften ausbauen –
Verantwortung teilen**

A. Merkel:

Partnerschaft in Kultur, Konsultation und Wirtschaftsbeziehung

Gewerbemiete

Hamburgisches Passivraucherschutzgesetz (BVerfG)

Hotel-Beherbergungsvertrag; Hausverbot (BGH)

Formularmietvertraglicher Konkurrenzschutz (BGH)

Unwirksame Renovierungsklausel (BGH)

Untervermietungserlaubnis (BGH)

Wohnraummiete; Betriebskostenabrechnung (BGH)

Zwangsverwaltung; Mietwohngebäude (BGH)

Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete (BGH)

Teileigentum

Begründung von Wohnungseigentum (BGH)

Haftung für die Wohngeld-Abrechnungsspitze (BGH)

Bindung an die Heizkostenverordnung (BGH)

Abberufung des WEG-Verwalters (BGH)

Wettbewerb

D. Dingeldey: Internet – Umschau Februar 2012

Fernabsatz; Postfach als Widerrufsadresse (BGH)

Besteuerung

Steuerhinterziehung „in großem Ausmaß“ (BGH)

Magazin

Inhalt

Beiträge

W. E. Joachim,
**Der ehrbare (ordentliche) Kaufmann –
Leer- oder Leitbegriff?** 5

Wirtschaft und Verbände

G. Westerwelle,
**Globalisierung gestalten – Partnerschaften
ausbauen – Verantwortung teilen
Rede vor dem Deutschen Bundestag
am 8. Februar 2012 in Berlin** 14

A. Merkel,
**Partnerschaft in Kultur, Konsultation und
Wirtschaftsbeziehung
Rede beim Besuch der Chinesischen Akademie
der Sozialwissenschaften (CASS)
am 2. Februar 2012 in Peking** 15

Gewerbemiete

Rauchverbot in Gaststätten; Hamburg; Hamburgisches
Passivraucherschutzgesetz; Raucherräume;
Schankwirtschaft; Speisewirtschaft (BVerfG) 17

Hotel-Beherbergungsvertrag; Kündigung; Hausverbot;
Hausrecht; Gästerauswahl; Wellnesshotel;
Mitglied politischer Partei NPD (BGH) 23

Gebrauchsüberlassungsvertrag; Fitness-Studiovertrag;
Inhaltskontrolle; Laufzeit; Kündigungsklausel;
Risiken (BGH) 26

Mietvertrag; Schriftform; Auswechslung des
Mietgegenstands (BGH) 29

Gewerberaumiete; Regelungslücke; Geschäft für
Optikgeräte und Hörgeräte; Arztehaus;
formularmietvertraglicher Konkurrenzschutz;
Geräteabgabe durch HNO-Arzt im Haus;
„verkürzter Versorgungsweg“; Revisionszulassung
des Berufungsgerichts (BGH) 30

Raumiete; unwirksame Renovierungsklausel;
Bereicherungsanspruch des Mieters wegen
rechtsgrundloser Leistung; Verjährungsbeginn (BGH) 33

Wohnraumiete; Schönheitsreparaturen;
Farbwahlklausel (BGH) 34

Miete; Pacht; Untervermietungserlaubnis (BGH) 35

Heizkostenabrechnung nach Verbrauch; verbrauchte
Brennstoffe; Abflussprinzip (BGH) 36

Wohnraumiete; Betriebskostenabrechnung;
Einwendungsausschluss des Mieters;
Umlagevereinbarung im Beitrittsgebiet (BGH) 37

Zwangsverwaltung; Unterdeckung bis zum Zuschlag
verauslagter Betriebskosten; Aufwendungsersatz-
Verlangen des Zwangsverwalters gegen den Ersteher;
Mietwohngebäude (BGH) 38

Staffelmietvertrag; Geldbetragsstaffeln; prozentuale
Mieterhöhungen; Betriebskostenabrechnung ohne
Ansatz von Vorauszahlungen (BGH) 40

Mieterhöhung; Wohnraum; Ermittlung der ortsüblichen
Vergleichsmiete durch den Tatrichter;
Einzelvergleichsmiete innerhalb der Spanne;
übliche Miete; Ausreißermiete (BGH) 42

Dauernutzungsvertrag; Bindung des
Grundstückserwerbers nach Insolvenz der
Genossenschaft (BGH) 45

Pacht; Gewerbemiete; Fälligkeit des
Kautionsrückzahlungsanspruchs; Kosten
voriger eingeschalteten Rechtsanwalts zur
Zahlungsaufforderung in einfach gelagertem Fall
(OLG Düsseldorf) 45

Gewerberaumiete; Rückgewähr der Mietkaution
durch den Ersteher; nicht insolvenzfest angelegte
Mietsicherheit; Versteigerungsbedingungen kraft
Gesetzes (BGH) 46

Maklervertrag; Versicherungsmakler;
„unechte Verflechtung“; Provisionsanspruch;
institutionalisierter Interessenkonflikt;
Handelsvertreter; Verwendung von
Vertragsformularen des Partners des Hauptvertrags
(BGH) 46

Grundstücksmiete; Raumiete; Mietvorauszahlung
zur Sicherung des Erhalts des Mietgrundstücks im
Falle der Zwangsverwaltung und Zwangsvollstreckung
(BGH) 48

Grundstücksmiete; Mieterleistungen als abwohnbarer
Baukostenzuschuss; Zwangsverwaltung;
Räumungsklage; Mietzinsrückstand (BGH) 49

Insolvenzverfahren; Regelsolvenzverfahren;
selbständige Nebentätigkeit des Schuldners;
selbständige Erwerbstätigkeit; Restschuldbefreiung
(BGH) 51

Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburg-
weg 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. Auslands-
abonnement: 174,80 € (inkl. Versand und ggf. MwSt). Bei Neueinrichtung eines
Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementskündi-
gungen 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 über-
tragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Einspeicherung in Datenban-
ken und zur Digitalisierung sowie das Recht weiterer Vervielfältigung und Ver-
arbeitung zu gewerblichen Zwecken.

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

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

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

Prozesskostenhilfe PKH; parteifähige Vereinigungen; Rechtsverfolgungsinteressen und allgemeine Interessen (BGH)

Musterprozess im Revisionsverfahren; Aussetzung eines zweiten Rechtsstreits vor Instanzgerichten; Massenverfahren (BGH)

Berufungsfrist; Wiedereinsetzungsfrist; Prüfpflichten des Berufungsgerichts; Rückzahlung restlicher Mietkaution (BGH)

Kurzfassungen / Leitsätze Gewerbemiete etc.

Teileigentum

Begründung von Wohnungseigentum; Zustimmung von Grundpfandgläubigern (BGH)

Erwerb von Wohnungseigentum; Haftung für die Wohngeld-Abrechnungsspitze (BGH)

Wohnungseigentümergeinschaft; Bindung an die Heizkostenverordnung HeizkV; Jahresabrechnung; Verteilung in den Einzelabrechnungen nach Verbrauchskosten (BGH)

Wohnungseigentümergeinschaft; Stimmrecht; Majorisierung; Kopfprinzip; Objektprinzip; Wertprinzip; Bestellung oder Abberufung des WEG-Verwalters (BGH)

Wohnungseigentümergeinschaft; Verlangen einzelnen Wohnungseigentümers auf Abberufung des WEG-Verwalters aus wichtigem Grund; Beurteilungsspielraum; Verpflichtungsklage; Streitwert (BGH)

Wohnungseigentümergeinschaft; vorzeitige Abberufung des WEG-Verwalters; Prozessstandschaft; Erlöschen materieller Ermächtigung zum Forderungseinzug (BGH)

Wohnungseigentümergeinschaft; Prozesskosten; Sondervergütung des WEG-Verwalters; Rechtsstreit gegen einen Wohnungseigentümer (BGH)

Wohnungseigentumsrechtliches Verfahren; Beschwerdewert; Änderungsinteresse des Rechtsmittelführers (BGH)

Wohnungseigentümergeinschaft; Zwangsvollstreckung; Eidesstattliche Versicherung eV; Abgabe der eV für einen Schuldner durch Dritte; Abgabe der eV durch den WEG-Verwalter (BGH)

Wettbewerb

59 D. Dingeldey, Internet – Umschau Februar 2012 73

60 Fernabsatz; Postfach als Widerrufsadresse; Angabe der ladungsfähigen Anschrift des Unternehmers (BGH) 75

61 Wettbewerb; Werbeverbot für Tabakerzeugnisse in der Presse; Marktverhaltensregelung; „Unser wichtigstes Cigarettenpapier“ (BGH Leits. u.a.) 76

Besteuerung

64 Steuerhinterziehung „in großem Ausmaß“; Wertgrenze (BGH) 76

Kurzfassungen / Leitsätze Steuerrecht etc. 77

Magazin

65 Bücher und Veröffentlichungen 79

67 Politik und Recht 80

GuT Heft 62 – Themenschwerpunkte

- **Wirtschaft in Tradition und Globalisierung**
- **Immobilienverwaltung und -bewirtschaftung**

Die Einbanddecke 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

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Abonnement Jahrgang 2012 159,43 EUR brutto.

Sonderpreise für zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage
im Direktbezug vom Prewest Verlag

Download Hefte Nrn. 1–56 und Register
kostenlos bei Besuch unserer Homepage möglich.
www.prewest.de info@prewest.de

www.gut-netzwerk.de

www.gmbbl.de

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



Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V.

DESWOS

Innere Kanalstr. 69, 50823 Köln, www.deswos.de

Die DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V. ist eine Organisation der Entwicklungshilfe mit Projekten in Asien, Afrika und Lateinamerika. Wir fördern die Traditionen der Selbsthilfe, der guten Nachbarschaft und des gemeinsamen Arbeitens.

Wir planen, finanzieren und bauen Häuser und Siedlungen, Straßen und Brunnen, Kindergärten, Schulen und Gesundheitsstationen. Wir helfen, dass Menschen aus eigener Kraft sicher wohnen, sich selbst versorgen und Einkommen zum Überleben schaffen können.

Projekt Indien Grundschule für Devadanapatti

Emanzipatorischer Schulunterricht für Dalit-Kinder in Devadanapatti, Tamil Nadu

„Die staatliche Schule quält unsere Kinder, die wenigen Schüler, die den weiten Weg zur Schule auf sich nehmen, werden von ihren Mitschülern diskriminiert und von den Lehrern schikaniert“, beklagt Herr M.S. Abdaheer, der Direktor vom SAWED TRUST. „Dies geschieht allein, weil sie Adivasi oder Dalits sind, Ureinwohner oder so genannte Unberührbare.“ Für die DESWOS und ihre indische Partnerorganisation SAWED TRUST ist klar: Diskriminierung lässt sich nicht allein per Gesetz abschaffen. Aber Bewusstsein lässt sich verändern, indem wir die Kinder schon bei ihrer Einschulung stärken - durch eine eigene Schule mit sensiblen Lehrern, die die Kinder für die staatliche Schule ertüchtigen. Gemeinsam fördern die DESWOS und SAWED TRUST den Bau eines Schulgebäudes für etwa 400 Adivasi- und Dalit-Grundschul Kinder.

Die Adivasi sind die Nachfahren der Ureinwohner Indiens, die sich meist in kleine Siedlungen in unzugänglichen Bergregionen zurückgezogen haben. Sie gelten als randständig, trotz eigener Sprache und lange überlieferter Kultur und gesellschaftlicher Organisation. Auch die Dalits sind in ländlichen Regionen in besondere Siedlungen verdrängt. Als „Unberührbare“ können sie nicht in den Hauptdörfern siedeln. So bleibt den beiden Gruppen der Zugang zu staatlichen Einrichtungen, wie auch der Schule, mit allerlei Tricks verwehrt.

In den Wäldern der Panimalai- und Sirumalai-Berge in Tamil Nadu leben die Dalits und Tribals mit ihren Familien in sehr entlegenen Dörfern, geradezu versteckt in den weitläufigen Waldgebieten. Den Behörden sind die Menschen so gleichgültig, dass sie ihnen jede Infrastruktur versagen. Es gibt keine Straßen und befestigte Dorfwege, weder Zugang zu sauberem Wasser noch Strom. Es gibt hier keine staatlichen Versorgungsläden mit den subventionierten Preisen und in den kleinen Dörfern erst recht keine Schulen. Die Familien sind im Zwiespalt: Sie leben in so verarmten Verhältnissen, dass sie ihre Kinder lieber bei der Hausarbeit oder auf dem Feld sehen als in einer staatlichen Schule, die ihren Kindern sozialen Stress bereitet. Die neue Grundschule wird deshalb das Bildungsvorhaben gemeinsam mit den Eltern angehen.

Wie sieht die Förderung aus?

- Die DESWOS baut mit SAWED ein Schulgebäude von 790 m² mit sechs Klassenräumen und vier kleineren Räumen für Schulleiter, Lehrer und Lernmaterial. Der Schulbesuch ist frei, die Uniformen werden gestellt.
- Der Unterricht erfolgt durch Lehrer, denen die Benachteiligung der Adivasi und Dalits sehr bewusst ist und die deshalb die Kinder kompensatorisch fördern und selbstbewusster machen.
- Der Unterricht wird zuerst in lokalen Sprachen gehalten, danach erst in der Amtssprache Tamilisch. Mädchen werden dabei besonders gefördert.

Verschaffen Sie den Adivasi- und Dalit-Kindern Zugang zu einer emanzipatorischen Schulbildung und damit zu mehr Selbstbewusstsein und Gleichberechtigung. Bitte spenden Sie für den Bau der Grundschule Devadanapatti! Herzlichen Dank.

DESWOS

Konto 660 22 21 / Sparkasse KölnBonn (BLZ: 370 501 98)

Spendenstichwort: Grundschule Devadanapatti

Prof. Dr. Willi E. Joachim, Bielefeld*

Der ehrbare (ordentliche) Kaufmann – Leer- oder Leitbegriff?

Eine Bestandsaufnahme, Begriffsbestimmung und Auflistung von Anwendungsbereichen, zugleich ein Plädoyer für die Berücksichtigung und Anwendung von Werten im Wirtschaftsleben!

- I. Problemaufriss
 1. Gelebtes Leitbild
 2. Vertrauens- und Fairness-Erwartungshaltungen
- II. Begriffsbestimmungen
 1. Ehrbarer Kaufmann – im engen Sinn
 2. Der ehrbare Kaufmann – im weiten Sinn
- III. Historischer Überblick
 1. Ethische Wurzeln der Betriebswirtschaft
 2. Spätes Mittelalter
 3. Frühe Neuzeit
 4. 19. und 20. Jahrhundert
 5. Nach dem Zweiten Weltkrieg bis in die Gegenwart
- IV. Handelsrechtliche Ausgestaltungen
 1. Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns
 2. Besonderheiten des Handelskaufs und der Gerichtsbarkeit
- V. Ehrbarer (Einzel-)Unternehmer und (Fremd-)Manager
 1. Vorbildfunktion
 2. Gesellschaftsorgane und haftungsrechtlicher Sorgfaltsmaßstab
 3. Ehrbarer (Unternehmens-, Geschäfts-)Führer in moralischer Betrachtung
- VI. Abgrenzung zwischen Recht und Moral
 1. Gleichsetzung oder Differenzierung: „ehrbarer“ und „ordentlicher“ Kaufmann?
 2. (Zwingendes) Recht als „ethisches Minimum“
 3. Nachgiebiges bzw. dispositives Recht
- VII. Wechselhafte „Werte-Welt“
 1. Grundwerte: Freiheit, Verantwortung, Sicherheit
 2. Macht(Basis)
 3. Haftung
 4. Weitere wichtige Werte
 5. Tugenden
 6. Tatsächlicher Anwendungsbereich
 7. Werte-„Dreieck“
 8. „Ur- bzw. Archetyp“
 9. Aktueller Konfliktfall eines Markenartiklers
 10. Aktueller Konfliktfall eines Spielzeugherstellers
- VIII. Ehrbarer Kaufmann in der Kritik
 1. „Leerformel“ und „Argumentationsverstärker“
 2. „Realitätsferne“ und „Romantisierung“
 3. Wissenschaftliche Kritik
- IX. Moderne Erscheinungsformen des ehrbaren Kaufmanns
 1. Vom ehrbaren Kaufmann zum ehrbaren Unternehmen
 2. Vorteile durch Ehrbarkeit
 3. Ehrbarkeit in der Unternehmenspraxis
 4. Vorschlag: Verknüpfung von Risiko-, Haftungsübernahme und (Steuer)Vorteilen
- X. Zusammenfassung und Ausblick

I. Problemaufriss

1. Gelebtes Leitbild

In „stürmischen Krisenzeiten“ ist der „ehrbare“ bzw. „ordentliche Kaufmann“ Beispiel, Leitbild und Vorbild – mehr denn jemals zuvor! Diese Ausgangsthese sei aufgestellt. Man fragt sich: „Willst Du mit dieser Person Geschäfte machen, und zwar auf Dauer?“

Die „Lehr-“ oder eher „Leer(?)formel“ hat ethische und juristische Bedeutungsinhalte und Anwendungsbereiche. Darüber hinaus ragt sie hinein in das aktuelle Wirtschaftsgeschehen. Der ehrbare Kaufmann beinhaltet das Leitbild für das richtig, ja optimal auftretende und agierende Wirtschaftssubjekt. Es handelt sich um ein Leitbild, „das gelebt werden muss.“¹

Ehrbarkeit erlangt in der Wirtschaft im 21. Jahrhundert zunehmend an Bedeutung – nicht zuletzt angesichts immer häufigerer und schnellerer Entwicklungsschübe in Gesellschaft, Wirtschaft und Politik. Die lokal verstärkt spürbare Globalisierung („Glokalisierung“) erhöht den Wettbewerbsdruck. Unternehmen aus den Industrieländern bekommen weltweite Konkurrenz. Schnellebigkeit und Transparenz ermöglichen Vergleiche mit Wettbewerbern, welche erheblich geringere Produktionskosten vorweisen, andererseits etwa keine oder kaum faire Arbeits- und Sozialbedingungen vorhalten. Diesem Wettbewerb stellen sich hiesige Unternehmen. Sie können (Produktions-)Standorte in „Billiglohn-Länder“ auslagern, können, vielleicht sogar: müssen Verantwortung für Mitarbeiter, Lieferanten und Kunden ihrer Wertschöpfungskette übernehmen. In Anbetracht leerer öffentlicher Kassen steigen die Erwartungen und Anforderungen der Gesellschaft an die Wirtschaft und deren Unternehmen, und zwar artikuliert durch die Politik, durch Einfluss-, Lobby- bzw. Interessenträger und durch – bunt gemusterte – gesellschaftliche Gruppen und Bürger-Bewegungen (etwa Stuttgart 21).

2. Vertrauens- und Fairness-Erwartungshaltungen

Daraus hat sich eine sensibilisierte und in der Grundtendenz kritische Öffentlichkeit entwickelt, welche kontinuierlich hohe Erwartungen an die Einfluss- und Verantwortungsübernahme

^{*)} Der Autor ist zugelassener Rechtsanwalt. Als Professor unterrichtet er Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht, auch Medienrecht, Hotel- und Reiserecht an der International School of Management, ISM, in Dortmund, Frankfurt, München sowie an der Euro Business College Hochschule, EBC HS, in Hamburg und Berlin; als Direktor Leiter des Euro Business College, EBC, in Bielefeld. Juristischer Berater in der (Immobilien-)Projektentwicklung, schwerpunktmäßig für Hotels, Shopping Center und Multifunktions-Immobilien sowie im (Hochschul)Bildungsbereich, hier u. a. bei der Verbindung zwischen der Theorie mit der Praxis, z. B. bei der sog. Dualen Ausbildung. Seinen LL.M.-Grad hat er in Dallas/Texas/USA erworben. Zusätzlich hat er die Prüfung als vereidigter Buchprüfer, vBP, abgelegt.

1) Der ehrbare Unternehmer: Ein Leitbild, das gelebt werden muss, in: Wirtschaft Regional, 7/2010, S. 14 ff.

von Wirtschaftsunternehmen stellt. Diese werden an ihrem „Ehrbarkeits-Portepée“ gefasst. So sollen sie öffentliche Aufgaben, auch der Daseinsvorsorge (mit) wahrnehmen, die der Staat nicht (mehr) erfüllen kann. Beispielhaft genannt seien die wichtigen weitreichenden Bereiche der Bildung, Kinder-/Senioren-Betreuung sowie Sozial-, vor allem Rentenvorsorge.

Über die Medien, zunehmend über die neuen Medien wie „Social Networks“ informieren sich die Beteiligten, Gesellschaft und Öffentlichkeit zügig, zeitnah und kostengünstig. Meinungen, Erwartungs-Haltungen, Forderungen und – allgemein gewendet – „Dauer-Druck“ werden gebildet, entfaltet und aufrecht erhalten (z. B. „Energiewende“, „Vor(Gor)Leben“; Hartz I-IV).

Vornehmlich im Verbraucherverhalten treten Veränderungen auf. „Smart Shopper“ und „Kritische Konsumenten“ ziehen bei geringen Produkt- und Preisunterschieden häufiger ihr Gewissen heran. Sind Produkte, Produktionsweisen und Liefer- bzw. Absatzketten „fair und transparent“ dargestellt? Die Produzenten und deren Produkte müssen „fair“ und „ehrbar“ auftreten bzw. hergestellt und stimmig kommuniziert, vielleicht sogar „inszeniert“ werden.

Die Wirtschafts- und Finanzkrise offenbart „Abgründe“, zu welchen Auswüchsen ein allzu „(raff)gieriges“ Spekulieren auf reine Renditen führen kann, ohne angemessene Rücksichtnahme auf Kunden, Mitarbeiter und Gesellschaft. Selbst auf den (inter)nationalen Finanzmärkten werden Forderungen nach nachhaltigen Investments und ehrbaren Investoren und Bankern laut. Anleger suchen Vertrauen. Sie trauen angesehenen Unternehmen eher zu, die Krise(n) erfolgreich zu bekämpfen und langfristig Erfolg zu erzielen. Mit diesen Personen ist man bereit, Geschäfte abzuschließen, und zwar wiederholt; es geht um eine auf Dauer angelegte Geschäftsbeziehung.

II. Begriffsbestimmungen

1. Ehrbarer Kaufmann – im engen Sinn

a) Vernunftgesteuerter und verantwortungsbewusster Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr

Unter dem ehrbaren Kaufmann fasst man das historisch gewachsene Vor- bzw. Leitbild für einen verantwortlichen Teilnehmer am Wirtschaftsgeschehen.² Er hat ein ausgeprägtes Verantwortungsbewusstsein für das eigene Unternehmen, seine Mitarbeiter, Kunden, Lieferanten und Mitbewerber sowie für die Gesellschaft und Umwelt. Er gründet sein Verhalten auf Werte und Tugenden, welche aufgrund von nachhaltigem Handeln zum langfristig angelegten wirtschaftlichen Erfolg führen. Dabei können und dürfen die wohlverstandenen Interessen der Gesellschaft nicht dauerhaft entgegenstehen.

Dem ehrbaren Kaufmann kommt Vorbild- und Beispielcharakter zu. Er muss verantwortungsbewusstes Kaufmannstum, heutzutage: Unternehmertum vorleben.³ Bei ihm handelt es sich um einen Idealtyp, geschichtlich betrachtet um einen „Archetyp“.

b) Ehre – ehrbar

„Ehrbar“ hängt eng mit Ehre zusammen. Die „Ehre“ ist kein absoluter Begriff. Sie enthält die persönliche Wertschätzung in individueller Ausprägung und im Bezug auf die Gesellschaft. Sie unterliegt dem Wandel der Ansichten, Auffassungen und Gebräuche in der Gesellschaft.

Synonyme zum Attribut „ehrbar“ mögen dies zugleich erklären. Aufzulisten sind z. B. der korrekte, genaue, wahre, gute, echte, ehrsame, ehrliche, sittliche, ideale, ethisch bzw. moralisch handelnde, früher sogar der königliche Kaufmann. Der ehrbare Kaufmann ist stets im Zusammenhang seiner Zeit(epoche) zu betrachten und zu verstehen.

c) „Un-ehrenhaft“

„Ehrenhaft“ ist ein schillernder, traditionsbesetzter, wertausfüllungsbedürftiger Begriff. Das Verhalten des ehrbaren Kauf-

manns wird bewertet. Es steht in Beziehung zu seinen (Un)Taten, zu den Mitmenschen. Das Gegenteil von „ehrenhaft“, „unehrenhaft“ drückt noch mehr aus.

Ehrenhaftes Verhalten muss gelebt, unter Beweis gestellt werden. Unehrenhaftes Tun oder Unterlassen kann zu einschneidenden, krassen Folgen führen. In bestimmten Kaufmannskreisen gilt unehrenhaftes Verhalten gleichsam als „Todsünde“ und führt zum Ausschluss des Täters aus dem Kreis. Man weigert sich, mit ihm zukünftig Geschäfte zu machen. Hinzu kommt die Nachhaltigkeit. So wie das ehrenhafte Verhalten dazu beiträgt, zu einem Kreis dauerhaft dazu zu gehören, disqualifiziert das unehrenhafte Handeln oft nachhaltig.

d) Bessere Bildung

Eine umfassende humanistische Bildung stellt das Grundgerüst des ehrbaren Kaufmanns dar. Aufbauend darauf zeichnet er sich durch ein detailliertes, insbesondere wirtschaftliches Fachwissen aus. Neben betriebs- und volkswirtschaftliche Kenntnisse kommen weitere Fachwissenschaften hinzu, deren Grundkenntnisse er aufweisen sollte, etwa Rechts- und Sozialwissenschaften, Psychologie, Politologie. Zunehmend wichtig werden Sprachen, Umgangs- und Verhaltensanforderungen, „Business Behaviour“, so das Auftreten und Verhalten im Geschäftsleben sowie „Soft Skills“, etwa Kommunikations- und Präsentationsformen, Konfliktverhaltensweisen und sonstige „weiche Faktoren“.

Das Fach- und Persönlichkeitswissen ergänzt ein durch Erfahrung, vor allem Lebens- und Berufserfahrungen, zunehmend durch Auslandserfahrungen geprägter Charakter.

e) Tugenden

Der ehrbare Kaufmann lässt sich leiten von Werten und deren personifizierten Ausprägungen, das sind die Tugenden. Zunächst sind die Kardinaltugenden zu nennen, und zwar: Tapferkeit, Klugheit, Gerechtigkeit und Bescheidenheit im Sinn von Mäßigung, Ausgleich und (De)Mut. Hinzu kommen die religiösen Tugenden von Glauben, Liebe und Hoffnung. Zahlreiche, nicht abschließend zu erfassende „Sekundärtugenden“ schließen sich an, etwa solche, welche die Wirtschaftlichkeit fördern. Zu nennen sind Sparsamkeit, Redlichkeit, Ehrlichkeit, Weitblick, Ordnung, Disziplin, Pünktlichkeit, Zuverlässigkeit, Genügsamkeit, Ausdauer, Aufrichtigkeit usw.. Solche erlebten, erfahrenen und gelebte bzw. vorgelebte Tugenden stärken die eigene Glaubwürdigkeit. Sie schaffen Vertrauen der Mitmenschen, das für gute und dauerhafte Geschäftsbeziehungen unerlässlich ist. Hier liegt auch der kaufmännische, ethische und in das Juristische hereinreichende Grundsatz von „Treu und Glauben“ begründet.

f) Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB

Im Zivilrecht findet er sich in § 242 BGB. Bei dem ehrbaren Kaufmann sind Wirtschaft und Ethik untrennbar verbunden, ja sogar mit tragenden Rechtsgrundsätzen zu einer nicht abschließend kennzeichnenden Einheit zusammengeführt. Das Ziel ist dabei, nachhaltig erfolgreich zu wirtschaften und somit Werte zu schaffen, „Wert zu schaffen“ und „Wert zu schätzen“, d.h. selbst und andere als Wert bzw. wertvoll zu schätzen.

2. Der ehrbare Kaufmann – im weiten Sinn

Basierend auf den inhaltsreichen Begriff des ehrbaren Kaufmanns im engen Sinn zielt die Perspektive auf die Gegenstände, welche den geschäftlichen Erfolg des ehrbaren Kaufmanns ausmachen. Hierbei geht es um die Relation des ehrbaren Kaufmanns zu Bereichen bzw. Personen. Er erscheint in einem Kontext. Dabei ist zwischen zwei Ebenen zu differenzieren.

2) Zu diesen und nachfolgenden Begriffsbestimmungen und Differenzierungen eingehend D. Klink, Der ehrbare Kaufmann, Diplomarbeit, Berlin 2007, S. 1 ff (nachfolgend: Klink, e.K.).

3) H.H. Driftmann, Verantwortungsbewusstes Unternehmertum vorleben, in: Wirtschaft Regional 7/2010, S. 15.

a) Unternehmensebene

Vorrangig kommt das Verhältnis zu den Mitarbeitern in Betracht. Wenn sie zufrieden sind, stellt sich dauerhafter Erfolg ein. Sie müssen menschlich, vor allem „fair“ behandelt werden.

Ebenfalls wichtig ist der Umgang mit und das Verhältnis zu den Kunden, den Lieferanten und sonstigen Beteiligten in der Produktions- und Absatzkette. Die Mitbewerber sind zu nennen; der ehrbare Kaufmann erscheint als loyaler Konkurrent. Hier ist die weitreichende „wichtige Wertschöpfungskette“ erfasst.

b) Gesellschaftsebene**aa) Gesellschafts- und Öffentlichkeitsbezug**

Der ehrbare Kaufmann stellt sich der Gesellschaft und Öffentlichkeit. Dieser Drittbezug ist richtungsweisend für den Erfolg des Unternehmens.⁴ Der Ruf in der Kommune, in der Region, im Land und darüber hinaus hat Auswirkungen auf das Unternehmen und seine (Mit)Träger. Der ehrbare Kaufmann engagiert sich sozial und ggf. politisch in Verbands- und Parteitätigkeiten. Als verantwortlich Agierender hat er die langfristigen Folgen für die Gesellschaft und die Umwelt zu erwägen. Dabei orientiert er sich an der nachhaltigen Sicherung des Fortbestands des Unternehmens in der Gesellschaft, und zwar über mehrere Generationen hinweg, falls möglich.

bb) Corporate (Social) Responsibility

Das weite Feld bezeichnet die Wissenschaft in moderner Ausprägung als „Corporate (Social) Responsibility“ = „C(S)R“. Sie wird zuweilen weiter aufgeteilt in C. Governance (mit dem Fokus auf Normenbeachtung) und C. Citizenship (mit der Ausrichtung auf „Bürger- bzw. Gesellschaftsengagement“). Der Kaufmann und sein Unternehmen wollen und sollen in der Gesellschaft durch sozialadäquate Taten als „Good Citizens“ auftreten und wahrgenommen werden. Dieses Sozialengagement taucht seit Jahrhunderten auf. Für den ehrbaren Kaufmann gilt daher seit langen Zeiten: Engagiere Dich und Dein Unternehmen in und für die Gesellschaft. Tue Gutes und rede darüber!

III. Historischer Überblick**1. Ethische Wurzeln der Betriebswirtschaft**

Das Leitbild des ehrbaren Kaufmanns resultiert aus einer umfassenden gesellschaftsgeschichtlichen Analyse. Stimmen in der Betriebswirtschaftslehre äußern sich dahin, die ethischen Wurzeln der Betriebswirtschaft freizulegen und daraus für die heutigen Anforderungen im lokalen sowie globalen Wirtschaftsverkehr Erkenntnisse und Handlungsanregungen zu erzielen.⁵ Mit der Blickrichtung auf die historische Entwicklung zum ehrbaren Kaufmann geht die These einher, dass die ethischen Wurzeln der Betriebswirtschaft und Kaufmannschaft in der Geschichte des ehrbaren Kaufmanns niedergelegt sind. Zugespitzt: Ehrbar währt am längsten. Sie gilt es, skizzenhaft freizulegen.⁶

2. Spätes Mittelalter

Etwa seit dem 12. Jahrhundert erscheint in Europa das Leitbild des ehrbaren Kaufmanns in Kaufmannshandbüchern bzw. -schriften. Seine Ursprünge lassen sich im norditalienischen Raum und norddeutschen Städtebund der Hanse verorten.⁷ In Venedig und vor allem im Mailänder Raum knüpft die Ehrbarkeit an seine praktischen Fähigkeiten wie Sprachen, Lesen, Schreiben, Rechnen sowie Menschenkenntnis, Durch- und Weitblick, Handlungs- und Durchsetzungs-Stärke, Organisationsvermögen, Beharrungs- und Gewinnstreben. Sie gehen einher mit tugendhaftem Verhalten und praktizierten Charaktereigenschaften; als da sind Ordnung, Klugheit (vor allem im Sinn kaufmännischer „Cleverness“), Höflichkeit, Toleranz, Friedens- und Freiheitsliebe, Kommunen- und Kulturförderung. Wichtig ist namentlich Vertrauen gründen und ausbauen mit der Ausrichtung, zum langfristigen Geschäftserfolg und zugleich zur Sicherung des (sozialen) Friedens in der Stadt und im Einzugsgebiet beizutragen. Gott erscheint als Mahner und Stellvertreter für die Armen und Schwachen; im Wirtschafts- und Sozial-

leben allgegenwärtig fordert er die Teilhabe am Geschäft, zumindest die Unterstützung, etwa nach dem immer noch aktuellen Motto: „Die Starken (unter)stützen die Schwachen!“ Als „Urahen“ der (Betriebs-)Wirtschaftslehre propagieren die italienischen Kaufmannsschriften die aufgelisteten Charaktereigenschaften, Fähigkeiten und Fertigkeiten.⁸

Die pragmatische Vorgehensweise und Geschäftsmoral kennzeichnen die Hansekaufleute. Um lohnende, nachhaltig ausgegerichtete Geschäftsbeziehungen zu begründen und auszubauen, verfolgen sie oft den „goldenen Mittelweg“. Der Geschäftspartner soll auch „(weiter)leben“ können. Wesentliche Verstöße gegen die (Rechts- und Ethik-)Regeln der Hanse ziehen mitunter drastische Konsequenzen nach sich, die über den Einzelfall hinausgehend abschreckende und damit erzieherische Wirkung entfalten.

3. Frühe Neuzeit

Die Entwicklung im Mittelalter wird – in groben Zügen nachgezeichnet – durch den Idealtypus des frühneuzeitlichen ehrbaren Kaufmanns in Deutschland fortgesetzt.⁹ Er zählt mit seinen Erscheinungsformen zum – weiter ausgegriffen – europäischen Bürgertum.

Praktische Regeln umfassen die Ökonomisierung und Rationalisierung des Wirtschaftens. Eigenschaften wie Fleiß, Betriebsamkeit, Geschäftssinn bzw. -tüchtigkeit und Maßhalten kennzeichnen ihn genauso wie die Kardinaltugenden der (Kaufmanns)Klugheit, Gerechtigkeit, Entschlossenheit bzw. Tapferkeit und Mäßigung. Die als Sekundärtugenden bekannten Eigenschaften verdichten sich zur kaufmännischen Solidität; zu erwähnen sind etwa Pünktlichkeit, Zuverlässigkeit, Einfachheit, Wahrhaftigkeit, Ehrlichkeit und Treue.

Hinzukommen bürgerliche Verhaltens-Anforderungen mit Bezug auf ein „anständiges“, also „rechtschaffenes“ Leben, z. B. ohne (übermäßigen und unzeitgemäßen) Alkoholkonsum und Einhaltung von Keuschheit. Mit dieser gelebten bürgerlichen (Wohl)Anständigkeit soll und kann das nötige Vertrauen für die Geschäftstätigkeit aufgebaut werden. Das Geschäft des ehrbaren Kaufmanns erweist sich als Sinn machender Lebenszweck.

4. 19. und 20. Jahrhundert

Das Leitbild des ehrbaren Kaufmanns wird im 19. und 20. Jahrhundert bewahrt und an zeitgemäße Entwicklungen angepasst. Das Arbeitsrecht als im Grundsatz zu begreifendes Schutzrecht des Arbeitnehmers wird geschaffen. Der Beginn einer (Arbeits)Gerichtsbarkeit geht damit einher. Interessenvertretungen der Arbeiter bilden die Vorläufer der Betriebsräte und Gewerkschaften. Der globale Handel fordert eigene, möglichst flexible Regelungen. Das Wirtschaftssystem, Privilegien der Monarchie, des Adels, der (Groß)Grundbesitzer fordern zahlreiche Anpassungen. Tendenzen zur Vergesellschaftung und Verstaatlichung tauchen auf.

4) Dazu aus Gewerkschaftsicht: F. Bsirske, Das Bild des Unternehmers in der Gesellschaft, in: *Wirtschaft Regional*, 7/2010, S. 16; W. Fuhr, Mensch als Marke und Brückenbauer, <http://www.der-ehrbare-kaufmann.de>.

5) P. Witt, Unternehmensgründer als ehrbare Kaufleute, in: *Zeitschrift für Betriebswirtschaft (ZfBW) = Journal of Business Economics (JoBE) Special Issue 1/2007*, 89–109; D. Klink, e.K., S. 12 ff.; S. Sorice, Mode und Mensch, <http://www.der-ehrbare-kaufmann.de>; zuvor O. Bauer, Der ehrbare Kaufmann und sein Ansehen, Dresden 1906, S. 103–106; P.A. Frommelt, Der königliche Kaufmann in seiner Sonderart und Universalität, Leipzig 1927.

6) Dazu näher Klink, e.K., S. 12 ff.; ders., Der Ehrbare Kaufmann – Das ursprüngliche Leitbild der Betriebswirtschaftslehre und individuelle Grundlage für die CSR-Forschung, in: J. Schwalbach (Hrsg.), *Corporate Social Responsibility, ZfBW = JoBE Special Issue 3/2008*, 57–79; S. Sorice, aaO.

7) Aus neuerer Zeit Klink, e.K., S. 12 f.; zur italienischen Geschichte S. Sorice, aaO.

8) J. Dotson, *Fourteenth Century Merchant Manuals and Merchant Culture*, in: A.M. Denzel, C.J. Hocquet, H. Witthöft (Hrsg.), *Kaufmannsbücher und Handelspraktiken vom Spätmittelalter bis zum beginnenden 20. Jahrhundert*, Stuttgart 2002, S. 86 f.

9) Grundlegend W. Sombart, *Der Bourgeois – Zur Geistesgeschichte des modernen Wirtschaftsmenschen*, München 1920.

Zu Zeiten des Nationalsozialismus zwischen 1933 und 1945 offenbaren sich Sondersituationen, so die künstlich geschaffene „Einheitsfront“ zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, repräsentiert durch die Einführung des Führerprinzips, auf Ebene des Betriebs durch den Arbeits- bzw. Betriebsführer. Die Ausrichtung von Wirtschafts- und Produktionsprozess auf die Kriegswirtschaft setzen gewaltsam andere Prioritäten.

5. Nach dem Zweiten Weltkrieg bis in die Gegenwart

Nach dem Zweiten Weltkrieg und mit Begründung der Bundesrepublik Deutschland erfolgt die Ausrichtung des ehrbaren Kaufmanns am („Wirtschafts-Wunder-“)Unternehmer. Das Wirtschaftssystem wird weiter ausgebaut von der freien zur sozialen Marktwirtschaft. Freiheit, Sicherheit, Vertrauen und Verantwortung bilden wichtige Grundpfeiler. Hervorzuheben ist das zunehmend stärker ausgeprägte Verantwortungsbewusstsein gegenüber Verbrauchern/Kunden, Mitarbeitern, Kapitalgebern, Investoren, Anteilseignern, Aktionären, allgemein gewendet gegenüber dem Staat, der Gesellschaft, Medienlandschaft, Öffentlichkeit und der Umwelt sowie der Generationen(Gerechtigkeit).

Die Zeit der Wende bzw. (Wieder)Vereinigung von 1989/1990 hat zahlreiche Herausforderungen an die – ethisch fundierte – Leitbildfunktion des ehrbaren Kaufmanns gestellt. Die seinerzeitige „Goldgräberstimmung“ des „Go East“ hat den kaufmännischen Anspruch, den „Claim“ oft – zunächst – vor die Grundsätze der Ehrbarkeit gestellt. Nach und nach schlägt das „kaufmännische Pendel“ im Sinn einer Balancebildung in die andere Richtung aus. Durch die Rechts- und – allmähliche – Wirtschaftsangleichung sind dauerhaft annähernd gleiche Grundlagen in Deutschland geschaffen.

Die weitere (Rechts- und Wirtschafts-)Entwicklung des „europäischen Hauses“ in Form der Europäischen Union = EU tritt in das Blickfeld. Mittlerweile 27 EU-Mitgliedsstaaten praktizieren nicht immer das Modell vom ehrbaren Kaufmann.

Dies zeigt sich zudem bei den schwierigen, hochkomplexen und zeitintensiven Fortentwicklungen der Weltwirtschaft – etwa in Form der „Doha-Runde“ – sowie der Schaffung von Krisen-Interventions-Mechanismen als kollektiv abgestimmte Antworten auf die Herausforderungen der bzw. den Welt-Wirtschafts- und -Finanzkrise(n).

Im Kern gilt es festzuhalten: Stets bleiben die Grundsätze des ehrbaren Kaufmanns als „kostbares Kaufmannsgut“ und Verhaltens-Anforderungsmodell grundsätzlich unangetastet und erhalten, wenn sie auch nicht immer offen vor- und ausgelebt werden können.

Beispielhaft und mustergültig zugleich hervorzuheben ist die Versammlung eines Ehrbaren Kaufmanns zu Hamburg e.V. Bis in die Gegenwart treten in Wirtschaft und Gesellschaft namhafte Kaufmanns- und Unternehmer-Persönlichkeiten mit ihrer Lebensleistung als beispiel- und Sinn gebend hervor. Aktuell ist auf die Person und Leistung des Hamburger Unternehmers und Umweltschützers Michael Otto hinzuweisen, der unlängst einen vielbeachteten Vortrag über die Nachhaltigkeit als Unternehmensstrategie gehalten hat.¹⁰

IV. Handelsrechtliche Ausgestaltungen

1. Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns

Der handelsrechtliche Haftungsmaßstab stellt ab auf die „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“. So lautet § 347 Abs. 1 HGB: „Wer aus einem Geschäft, das auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, hat für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen.“ Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Die Rechtsprechung und Rechtsliteratur haben diesen „schillernden Terminus“ über Jahrzehnte näher bestimmt und durch Fallgruppenbildung „justiziabel“, d.h. für den Einzelfall handhabbar gemacht.

2. Besonderheiten des Handelskaufs und der Gerichtsbarkeit

Gemäß § 343 Abs. 1 HGB sind Handelsgeschäfte alle Geschäfte eines Kaufmanns im Sinn der § 1 ff HGB, also im Grundsatz der, der ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1 Abs. 1 HGB) oder qua Rechtsform Kaufmann ist (§ 6 Abs. 1 HGB), die zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Den – ehrbaren bzw. ordentlichen – Kaufmann treffen einige besondere handelsrechtliche Rechte und Pflichten. Zu nennen sind u. a. die Vermutung für die Zugehörigkeit zum Handelsgewerbe, § 344 Abs. 1 HGB, die Auslegung unter Berücksichtigung von Handelsbräuchen und Handelsusancen, § 346 HGB, der erwähnte Haftungsmaßstab von § 347 Abs. 1 HGB, der durch den Hinweis auf grobe Fahrlässigkeit oder die eigenübliche Sorgfalt in § 347 Abs. 2 HGB noch erweitert wird. Die Herabsetzung der Vertragsstrafe nach § 343 BGB ist für den Kaufmann so nicht möglich, § 348 HGB. Bei einem Handelsgeschäft hat der Kaufmann keine Einrede der Vorausklage, § 349 HGB. Die strengen Schriftformerfordernisse einer Bürgschaft i.S.v. § 766 S. 1 und 2 BGB finden beim Kaufmann als Bürgen keine Anwendung, § 350 HGB. Der gesetzliche Zinssatz ist beim beiderseitigen Handelsgeschäft 5%, § 352 Abs. 1 HGB. Beim kaufmännischen Bestätigungsschreiben kann die zivilrechtliche Grundsatzregel, wonach Schweigen im Rechtsverkehr keine Zustimmung bedeutet, im Einzelfall nicht greifen. Weitere „kaufmännische Besonderheiten“ finden sich in der Zivilgerichtsbarkeit. Bei handelsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten ist die Kammer für Handelssachen beim Landgericht zuständig. Sie besteht aus einem Berufsrichter als dem Vorsitzenden Richter und zwei ehrenamtlichen Richtern, die von der Industrie- und Handelskammer benannt werden; sie bringen den kaufmännischen Sachverstand, die kaufmännische Geschäfts- und Lebenserfahrung mit ein. So können die Grundsätze des ehrbaren Kaufmanns direkt Eingang in den jeweiligen vor Gericht ausgetragenen Rechtsfall finden.

V. Ehrbarer (Einzel-)Unternehmer und (Fremd-)Manager

1. Vorbildfunktion

Als Vorbild kann und soll der ehrbare Kaufmann nachvollziehbar für seine Geschäftspartner, Mitarbeiter, Kunden und sonstige Mitmenschen „vorleben“, was geht, was „sich gehört“, wo ggf. „eine Grenze verläuft“ und welches Risiko er einzugehen bereit ist.

Vornehmlich mittelständische Unternehmen werden oft durch Gesellschafter-Geschäftsführer, mithin durch den Inhaber geführt und repräsentiert. Sie können „vor Ort“ als „ehrbare Kaufleute“ wahrgenommen werden. Fraglich ist, ob sie sich nicht vorrangig mit Familien-Unternehmen verbinden lassen und nicht mit anonymen Konzernen. Müssen es stets vom Eigentümer geführte Unternehmen sein oder können auch Manager als ehrbare Kaufleute angesehen werden? Der ehrbare Unternehmer ist heutzutage in einem weiten Sinn zu verstehen. Er kann Eigen-Unternehmer, Inhaber des Unternehmens, aber auch Fremd-Geschäftsführer, (Top-)Manager und leitender Angestellter sein. Wichtig ist, dass ihm in jeder herausgehobenen Position eine Vorbildfunktion zukommt. Er muss verantwortungsbewusstes Unternehmertum vorleben. Man spricht auch von „integrierter Verantwortung“.¹¹

10) M. Otto, Nachhaltigkeit als Unternehmensstrategie, Versammlung Eines Ehrbaren Kaufmanns zu Hamburg e.V. vom 18. 11. 2010; <http://www.veek-hamburg.de/>; vgl. Handelsblatt (HB) vom 22. 11. 2010, S. 55.

11) H.H. Driftmann, in: Wirtschaft Regional 7/2010, S. 15; A. Kirchhoff, Weiter Wissen in Werte wandeln, in: Wirtschaftsblatt 5/2010, S. 38, 39; H. Weiss, „Die Sache angepackt“, in: Wirtschaftsblatt 5/2010, S. 58, 59 f; The Special Post, in: Welt am Sonntag (WaS) vom 12. 12. 2010; Verantwortung, in: Sonderbeilage der Financial Times Deutschland (FTD) vom 16. 12. 2010 A 1-4; Joachim, Von der Kunst, ein Unternehmen zu führen, auf der Basis von Werten, in: ISM Schriftenreihe Band 14, Jahrbuch Accounting, Taxation & Law (ATL) 2011, S. 243–273.

2. Gesellschaftsorgane und haftungsrechtlicher Sorgfaltsmaßstab

Nach dem Gesetz unterliegen die Organe einer Aktiengesellschaft (AG) und einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) ähnlichen Anforderungen hinsichtlich des haftungsrelevanten Sorgfaltsmaßstabs. So haben die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG; auf diese Norm verweist § 116 AktG für die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern. Bei der GmbH haben die Geschäftsführer in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden, § 43 Abs. 1 GmbHG. Hierbei handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, welche im Einzelfall durch Judikatur und Jurisprudenz ausgefüllt und im Lauf der Zeit zu Fallgruppen der relevanten Haftungstatbestände verdichtet werden.

3. Ehrbarer (Unternehmens-, Geschäfts-)Führer in moralischer Betrachtung

Auf einer moralischen Ebene sind alle Wirtschaftsführer, Führungskräfte und Manager im Konzern wie im Eigentümer-Unternehmen mit dem Begriff des ehrbaren Kaufmanns konfrontiert und können sich mit ihm identifizieren. Jeder mag sich tagtäglich fragen und sich selbst sowie seinen Mitmenschen nachhaltig Antwort und Rechenschaft geben:

Handele ich wie ein „ehrbare Kaufmann“?

Will, kann und darf ich mit dem Anderen dauerhaft Geschäfte abschließen?

Soll ich mir selbst den Spiegel vorhalten? Kann ich mich selbst jeden Tag im Spiegel betrachten und den „ehrbaren Kaufmann erkennen“?

Kann ich Dritten von meinen Taten als „ehrbare Kaufmann“ berichten, und zwar so, dass ich den Lebens-Sachverhalt und/oder die beteiligten Personen nicht „verbiegen“ muss?

VI. Abgrenzung zwischen Recht und Moral

1. Gleichsetzung oder Differenzierung: „ehrbare“ und „ordentlicher“ Kaufmann?

Oftmals werden die Begriffe „ehrbare Kaufmann“ und „ordentlicher Kaufmann“ gleichgesetzt. Ersterer stellt – bei genauer Betrachtung – den Oberbegriff dar; bei letzterem handelt es sich zuvörderst um den juristisch gebräuchlichen Ausdruck. Vorrangig fungiert er als Haftungsmaßstab, welcher auf die jeweiligen Einzelfallumstände abstellt.

2. (Zwingendes) Recht als „ethisches Minimum“

Recht wird im vorliegenden Zusammenhang anlehnd an Immanuel Kant als „ethisches Minimum“ verstanden. Es handelt sich um das sog. „zwingende Recht“, von dem im Einzelfall nicht abgewichen werden kann. Derartige zwingende Ordnungsnormen in der Gesellschaft finden sich vorrangig im Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht. Daneben ist auch das Zivilrecht erfasst, soweit es etwa aufgrund des Schutzes des Verbrauchers, Arbeitnehmers, Kreditnehmers, Mieters, Reisenden usw. von den zwingenden BGB-Vorschriften keine individualvertragliche Abweichung zulässt, z. B. § 651 m Satz 1 BGB für das Reiserecht.

3. Nachgiebiges bzw. dispositives Recht

Demgegenüber eröffnet die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG Verhandlungs- und Gestaltungsspielraum. Anknüpfend daran ermöglichen die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit i. S. v. § 311 BGB das Aushandeln von Verträgen und sonstigen Rechtsgeschäften sowie das Abweichen vom nachgiebigen Recht. Der „ordentliche Kaufmann“ dient als Maßstab und wertausfüllungsbedürftiger Begriff im dispositiven Recht.

VII. Wechselhafte „Werte-Welt“

Der „ordentliche“ und erst recht der „ehrbare Kaufmann“ als ausfüllungsbedürftige Begriffe basieren auf Werten. Es handelt sich um Vorstellungen und Handlungsanweisungen in der Gesellschaft, welche nicht als Rechtsnormen, wohl aber als ethisch

fundierte Anforderungen begriffen und gelebt werden. Werte beinhalten Vorstellungen, die in der Gesellschaft allgemein oder mehrheitlich als wünschens- oder befolgenswert angesehen sind. Bildlich gesprochen: Werte sollen und wollen Orientierung geben, wollen Richtschnur, Steuerungs- bzw. Navigationsgerät sein. Die Wertediskussion ist intensiv und aktueller als jemals zuvor. Was ist wichtig? Worauf kommt es an? Wer oder was gibt uns Halt und Orientierung?¹²

1. Grundwerte: Freiheit, Verantwortung, Sicherheit

Die – nicht abschließend aufzufassenden – Grundwerte der Freiheit und Verantwortung sind zunächst zu benennen. Er schafft und gründet sein Verhalten auf vorgelebten Erwartungshaltungen. Er (be)gründet Sicherheit. Er lebt und handelt in einer bewegten, widerspruchsvollen Welt voller Spannungsverhältnis. Daraus folgt: Je mehr Sicherheit, desto weniger Freiheit. Zu viel Sicherheit beeinträchtigt Freiheit. Mit Thomas Franklin radikal formuliert: Am Ende bleibt die Freiheit auf der (Sicherheits-)Strecke! Der ehrbare Kaufmann muss Konflikte aushalten und austarieren. Sein von der Vernunft geprägtes Verhalten orientiert sich an Grundfragen der Moral und Ethik, zugleich an der vorgegebenen – immer komplexer werdenden – nationalen, europäischen und internationalen Rechtsordnung.

2. Macht(Basis)

Die Freiheit des „ehrbaren Kaufmanns“ setzt voraus, dass er handeln kann, die Handlungs-, Gestaltungs- und Durchsetzungsmacht hat. Macht in Reinform führt zu Macht-Missbrauch oder auch zur „Ohn-Macht“.¹³ Auf dieser wohlverstandenen „Machtbasis“ kann er handeln, wenn er zugleich über eine Eigentümerstellung oder Inhaberschaft verfügt, Risikobereitschaft aufweist und bereit ist, Verantwortung zu tragen, d. h. Antworten auf gestellte Fragen bzw. Probleme zu geben und für deren Folgen bzw. Auswirkungen einzustehen bereit ist, also die Haftung zu übernehmen. An Letzterem fehlt es häufig bei sog. „Managern“, d. h. (Fremd)Geschäftsführern und Vorständen. Ausdrücklich sei vermerkt, dass auch diese „leitenden (oft leidenden) Angestellten“ bzw. Organe der Gesellschaften (etwa GmbH, AG, KGaA, SE usw.) auch „ehrbare Kaufleute“ darstellen und sich von den Grundsätzen des ehrbaren Kaufmanns bestimmen und leiten lassen.

3. Haftung

a) Juristische Haftung

Manager haften im Grundsatz nicht persönlich wie etwa BGB- oder oHG-Gesellschafter, vgl. §§ 128 Satz 1, 105 Absatz 3 HGB. Nur bei – nachweislicher – persönlicher Pflichtverletzung kommt eine zivilrechtliche (etwa deliktische Haftung nach § 823 BGB) und strafrechtliche Haftung (etwa wegen Untreue gemäß § 266 StGB) in Betracht. Bei Kapitalgesellschaften ist daher eher weniger vom ehrbaren Kaufmann die Rede. Die AG heißt im französischen Rechtsraum bezeichnenderweise „Société Anonyme = SA“. Hier wie bei der deutschen AG stehen der geleistete Kapitaleinsatz und die erzielbare Rendite in Form von Dividende im Vordergrund.

b) Moralische Haftung

Im Bankenwesen tragen einige Bankmanager an der weltweiten (Wirtschafts-, Finanz)Krise nach der „Lehman-Pleite“ vielleicht keine juristisch relevante, strafrechtliche Schuld, wohl

12) Joachim, Wichtige Werte im Wertewandel, Discussion Paper No. 1, International School of Management, ISM, Dortmund 2007, S. 1–43 (wichtige Werte); ders., Werte – Welche Werte wiegen wie viel in einer wechselhaften Welt, in: Gewerbemiete und Teileigentum (GuT) 2009, S. 320, 321 ff.; ders., Fachpersonal: Mangelware, Gewinnen und Halten von Mitarbeitern in wichtigen Unternehmensbereichen unter Berücksichtigung von Ethik und Moral, Discussion Paper No. 15 der ISM, Dortmund 2010, S. 1–48; ders., Wichtiges, wahrnehmbares Werte-Management, in: GuT 2010, 328–333; ders., Von der Kunst, ein Unternehmen zu führen, auf der Basis von Werten, ATL 2011, 243, 244 ff.

13) Der Strahlemann, in: FTD vom 8. 10. 2010, S. 27.

aber häufig eine „moralische Schuld“.¹⁴ Hieran knüpft ein – ethisch fundiertes – Missbilligungs- bzw. Unwerturteil, wenn auch – bisher – keine zivilrechtliche Verantwortlichkeit und damit Haftungsfolge. Ein ehrbarer Kaufmann handelt nicht so: Alle relevanten Risiken auf andere abladen und für sich selbst und/oder sein (Bank)Institut den maximalen Profit herauszuholen.

4. Weitere wichtige Werte

a) Anwendungsbeispiele

Wie im historischen Teil ausgeführt, gründet der ehrbare Kaufmann sein Verhalten auf gesellschaftlich herausgebildete, konsenterte und praktizierte Überzeugungen und Eigenschaften. Sie machen den ehrbaren Kaufmann aus. Zu nennen sind Werte wie Glaubwürdigkeit, Respekt, Anstand, Pflicht(bewusstsein), Treue, (De)Mut, Loyalität, Fleiß, Disziplin, Pünktlichkeit, Zuverlässigkeit, Begeisterung(sfähigkeit), Wertschätzung.

In bewusster Auswahl können nachfolgend nur sinnmachende Schlaglichter von typischen Kaufmanns-Werten geworfen werden. Sie bilden die Grundsätze des guten Wirtschaftens.¹⁵

b) Anstand/Anständigkeit

„Benimm Dich und handele „anständig“!“ Wie oft hört man das während der Erziehung, Ausbildung, in der Lehre und im Studium sowie im tagtäglichen Geschäftsleben.

Diese allgemeine wie treffende Aufforderung ist nicht neu. So brachte es bereits Robert Bosch auf den Punkt: „Die anständigste Art der Geschäftsführung ist auch die beständigste!“

c) Vertrauen

Weitere wichtige Werte kommen hinzu. Der erfolgreiche Unternehmer stützt sich auf sie.¹⁶ Vor allem ist Vertrauen hervorzuheben. Vertrauen muss im Wirtschafts- und Geschäftsverkehr langsam und nachhaltig aufgebaut und erarbeitet werden. So schnell kann es verspielt werden. Ganz schwer ist es sodann, einmal verlorenes Vertrauen zurück zu gewinnen. Provokant fragt man: Deutsche Unternehmen ohne Vertrauen? Dabei stützt man sich auf die neuesten Ergebnisse des GPRA-Vertrauensindex, d.h. der Gesellschaft Public Relations Agenturen e.V. für das zweite Quartal 2010. Danach setzt sich der negative Vertrauentrend in der deutschen Bevölkerung fort.¹⁷ Dem ist durch konsequentes und nachhaltiges Verhalten entgegen zu wirken. Also, der ehrbare Kaufmann sollte auf Vertrauen bauen und auf seine Mitmenschen schauen.

5. Tugenden

Tugend ist die Fähigkeit, sich gemäß den einzelnen Werten zu verhalten. Sie ist die Gesinnung, die persönliche Einstellung, die auf die Verwirklichung moralischer Werte ausgerichtet ist. Man unterscheidet zwischen Kardinal-, religiösen und Bürgertugenden; letztere werden – oft missverständlich gedeutet – auch als Sekundärtugenden bezeichnet.¹⁸

a) Kardinaltugenden

Wie im geschichtlichen Überblick entfaltet: Der ehrbare Kaufmann praktiziert seit Generationen die – auch auf Aristoteles zurückgehenden – Kardinaltugenden, und zwar

- 1.) Klugheit,
- 2.) Gerechtigkeit,
- 3.) Tapferkeit, (De)Mut,
- 4.) Mäßigung, Ausgleich/Ausgeglichenheit, Balance.

b) Religiöse Tugenden

Sie erscheinen bereits in der Bibel, und zwar in der Ausprägung von

- 1.) Glaube,
- 2.) Liebe,
- 3.) Hoffnung.

Der ehrbare Kaufmann gründet auf diese christlichen Tugenden sein persönliches Fundament; er bildet eine Lebensein-

stellung und eröffnet sich seine „Kraftquelle“, den Herausforderungen zu begegnen. Er mag gelegentlich auch Milde und Barmherzigkeit walten lassen.

c) Sekundärtugenden in Form der „Kaufmanns-Tugenden“

Ferner kommen die Charaktereigenschaften des tüchtigen Kaufmanns dazu. Man spricht von Sekundär-, Bürger oder auch Preußischen Tugenden. Diese personifizierten Werte umfassen Disziplin, Ordnung, Pünktlichkeit, Zielstrebigkeit, Zuverlässigkeit, Genauigkeit, Fleiß und Treue, Wirtschaftlichkeit/Sparsamkeit, Begeisterungsfähigkeit und Wertschätzung.¹⁹ In nicht abschließender Aufzählung erstrecken sie sich von der Haltung bis zur Höflichkeit, Nachhaltigkeit („Dauerhaftes Dranbleiben – ohne es zu weit zu treiben!“), den modernen „weichen Faktoren“, sog. „Soft Skills“. Diese Tugenden machen letztlich die „kaufmännische Haltung“ aus, welche seine vorgelebte Beispiel- und Vorbildfunktion charakterisieren.

d) Interaktion – typische Vertragsbeziehungen

Der soziologische Terminus der Interaktion nimmt den Bezug zu den Mitmenschen auf und drückt die jeweilige Beziehung des ehrbaren Kaufmanns zu seinem Partner (Kontrahenten?) aus. Der ehrbare Kaufmann stellt sich nicht nur dar als ein „personifizierter Werteträger“. Hinzu kommt die Interaktion. Er ist „auf den anderen bezogen und ausgerichtet“. Oft versetzt er sich in die Position des anderen – oder sollte es idealtypischerweise. Beim Kauf-, Kredit-, Miet-, Werk- und Dienstvertrag sollte er stets auch die Rechte und Pflichten des Vertragspartners(-gegners?!) berücksichtigen. Er handelt im juristisch zulässigen Rahmen auf einer ethisch fundierten Grundlage. Dabei geht er von der Vernunft bestimmt vor. Um – langfristig – Erfolg zu haben, muss er vernunftgeleitet handeln. Mit juristischer Betrachtungsweise ist in diesem Zusammenhang auf die Anwendbarkeit der Grundsätze von Treu und Glauben hinzuweisen, § 242 BGB. Rechtsprechung und Rechtslehre haben diese aus der Moral in das Recht einfließenden Grundsätze durch behutsame Fallgruppenbildung über die Jahrzehnte seit Inkrafttreten des BGB handhabbar bzw. justiziabel ausgestaltet.

Gleichwohl gilt: Unredlichkeit im Wirtschaftsverkehr ist – letztlich – durch das Recht als „ethisches Minimum“ nicht zu vermeiden, wohl aber durch ethische Prinzipien und vor allem durch verantwortliches Handeln.

e) Nachhaltigkeit

Der ehrbare Kaufmann trachtet danach, trotz oder gerade angesichts der schnelllebigen, hektischen (Krisen)Zeit fortgesetzte Geschäfte zu machen. Grundsätzlich ist sein Handeln ausgelegt auf Langfristigkeit, zugespitzt auf Nachhaltigkeit, auf „Sustainability“. Damit ist Durchhalten, Dauerhaftigkeit und „Dranbleiben“ in „neu-deutscher“ Form ausgedrückt.

Der ehrbare Kaufmann fragt sich ständig: Was ist rechtens, richtig oder (noch) vertretbar? Wo sind rechtliche, zumindest ethische Grenzen des wirtschaftlichen Handelns zu ziehen? Im Konfliktfall neigt er regelmäßig dazu, – fußballsportlich ge-

14) So ausdrücklich H. Schmidt, Sei Beispiel und Vorbild, in: mobil 9/2010, S. 6, 8.

15) So mahndend und auffordernd angesichts der Krise(n) E. Schulz, Schulz liest der Wirtschaft die Leviten, in: HB vom 11. 10. 2010, S. 24; ähnlich A. Kirchhoff, aaO.; H. Weiss, aaO.; H. Schmidt, aaO.; Joachim, ATL 2011, S. 243, 244 ff.

16) Dazu näher Joachim, Wichtige Werte, S. 28 f.

17) Deutsche Unternehmen ohne Vertrauen?, in: Wirtschaft Regional 7/2010, S. 20.

18) Im Überblick U. Wickert, Buch der Tugenden, München 2010, S. 1 ff mwN.; J. Todenhöfer, Teile Dein Glück, München 2010, S. 1 ff, 211 ff mwN. zu (Un)Tugenden; Joachim, Wichtige Werte, S. 4 ff; ders., GuT 2010, 328, 329 ff; ders., ATL 2011, S. 243, 244 ff; aktuell A. Kirchhoff, aaO.; H. Weiss, aaO.: Deutsche Tugenden.

19) Daimler-Vorstandsvorsitzender D. Zetsche vor dem Bertelsmann-Forum, WB vom 30. 3. 2007; H. Schmidt, mobil 9/2010, S. 6, 8; C. Clark, Preußen, München 2007, S. 211, 212 ff; Joachim, Wichtige Werte, S. 3 ff; ders., ATL 2011, S. 243, 244 ff.

20) Aktuell „Nachhaltigkeit“, in: FTD vom 2. 12. 2010, A 1-4; FTD vom 16. 12. 2010, A 1-4; WaS, aaO.

sprochen – „den Ball flach zu halten“, eher „in den eigenen Reihen zu halten“ und „nicht zu früh oder gar entscheidend in Rückstand zu geraten“! Also, selbst der Verlust eines – kurzfristigen – Kampfes, Gefechts kann helfen, die – langfristige – Schlacht erfolgreich zu schlagen.

Nachhaltigkeit in Form von Dauerhaftigkeit der Unternehmensführung, Ausrichtung der Unternehmensziele auf Natur- und Umweltschutz sowie Generationen-Gerechtigkeit erfordert einen „langen Atem“, viele Ressourcen und den Einsatz erheblicher finanzieller Mittel. Die Hinwendung zur Nachhaltigkeit ist modern, „trendy“; die Werbebranche spricht von „Green Fashion“, „Sustainable Entrepreneurship“ und betont Umwelt- und Sozialausrichtung der Unternehmenspraxis. Aber, die „Nachhaltigkeits-Nachahmung“ ist leicht gesagt, schwer getan. Viele weltweit tätige Konzerne behaupten, dass sie sozial und ökologisch wirtschaften; nur wenige lösen das Versprechen nachweislich ein. Die „ehrbaren“ Unternehmensführer trachten danach, das Vertrauen der Kunden zu gewinnen, allgemeine Markenvertrauen und Reputation aufzubauen, Ertragssteigerung und Kostenreduzierung langfristig sicherzustellen, Mitarbeiter anwerben und halten zu können sowie dem „dauerhaften Druck“ durch Investoren und Aktionären zu begegnen.²⁰

Nachhaltigkeit bildet die Triebfeder des unternehmerischen Handelns.²¹ Ein nachhaltiges, ethisch fundiertes Verhalten zeigt sich in Krisenzeiten. Es zahlt sich aus in Zeiten wieder anziehender Konjunktur. Mitarbeiter, deren Arbeitsplätze in „schwerer See“ gesichert worden sind, reagieren mit erhöhter Leistungsbereitschaft. Dadurch wird das Unternehmen auch nachhaltig erfolgreicher. Bezeichnenderweise bilden in Deutschland derzeit rund 206 Studiengänge Nachhaltigkeitsexperten aus; sie haben gute Karrierechancen, und ihre Spezialisierung wird zunehmend nicht nur als „ethisches Beigemüse“, sondern als Qualifikation angesehen, so in Kombination von Nachhaltigkeits- mit Qualitätsmanagement.²²

6. Tatsächlicher Anwendungsbereich

Die tatsächliche Anwendbarkeit des ehrbaren Kaufmanns ist abhängig von dem jeweiligen Geschäftsbereich bzw. der Branche. In angestammten, alteingesessenen Wirtschaftsbereichen „kennt man sich“ und agiert entsprechend.

a) „Wort“ und „Handschlag“ als Symbole des Geschäftsabschlusses

So mag es Bereiche und Personen geben, die als „ehrbare Kaufleute“ ein Geschäft (noch) „per Handschlag“ tätigen. Das „Wort“ des ehrbaren Kaufmanns gilt mehr als zahlreiche, eng beschriebene Seiten mit detaillierten Vertragsklauseln. Die Rechtswirklichkeit sieht – vor allem – im anglo-amerikanischen Rechts- und Wirtschaftsraum häufig anders aus. Man kennt den „Handshake“, denkt dort allerdings wohl öfters an den „Golden Handshake“ bei Abfindungs- und Ausgleichszahlungen. Gleichwohl gibt es „Honorable Entrepreneurs“.

b) Regionale Unterschiede

Der ehrbare Kaufmann kommt regional betrachtet unterschiedlich vor und verschieden gewichtet zur Anwendung. In manchen Regionen kennt und praktiziert man die Grundsätze vom ehrbaren Kaufmann, etwa – ohne Vollständigkeitsanspruch – im Norddeutschen Raum, so in Hamburg, im (ost)westfälischen Raum, so in Bielefeld. Mit Vorsicht und Rücksicht sei vermerkt: Unbekannter dürften die Grundsätze sein im asiatischen und arabischen Raum – obwohl auch gerade hier die Persönlichkeiten des Kaufmanns und Unternehmers großes Gewicht aufweisen. Vor Verallgemeinerungen ist stets – so auch hier – zu warnen.

7. Werte-„Dreieck“

Der ehrbare Kaufmann bewegt sich in einem „dynamischen Dreieck“. Damit sind hier folgende drei „Beziehungsbausteine“ gemeint:

1.) Er wird bestimmt und handelt nach seinen Werten und seinem Wertesystem. Sie sind grundsätzlich für den Menschen at-

traktiv. Anders als soziale und/oder juristische Normen, welche restriktiv sind und bestimmte Handlungsziele und -mittel ausschließen, begeistern und motivieren sie. Werte werden in ein System eingestellt, welches auf Erfahrungen des ehrbaren Kaufmanns gründet.

2.) Er muss sich mit verschiedensten Institutionen auseinandersetzen und ihnen gegenüber bestehen. So muss er sich im Geschäftsverkehr bewähren und dies ggf. vom Gericht überprüfen lassen. Hierzu zählen vor allem legitimierte Werte, also Regeln und Rechte.

3.) Seine Praktiken und Handlungsweisen bilden den dritten Baustein des Dreiecks. Sie unterliegen der von der Ethik bestimmten Bewertung, also im jeweiligen Einzelfall als gut oder böse, richtig oder falsch, (in)akzeptabel, (un)vernünftig, (un)redlich usw.. Konsens stiftend lässt er sich leiten von den Grundsätzen der praktischen Vernunft.

8. „Ur- bzw. Archetyp“

Der „Standard- bzw. Archetyp“ des ehrbaren, korrekten und ordentlichen Kaufmanns ist wie folgt zu skizzieren: Er handelt wert(e)orientiert, ist bestimmt von Verantwortung für Beschäftigte, Lieferanten, Kunden und Gesellschaft, lebt in der Tradition des „Geschäfts per Handschlag“, sein Wort gilt. Er ist Beispiel und Vorbild.²³ Er schafft und baut auf Vertrauen.

9. Aktueller Konfliktfall eines Markenartikers

Der ehrbare Kaufmann ist häufig Konfliktsituationen ausgesetzt. Beispiele sind Legion. So sei das Praxisbeispiel aus einer aktuellen Podiumsdiskussion aufgegriffen:²⁴ Das Unternehmen des ehrbaren Kaufmanns stellt Markenartikel her. Soll er dasselbe, am Markt bestens eingeführte Produkt unter anderem Namen – etwa als „no name product“ mit oder unter anderer Marke vertreiben? Er könnte so einen lukrativen Auftrag einfahren, den Bestand seiner Mitarbeiter – auch in Krisenzeiten – sichern, vielleicht sogar ausbauen. Andererseits könnte er seinen Ruf am Markt und sein Vertrauen gegenüber seinen Kunden, gegenüber dem Verbraucher gefährden. Wie entscheidet er sich? Im Zweifel für das Geschäft? Wie so oft, dürfte es auf die jeweiligen Einzelfallumstände, deren Gewichtung und Bewertung ankommen. Mancher Markenartiker hat sich für die „gezielte Geschäftsausweitung“ entschieden. Bekanntlich existieren Industrie- und Handelsmarken mit (annähernd) gleichem Inhalt nebeneinander. Das mag mit der Sichtweise eines ehrbaren Kaufmanns vereinbar sein.

10. Aktueller Konfliktfall eines Spielzeugherstellers

Der Spielzeughersteller lässt im asiatischen Ausland produzieren. Die Produktionsstoffe sind angeblich gesundheitsgefährdend. Sie können die dortigen Niedriglohn-Arbeitnehmer und eventuell auch die Kinder als End-Kunden erheblich in ihrer Gesundheit gefährden, wenn nicht gar beeinträchtigen. Verlässliche Forschungen und belastbare Gutachten liegen (derzeit) nicht vor; sie sind jedoch in Auftrag gegeben. Kann das für den Unternehmer lukrative Geschäft – zumindest: einstweilen – beibehalten werden? Oder soll ein zeitweiliges „Moratorium“ verfügt werden, bis belastbare Daten vorliegen? Will man so nur Zeit oder Tatsachen fundierte Erkenntnisse gewinnen? Nicht nur der Unternehmensgewinn, sondern auch Arbeitsplätze stehen auf dem Spiel. Also, bis auf weiteres: „Problembelastetes“ Spielzeug produzieren und importieren oder – einstweilen – alles stoppen? Im aktuellen Praxisfall ist zu konstatieren: Bis zum

21) Eindringlich G. Olesch, Nachhaltigkeit: Die Triebfeder des unternehmerischen Handelns, in: Wirtschaft Regional 7/2010, S. 17; FTD vom 2. 12. und 16. 12. 2010, jeweils A 1-4; WaS, aaO.

22) B. Schwertfeger, Mehr als ethisches Beigemüse, in: FTD vom 2. 12. 2010, S. A. 4. Ausführlich: ISM-Symposium zur „Sustainable Entrepreneurship“ vom 7. 5. 2011, www.ism-symposium.de

23) Dazu die treffende Beschreibung von H. Schmidt, Sei Beispiel und Vorbild, in: mobil 9/2010, S. 6ff.

24) Podiumsdiskussion zum „ehrbaren Kaufmann“ im Euro Business College (EBC) Bielefeld im Rahmen des EBC-Business Club in Bielefeld am 24. 11. 2010; dazu Neue Westfälische (NW) vom 27. 11. 2010.

Beweis des Gegenteils und dem behördlichen Tätigwerden ist der Unternehmer bis auf weiteres mit dem Spielzeug im Markt vertreten.

VIII. Ehrbarer Kaufmann in der Kritik

1. „Leerformel“ und „Argumentationsverstärker“

Der ehrbare Kaufmann kann eine „Leerformel“ darstellen, mit der ein Idealtypus auf den „Sockel der Scheinheiligkeit“ gestellt wird. Mit der Wirklichkeit hat dieser „Muster-Mensch“ relativ wenig zu tun. Je nach gesellschaftlicher und/oder politischer Zielrichtung mag er als „Argumentationsverstärker“ dienen. „Quod demonstrandum erat“ – das, was zu beweisen war, wird mit dem Begriff vorgegeben, als feststehender Inhalt gleichsam unterstellt.

2. „Realitätsferne“ und „Romantisierung“

Die öffentliche Kritik am Leitbild des ehrbaren Kaufmanns entzündet sich an der Realitätsferne des Modells. Die Praxis argumentiert mit „Negativ-Beispielen“, zumeist mit eklatanten Missbrauchsfällen und -formen. Zudem wirft man der Heranziehung des Typus eine „Romantisierung“ bis hin zur wirklichkeitsfremden „Verklärung“ des historischen Kaufmannsbegriffs vor.²⁵ Er klingt „altmodisch“. Was hat er mit der Realität zu tun, etwa beim Zwang, Mitarbeiter in einer wirtschaftlichen Krise zu entlassen? Manche verstehen ihn gleichwohl als „modernen Auftrag“.²⁶ Demgegenüber werden Hochschulstudien als Grundlage für die Befürwortung des ehrbaren Unternehmers oft als zu theorielastig und als zu „blauäugig“ eingestuft. So heißt es etwa: „Ahnt ein 34-jähriger Student ohne nennenswerte Unternehmenserfahrung wie schwierig das werden kann: ein ehrbarer Kaufmann zu sein?“²⁷ Allein, die vermeintlich mangelnde Praxiserfahrung sagt nichts aus über die (Un)Tauglichkeit des ehrbaren Unternehmers als richtungsweisendes Modell. Jeder hat sich einem „Stress-Test“ zu stellen, losgelöst davon, ob als ehrbarer Kaufmann bzw. Unternehmer oder nicht.

3. Wissenschaftliche Kritik

Wissenschaftlich fundierte Kritik zeigt sich allenfalls indirekt. So befassen sich volkswirtschaftlich ausgerichtete Wirtschaftsethiker bisweilen mit der möglichen kurzfristigen Ausbeutung ehrbaren Verhaltens. Im Vordergrund stehen dabei spieltheoretische Modelle, wie das „Gefangenendilemma“. Zudem gründet sich die Kritik am ehrbaren Kaufmann und an dessen Verhalten auf andere Ausprägungen des moralischen Risikos, neuzeitlich und neu-deutsch als „Moral Hazard“ bezeichnet. Hierbei wird eine bestimmte Mangel- oder Risikolage von einer Person oder Gruppe in unzulässiger Weise ausgenutzt oder zum eigenen Vorteil angewendet. Man spricht auch vom Trittbrettfahrerverhalten, von der „Adverse Selection“ und dem „Hold-Up-Problem“. Dem wird durch das Setzen für richtig erachteter Anreize und Regelsysteme entgegen zu wirken versucht.²⁸ Einstweilen fehlt die Konkretisierung der Kritik. Sie müsste sich auf genaue Handlungsalternativen ausrichten.

IX. Moderne Erscheinungsformen des ehrbaren Kaufmanns

1. Vom ehrbaren Kaufmann zum ehrbaren Unternehmen

Anknüpfend an den Geschichtsüberblick weist der ehrbare Kaufmann heutzutage einen viel weitreichenderen Verantwortungsumfang auf. Früher mag er als „Pater Familias“ der „Kümmerer“ der gesamten Familie, der Mitarbeiter und deren Familien gewesen sein. Heute ist er kein klassischer Eigenwirtschaftler mehr, welcher nur für seine eigenen Aktionen einzustehen hat. Vielmehr muss er vielgestaltige Folgen für Mitarbeiter, Lieferanten, Kunden mit einbeziehen, weiter gefasst: Auswirkungen für alle Prozesse innerhalb des Unternehmens und deren Konsequenzen nach außen, insbesondere auf die Gesellschaft und Umwelt. Dabei kommt es zudem an auf seine Vorbildfunktion. Aus dem ehrbaren Kaufmann kann ein ehrbares Unternehmen mit entsprechendem Ruf hervorgehen. So kann aus dem beispielhaften und beispielgebenden Verhalten des ehrbaren Unternehmers oder Managers sich ein Leitbild für das Gesamtunternehmen herauschälen. Zunehmend wird ein (mit-

tel)großes Unternehmen, welches Tendenzen einer „anonymen Großveranstaltung“ aufweist, von einer charismatischen Person gleichsam als „Galionsfigur“ repräsentiert. Diese Person muss in ihrem Gesamterscheinungsbild authentisch sein, im öffentlichen Auftritt als glaubwürdiger Vertreter, verbunden mit glaubhaften Äußerungen. Bezeichnende Beispiele lassen sich zuhauf anführen.²⁹ Unternehmer und Unternehmen bilden eine glaubwürdige Einheit. Daraus lässt sich ein Leitbild für das Gesamtunternehmen herausbilden.³⁰ Die vorstehenden Ausführungen legen es nahe, den Begriff des ehrbaren Kaufmanns weit auszulegen und ihn in moderner Ausprägung als ehrbaren Unternehmer zu begreifen.

2. Vorteile durch Ehrbarkeit

Aus aktuellen Studien geht hervor, dass eine moralisch fundierte Unternehmensstrategie – etwa auf Nachhaltigkeit ausgerichtet – und eine auf Werte gegründete Unternehmensführung tragende Erfolgsfaktoren eines für die Zukunft gut aufgestellten Unternehmens darstellen. So verdeutlicht eine Führungskräftebefragung der Wertekommission aus dem Jahr 2007, dass Werte positive Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit zeitigen. Damit steht im engen Zusammenhang der Wettbewerb um talentierte und engagierte Führungskräfte. Etwa 50% der Befragten lassen sich dahin ein, dass sie aufgrund abweichender Werthaltungen und Wertvorstellungen bereits den Arbeitsplatz gewechselt oder einen Wechsel erwogen haben.³¹

Eine gemeinsame Studie der Unternehmensberatung Deep White und des MCM Instituts der Universität St. Gallen zeigt auf, dass ein Viertel des Geschäftserfolgs von Unternehmen auf die vorgelebte Wertekultur am Arbeitsplatz zurückgeführt werden kann.³² Art und Umfang der Tatsachengrundlage sowie das tatsächliche Verhalten der Befragten könnten hinterfragt werden. Nachvollziehbar erscheinen die Beobachtungen auf den ersten Blick dennoch zu sein.

3. Ehrbarkeit in der Unternehmenspraxis

Das Drucken von Unternehmenswerten, Leitlinien, „Corporate Missions & Visions“ auf Hochglanzpapier reicht bei weitem nicht aus. Werte müssen gelebt, beispielgebend vorgelebt und weitergegeben werden. Die Werte müssen transparent sein, also verständlich und akzeptabel vermittelt werden. Für jeden Adressaten muss sich der „Wert des Wertes“ erschließen, er muss ihn aufnehmen, verinnerlichen und anwenden.³³ Die aktuelle Führungskräftebefragung offenbart, dass Handlungsbedarf besteht. Der Anteil der Unternehmen, die einen formal institutio-

25) R. Trampert, Ehre, Blut und Pulverdampf – Der deutsche Mythos vom „ehrbaren Kaufmann“, in: Jungle World – Die linke Wochenzeitung vom 6. 8. 2009. <http://jungle-world.com/artikel/2009/32/36904.html>.

26) P.C. Fink, So viel zur Theorie, in: Die Zeit vom 30. 9. 2010, S. 32.

27) P.C. Fink, in: Die Zeit, aaO.

28) K. Homann im Interview: D. Gürtler, Mehr Verordnung oder mehr Verantwortung? (http://www.der-ehrbare-kaufmann.de/fileadmin/Gemeinsame_Dateien/der-ehrbare-kaufmann.de/PDFs/GesprAoch_Klink-Homann_-_Langfassung.pdf), in: PWC, Das Magazin für Vorausdenker, Sonderveröffentlichung zur Ausgabe Oktober 2009, S. 13. Abrufbar unter: http://www.der-ehrbare-kaufmann.de/fileadmin/Gemeinsame_Dateien/der-ehrbare-kaufmann.de/PDFs/Gespr%C3%A4ch_Klink-Homann_-_Langfassung.pdf.

29) Dazu die Serie im Handelsblatt (HB), ähnlich in der ARD: Unternehmerdynastien, etwa die Firmenlenker der Familie Oetker; aber auch „Fremdrepräsentanten“ wie der Generalbevollmächtigte und Patriarch der Firma Krupp, Berthold Beitz; A. Kirchhoff, aaO.; H. Weiss, aaO..

30) B. Leibinger, Glaubwürdigkeit ist das höchste Gut von Managern, Ökonomischer Gastkommentar, in: HB vom 3. 11. 2009; W. Fuhr, aaO.; S. Sorice, aaO.; A. Kirchhoff, aaO.; H. Weiss, aaO..

31) Wertekommission, Führungskräftebefragung 2007 – eine Studie der Wertekommission in Zusammenarbeit mit dem iaw-Köln. http://www.iaw-koeln.de/uploads/wk_studie2007.pdf.

32) Deep White GmbH/Institute for Media and Communication Management St. Gallen (2004), Grundlagenstudie Wertekultur und Unternehmenserfolg, Bonn. http://www.deep-white.com/studies/study_results-de.php.

33) D. Lotter/J. Braun, Mehrwerte für die Wirtschaft. Wie Unternehmen ihre Zukunftsfähigkeit sichern und gesellschaftlichen Wohlstand mehrten, in: Stiftung & Sponsoring 3/2009, Rote Seiten. http://www.benefitidentity.com/mehrwerte_schaffen_de/index1.php, S. 3.

nalisierten und intern kommunizierten Wertekatalog erstellt haben, nähert sich inzwischen der 80% Marke. Allerdings zeigt sich in der Umsetzung nach Wahrnehmung der befragten Teilnehmer eine Lücke zwischen Anspruch und Wirklichkeit. In der gelebten Unternehmenspraxis erblicken mehr als zwei Drittel der (Nachwuchs-)Führungskräfte keine wertorientierte Führung durch die Geschäftsführung bzw. das „Top-Management“. Drastisch äußern sich fast 40% der Befragten dahin, dass das Unternehmen nur aus Marketinggründen auf Werte abstellt.³⁴ Eine erfolgreiche, wertbestimmte Unternehmensführung berücksichtigt die Werte und setzt sie konsequent im Unternehmensgeschehen um. Die Verstärkung auf Werte der Ehrbarkeit reicht nicht aus; sie müssen im Unternehmensalltag angewendet werden. Dies stellt einen konkreten Anwendungsfall von Corporate Social Responsibility = CSR dar. Dazu sei ein praktisches Beispiel von Transparenz im Unternehmen in Form von Geben und Nehmen genannt:

In Anwendung dessen bedeutet der Wert der Transparenz vor allem klare Kommunikation, also, dass Führungskräfte verständlich und nachvollziehbar sprechen. Sie sollen ihr unternehmerisches Handeln erläutern. Mitarbeiter sollen auf allen Unternehmensebenen kommunizieren. Sie sollen eine ehrliche Reaktion geben, zumeist neu-deutsch „Feed-back“ genannt. Kunden gegenüber sollen Dienstleistungen und Produkte – auch und gerade – in Krisenzeiten kompetent und ehrlich dargestellt werden. Gegenüber Partnern sollen Chancen, Risiken und Herausforderungen offen genannt werden.³⁵ Eine so verstandene Transparenz kann, soll und wird Vertrauen erzeugen.

4. Vorschlag: Verknüpfung von Risiko-, Haftungsübernahme und (Steuer)Vorteilen

Die nachfolgende Überlegung mag eine weiterführende Diskussion in der Wirtschaft und Gesellschaft anstoßen. Vielleicht führt sie zu entsprechenden Gesetzesänderungen in der Zukunft. Ehrbare Unternehmer sind bereit, Risiken zu tragen und – auch juristische – Haftung zu übernehmen. So schlagen sie vor, ihre Rechtsform zu ändern. Statt einer GmbH bzw. GmbH & Co. KG treten sie zukünftig als eingetragener Kaufmann auf. Bei der Rechtsform e.K. haften die Einzelkaufleute i.S.v. § 1 ff HGB für Verbindlichkeiten des Unternehmens mit ihrem gesamten Privatvermögen, gleichsam „mit Haut und Haaren“!

Bezeichnerweise trägt der eingetragene Kaufmann die Abkürzung „e. K.“. Man könnte genauso an die Abkürzung für den ehrbaren Kaufmann denken, welche Doppel-(Be)Deutung!

Als Ausgleich für die Übernahme der persönlichen Haftung werden Steuervorteile geltend gemacht. So fordert der Chef eines deutschen Textilunternehmens, Wolfgang Grupp, 50% „Steuerrabatt“.³⁶ Die genaue Ausformulierung in Gesetzesform steht noch aus.

X. Zusammenfassung und Ausblick

Der ehrbare Kaufmann ist aufzufassen als eine „lohnende Lehrformel“, gerade in heutiger Zeit. Manche mögen ihn eher verstehen als „antiquierte Leerformel“ aus dem letzten, vielleicht sogar vorletzten Jahrhundert. Man mag an die vergangenen Zeiten des HGB von 1897 und des BGB von 1896, in Kraft getreten 1900, erinnern.

Der Prototyp handelt tugendhaft. Er ist vorsichtig, risikobewusst und sparsam. Schulden machen ist nicht seine Berufung, allenfalls Verbindlichkeiten eingehen im Rahmen einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung. Er lässt sich von dem Motto leiten: „Spare in der Zeit, so hast Du in der Not“ oder – mit bewusster Zukunftsausrichtung: „Spare beizeiten, so hast Du eine Zukunft!“ Die Zukunft gehört dem, der nachfolgenden Generationen Grund zur Hoffnung gibt; gleichsam nach dem Pop-Song: „Give me Hope in a Hopeless World“!³⁷ Diese Hoffnung ist auf eine fundierte Werte-Basis zu platzieren, welche der ehrbare Kaufmann bzw. Unternehmer einnimmt und mit (Wirtschafts-)Leben ausfüllt. Denn er handelt gewissenhaft, verantwortungsorientiert und nachhaltig – in Zeiten des wirtschaftlichen Wohlergehens und Aufschwungs und der Krise. Die nächste Krise kommt bestimmt³⁸; z. B. als Werte-, Finanz-, Umwelt-, Energie-, Wirtschafts-, (Bürger)Kriegskrisen tauchen stets neue Konfliktherde auf – der ehrbare Kaufmann und ehrbare Unternehmer bleiben und behalten ihren Kurs bei.

Mit dem Proto-Typen des ehrbaren Kaufmanns möchte man dauerhaft Geschäfte schließen.

Aus Diskussionen, Presseverlautbarungen und sonstigen Veröffentlichungen folgt ein Trend:

Das Leitbild des ehrbaren Kaufmanns als Synonym für verantwortliches Handeln im Wirtschaftsleben hat nach wie vor Gültigkeit.³⁹

Als Unternehmer, Einzelkaufmann und Manager tritt er in den Erscheinungsformen auf. Er praktiziert „Corporate Social Responsibility“ = „CSR“. Nota bene: „Es gibt nichts Gutes – außer man tut es!“ (Erich Kästner). „Berichtet darüber – sonst geht’s unbeachtet vorüber...“.

Er ist Beispiel und Vorbild zugleich. Sein wirtschaftliches Handeln ist von Werten bestimmt und geprägt. Denn: Werte wirken dann besonders auf andere Menschen, wenn sie glaubhaft vorgelebt werden, und zwar von glaubwürdigen Personen, die als vertrauensvolles Vorbild lohnen. Die Grundsätze des ehrbaren Kaufmanns pflegt, hegt und – vor allem – lebt man nicht nur in Hamburg, sondern auch anderswo – als Beispiel und Vorbild.⁴⁰ So verstanden, bedeutet der Begriff eine nachhaltige Vision und keine trügerische Illusion. Die Gefahr der Verwendung des Terminus als beliebige „Leerformel“ ist nicht ganz von der Hand zu weisen. Mit sinnvollem Inhalt versehen stellt er einen lehrreichen Leitbegriff dar. Der ehrbare Kaufmann kann heute und morgen als gehaltvoller, lohnender Leitstern, gleichsam als „Fixstern im Kosmos des Kaufmanns und im Sternenhimmel von Wirtschaft und Gesellschaft“ verstanden werden.

34) Wertekommission, Führungskräftebefragung 2009 – eine Studie der Wertekommission in Zusammenarbeit mit dem deutschen Managerverband. http://www.wertekommission.de/content/pdf/kampagne/Fuehrungskraeftebefragung_2009.pdf.

35) D. Lotter/J. Braun, Mehrwerte für die Wirtschaft, aaO.

36) Westfalen-Blatt (WB) vom 2. 12. 2010, Trigema-Chef fordert Steuervorteile.

37) Pierre Teilhard de Chardin, zitiert nach P. Hahne, Schluss mit lustig. Das Ende der Spaßgesellschaft, Lahr/Schwarzwald 2005, S. 1, 143; aktuell und eindringlich K. Biedenkopf, Wir leben jetzt – vergessen wir die Zukunft?, Vortrag vor dem Gildenhause am 30. 11. 2010 in Gütersloh, in: NW vom 2. 12. 2010.

38) R. Marx, Die nächste Krise kommt bestimmt, in: HB vom 17. 11. 2010, S. 56.

39) So ausdrücklich C. Jahns gegenüber der Wirtschaftswoche zur Frage, was für das ökonomische Handeln im 21. Jahrhundert notwendig ist, in: abatzwirtschaft 1-2/2009, S. 77; Klink, e.K., S. 1, 12 ff, 57 ff; W. Fuhr, aaO.; S. Sorice, aaO.; H. Weiss, aaO. spricht vom „Hausvater“ und vom „Gebot der Aufrichtigkeit und Ehrlichkeit“.

40) H. Schmidt, Sei Beispiel und Vorbild, in: mobil 9/2010, S. 4, 5 ff; B. Beitz, Ein Leben für Krupp, in: HB vom 22. 11. 2010, S. 55; M. Otto, Vortrag über Nachhaltigkeit auf der „Versammlung Eines ehrbaren Kaufmanns in der Hansestadt Hamburg“ am 18. 11. 2010, in: HB vom 22. 11. 2010, S. 55; Joachim, Wichtige Werte, S. 38, 39; ders., Wichtiges, wahrnehmbares Wertemanagement, GuT 2010, S. 328, 329 ff; ders. Von der Kunst, ein Unternehmen zu führen, auf der Basis von Werten, ATL 2011, S. 243, 244 ff.

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Wirtschaft und Verbände

Bundesminister des Auswärtigen Dr. Guido Westerwelle, Berlin

Globalisierung gestalten – Partnerschaften ausbauen – Verantwortung teilen

Rede vor dem Deutschen Bundestag am 8. Februar 2012 in Berlin

Herr Präsident!

Liebe Kolleginnen und Kollegen!

Wir haben heute im Bundeskabinett das bereits eingeführte Konzept „Globalisierung gestalten – Partnerschaften ausbauen – Verantwortung teilen“ verabschiedet. Das setzt die Reihe der Konzeptionen in der Außenpolitik fort, die wir mit dem Lateinamerikakonzept und dem Afrikakonzept im letzten Jahr begonnen haben. Letzten Endes geht es darum zu erkennen, dass sich die Gewichte auf der Welt deutlich und dramatisch verschieben und dass neue Gestaltungsmächte die Weltbühne betreten. Das Wort „Schwellenländer“, das in diesem Zusammenhang oft fällt, ist aus unserer Sicht unscharf; denn erstens haben viele Länder, um die es hier geht, das Schwellenstadium längst verlassen, und zweitens sind viele Länder bereits dabei, sich nicht nur wirtschaftlich, sondern auch politisch entsprechend zu entwickeln.

Die neuen Gestaltungsmächte zeichnen sich durch drei Eigenschaften aus.

Erstens. Es sind Länder mit einem zum Teil atemberaubenden wirtschaftlichen Erfolg in ebenso atemberaubender Schnelligkeit.

Zweitens. Es sind Länder, die daraus – und zwar zu Recht – auch den Anspruch ableiten, als politische Akteure die globalen Entscheidungen mitzugestalten.

Drittens. Es sind Länder, die mindestens regional als Ordnungsmacht in Erscheinung treten.

Diese drei Eigenschaften treffen auf viele Länder zu. Deswegen haben wir auch keine abschließende Liste erstellt, die eine begrenzte Anzahl von Ländern enthält, die künftig in unsere strategischen Partnerschaften enger einbezogen werden. Wir sind der Überzeugung, dass sich die Umbrüche so schnell vollziehen, dass man keine abschließende Voraussage treffen kann und dementsprechend auch keine abschließende Liste vorlegen kann.

Es sind Länder, die uns in den Vereinten Nationen oft genug kontrovers, aber in aller Regel auch mit vielen Gemeinsamkeiten politisch begleiten. Es ist auch klar: Wenn wir neue strategische Partnerschaften eingehen und uns mit den neuen Gestaltungsmächten enger verknüpfen und vernetzen wollen, bedeutet dies keine Aufkündigung alter Freundschaften oder eine Abkehr von alten Partnerschaften. Wir bauen unsere Politik zuallererst auf der europäischen Säule auf. Wir wissen, dass die transatlantische Partnerschaft eine unverändert notwendige Achse und ein Bündnis ist, das unser Handeln prägt. Wir müssen aber auch zur Kenntnis nehmen, dass sich bestimmte Länder auf den Weg gemacht haben. Das zieht viele Konsequenzen nach sich. Wir sehen das bei der Diskussion über die Reform der Vereinten Nationen. Diese Diskussion wird bei uns oft auf den Aspekt reduziert, dass Deutschland als einer der größten Beitragszahler ständiges Mitglied des Sicherheitsrates werden will.

Aber in Wahrheit geht es natürlich darum, dass die Verhältnisse unserer Zeit widergespiegelt werden. Lateinamerika und Afrika sind nicht ständig im Sicherheitsrat repräsentiert. Der asiatische Kontinent ist im Sicherheitsrat unterrepräsentiert. Das alles hat mit der Realität, in der wir heute leben, wenig zu tun.

Wir müssen beispielsweise zur Kenntnis nehmen, dass China die zweitgrößte Wirtschaftsmacht ist. Mittlerweile hat übrigens Brasilien Großbritannien überholt, was die Wirtschaftskraft angeht. Alleine das besagt viel. Es wird weitergehen: Hinter der Reihe bekannter großer Champions gibt es längst eine zweite Reihe von Ländern – mit all den Schwierigkeiten, wenn es um Themen wie Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit geht –, mit denen wir uns auseinandersetzen, beispielsweise Kolumbien, Vietnam, Indonesien; ich kann jetzt nicht alle aufzählen. In der Wirtschaft gibt es den Begriff „Hidden Champions“. Ich glaube, dieser Begriff trifft auch auf die Politik sehr gut zu. Das sind Länder, die in der zweiten Reihe, noch etwas im Windschatten der großen Öffentlichkeit, stehen, die jedoch eine bemerkenswerte Erfolgsgeschichte vorweisen oder zumindest auf dem Weg sind, eine solche zu schreiben.

Bei den Kriterien, die wir in unserem Konzept festgeschrieben haben, geht es in entscheidendem Maße um Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, also um unsere Werte. Aber auch unsere Interessen werden definiert. Das Ganze muss in einen kohärenten Auftritt der Bundesregierung münden. Alle Ressorts sind im Rahmen ihrer fachlichen Zuständigkeit, die in keiner Weise infrage gestellt wird, zunehmend international gefordert. Es ist aber notwendig, den Außenauftritt einheitlicher, effizienter und kohärenter zu gestalten. Der Charme und der Sinn dieses Konzepts beruhen darauf, dass es ressortübergreifend ist.

Die entsprechenden operativen Maßnahmen finden Sie auch dort. Es ist ein Informationssystem, auf das regierungsimern zugegriffen werden kann, um zu synchronisieren, was international, beispielsweise im Hinblick auf bestimmte Länderkreise, in denen strategische Diskussionen stattfinden, zu geschehen hat. Das leistet einen Beitrag dazu, die deutsche Außenpolitik schlagkräftiger und den Außenauftritt unseres Landes kohärenter zu gestalten. Aber es ist auch das Ergebnis einer sich verändernden Welt, die wir als eine Herausforderung, aber vor allem als eine Chance begreifen, und zwar weit über Wirtschaftsfragen hinaus.

Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel, Berlin

Partnerschaft in Kultur, Konsultation und Wirtschaftsbeziehung*

Rede beim Besuch der Chinesischen Akademie der Sozialwissenschaften (CASS) am 2. Februar 2012 in Peking

Sehr geehrte Vizepräsidenten – Herr Professor Wang Weiguang und Herr Professor Li Yang –, meine sehr geehrten Damen und Herren,

mein erster Besuch an der Chinesischen Akademie für Sozialwissenschaften ist mir noch in sehr guter Erinnerung. Schon damals, im Jahr 2007, haben mich das vielfältige Themenspektrum und die außerordentlich tiefgründige Arbeit der Akademie sehr beeindruckt. Deshalb ist es mir auch eine große Freude, heute wieder bei Ihnen zu sein. Ich bin natürlich nicht allein hierhergekommen. In unserer Delegation sind Abgeordnete des Deutschen Bundestages aus allen Fraktionen, wir haben eine große Wirtschaftsdelegation und natürlich auch Journalisten, die mit uns nach China gereist sind.

Es ist mir eine Ehre, heute wieder bei Ihnen zu sprechen, denn die CASS ist eine der bedeutendsten Forschungseinrichtungen in China. Sie berät in politischen Fragen die chinesische Regierung. Damit trägt sie auch eine sehr hohe Verantwortung für die Zukunft Chinas und seine Rolle in der Welt. Dem entspricht auch, dass die Akademie viele Partnerschaften internationaler Art pflegt. Wir sind insbesondere froh, dass die Akademie als Hauptpartner der Konrad-Adenauer-Stiftung in Deutschland sehr eng zusammenarbeitet. Die Kooperationen der CASS mit deutschen Organisationen spiegeln die Lebendigkeit unserer bilateralen Beziehungen insgesamt wider. Meinen Besuch hier bestimmen natürlich auch aktuelle Fragen wie nachhaltiges Wirtschaften und die Weiterentwicklung der internationalen Sicherheitsarchitektur.

Vor 40 Jahren, als die Bundesrepublik Deutschland und China diplomatische Beziehungen aufnahmen, war kaum absehbar, dass unsere Länder einmal so eng wie heute zusammenarbeiten würden. Weil wir so eng zusammenarbeiten, sprechen wir heute von einer strategischen Partnerschaft. In dem Wunsch, diese Partnerschaft weiter zu stärken, bin ich hierhergekommen. Ich weiß mich dabei auch mit meinem Partner, dem Premierminister Wen Jiabao, sehr einig.

Ich möchte auf drei Wegmarken hinweisen, die ich hervorheben möchte.

Die erste Wegmarke ist der Ausbau unserer Partnerschaft im Bereich der Kultur. Wir haben jetzt das Kulturjahr Chinas in Deutschland. Das wird uns die Möglichkeit geben, die chinesische Kultur und Geschichte besser kennenzulernen. Ich erinnere mich an die Initiative „China und Deutschland gemeinsam in Bewegung“ in vielen Provinzen Ihres Landes. In dieser Woche fand das Auftaktkonzert für das Kulturjahr Chinas in Deutschland statt. Ich glaube, dass sich viele in Deutschland sehr für die Geschichte, aber auch die heutige Zeit in China interessieren.

Wenn man sich füreinander interessiert, dann bedeutet das auch, dass man miteinander diskutiert. Dann kann es auch passieren, dass diese Diskussionen kontrovers ausfallen. Ich sage es aber immer wieder: Dialog schafft Vertrauen, Dialog schafft besseres Verstehen. Vertrauen ist immer der Grundstock dafür, dass Beziehungen zwischen Menschen Früchte tragen können und daraus dann auch in allen Lebensbereichen eine intensive Partnerschaft zwischen den Ländern erwachsen kann.

China und Deutschland pflegen seit langem einen offenen und ehrlichen politischen Meinungsaustausch – immer wieder auch in strittigen Fragen. Wir haben den Menschenrechtsdialog, wir haben den Rechtsstaatsdialog, wir reden sehr viel über die unveräußerlichen Menschenrechte. Das wird sicherlich auch

dieses Mal auf meiner Reise der Fall sein. Wir sind im Gespräch darüber, wie sich unsere Gesellschaften unter sehr unterschiedlichen Bedingungen und mit unterschiedlicher Geschichte weiterentwickeln in Richtung wirtschaftlicher Freiheit, sozialer Sicherung und ökologischer Notwendigkeit. Wir leben in einer globalisierten Welt zusammen und wissen, dass wir deshalb auch füreinander Verantwortung tragen.

Das führt mich zur zweiten Wegmarke: Mitte vergangenen Jahres konnte ich – Sie haben eben darauf hingewiesen – Premierminister Wen und zahlreiche Mitglieder des chinesischen Kabinetts zu den ersten deutsch-chinesischen Regierungskonsultationen in Berlin begrüßen, mit denen wir unsere Beziehungen auf eine neue Ebene gehoben haben. Es war ausgesprochen interessant, mit den vielen Fachministern den Dialog zu pflegen. Wir haben auch konkrete Abmachungen getroffen und werden in Zukunft in sehr praktischen Fragen zusammenarbeiten. Die nächsten Regierungskonsultationen werden dann im nächsten Jahr in China stattfinden.

Ich glaube, dass wir viele Bereiche voranbringen werden. Ich will hier nur ein Beispiel nennen: Wir wollen gemeinsam Standards im Bereich der Elektroautos entwickeln. Das ist eine Entwicklungsbranche mit großer Zukunft. Wenn wir da nicht unabhängig voneinander verschiedene Normen, sondern gemeinsame Normen entwickeln, dann kann das ein sehr wichtiger Punkt sein. Wir haben zum Beispiel auch Gespräche zur Exportfinanzierung aufgenommen. Das sind für die beiden Exportnationen Deutschland und China ganz wichtige Bereiche.

Damit komme ich zu der dritten Wegmarke: Das sind die Wirtschaftsbeziehungen. Für China ist Deutschland der wichtigste Handelspartner in der Europäischen Union und für Deutschland könnte China einigen Prognosen zufolge im laufenden Jahr zum wichtigsten Exportmarkt außerhalb der Europäischen Union werden. Unser Handelsvolumen hat im vergangenen Jahr über 140 Milliarden Euro erreicht. Das ist ein neues Rekordniveau. Die Beziehungen entwickeln sich sehr dynamisch.

Wir schauen natürlich auf die beachtlichen chinesischen Wachstumsraten. Selbst im Krisenjahr 2009 nahm das Bruttoinlandsprodukt um über neun Prozent zu. Aber China kennt eben auch die großen Herausforderungen, vor denen es steht. Ihr nunmehr zwölfter Fünf-Jahres-Plan bringt das ja auch zum Ausdruck. In diesem Plan sind sehr ehrgeizige Ziele festgelegt: Die Fortentwicklung technologischer Kompetenzen, der Ausbau sozialer Sicherungssysteme, ein besserer Umweltschutz, eine Begrenzung der Inflation und die Stärkung der Binnennachfrage. In einigen dieser Bereiche ist Deutschland sehr gerne bereit, mit Ihnen den Austausch zu pflegen und unsere Erfahrungen aus der Sozialen Marktwirtschaft mit einfließen zu lassen, etwa wenn es um den Aufbau sozialer Sicherungssysteme, wenn es um besseren Umweltschutz oder wenn es darum geht, nachhaltiges Wirtschaften hier in China besser zu verankern.

Wir wissen, dass wirtschaftlicher Wohlstand langfristig nur auf der Basis einer ausgewogenen inneren Entwicklung denkbar ist. Das heißt, stetiges und angemessenes Wachstum beruht – das ist zumindest unsere deutsche Erfahrung – auf sozialem Frieden und damit auf sozialem und regionalem Ausgleich, auf

*) Titel der Redaktion GuT.

einem umweltschonenden Wirtschaftsgeschehen und nicht zuletzt auf verlässlichen rechtsstaatlichen Strukturen. Mir ist die Dimension Ihres Landes wohl bewusst. Deshalb sind gerade auch regionale Differenzen ein Thema, mit dem sich die Regierung sehr intensiv auseinandersetzt.

Wir werden unsere Zusammenarbeit in den verschiedenen Bereichen in den nächsten Jahren weiter intensivieren. Wir haben eine enge Zusammenarbeit im Bereich Bildung und Forschung, in der Wissenschaft, in der Energiepolitik und in der Umweltpolitik. Das alles kann aber noch intensiviert werden. Auch die deutsche Wirtschaft ist an weiteren und intensiven Kooperationen interessiert. In unserer Delegation sind viele Wirtschaftsvertreter – Vertreter großer Unternehmen, aber auch Vertreter mittelständischer Unternehmen. Ich denke, in China werden sich gerade auch die mittelständischen Unternehmen in den nächsten Jahren sehr dynamisch entwickeln. Deshalb wollen wir auch auf diesem Gebiet neben den heute schon bestehenden Kooperationen weitere Kooperationen ermöglichen.

Was brauchen ausländische Wirtschaftsvertreter, worüber sprechen die deutschen Wirtschaftsvertreter? Sie brauchen offene Märkte. Was ich Ihnen zusagen kann, ist, dass unser Markt, der deutsche Markt, offen ist für chinesische Investitionen. Genauso möchten wir, dass deutsche Unternehmen mit den inländischen Unternehmen hier gleichbehandelt werden. Das heißt, ein gemeinsames Wettbewerbsfeld ist das A und O einer guten wirtschaftlichen Kooperation. Wir brauchen natürlich auch einen effektiven Schutz des geistigen Eigentums. Es ist bei den Unternehmern immer wieder davon gesprochen worden, dass man, um sich in China dynamisch zu entwickeln, auch Zugang zu den entsprechenden Finanzierungen braucht. Ich glaube, wir haben viele Fortschritte erreicht, aber wir werden auf meiner Reise jetzt auch über die Fragen sprechen, die noch gelöst werden müssen.

Es geht also immer um faire Kooperation, um fairen Wettbewerb, der auf Gegenseitigkeit beruht. Wie ich schon sagte, gerade auch Deutschland ist ein Standort, an dem die chinesischen Unternehmen in Zukunft sicherlich noch mehr investieren werden. Erste große Beispiele gibt es schon, aber hier gibt es noch großes Entwicklungspotential.

Wir wissen, dass wir in der Weltwirtschaft miteinander verflochten sind. Wir wissen auch, dass die Weltwirtschaft bestimmten Risiken ausgesetzt ist. Nach der internationalen Finanz- und Wirtschaftskrise spüren wir überall noch die Auswirkungen, mit denen wir uns auseinandersetzen müssen. Das gilt für Europa in ganz besonderer Weise.

Was wir im europäischen Rahmen – insbesondere im Raum der Länder, die den Euro als Währung haben – spüren, ist, dass die infolge der Finanz- und Wirtschaftskrise aufgelegten Konjunkturprogramme in vielen Ländern dazu geführt haben, dass die Staatsschulden übermäßig gewachsen sind und wir jetzt in einigen europäischen Ländern eine Staatsschuldenkrise haben, die in ganz besonderer Weise auch deutlich macht, dass die Wettbewerbsfähigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten des EuroRaums zum Teil sehr unterschiedlich ist. Wir haben es also nicht mit einer Krise unserer Währung, sondern mit einer Schuldenkrise und einer Frage der Wettbewerbsfähigkeit zu tun.

Wir spüren in dieser Situation, dass etwas in der Europäischen Union, insbesondere im Euro-Raum, nicht ausreichend ausgeprägt ist: Das ist das, was wir die „politische Union“ nennen. Das heißt, wir haben eine Währungsunion, die aber eine noch nicht ausreichende politische Gemeinsamkeit verkörpert. An der politischen Gemeinsamkeit – sozusagen an dem Fundament der Währungsunion – müssen wir in den nächsten Jahren arbeiten. Dabei ist die Europäische Union und sind insbesondere die Staaten, die den Euro haben, in den letzten zwei Jahren erheblich vorangekommen. Wir haben nun eine sehr viel stärkere Haushaltsdisziplin. Wir haben gerade in den letzten Tagen einen Fiskalvertrag beschlossen, der jedes Land, das den Euro als Währung hat, dazu verpflichtet, eine solide Haushaltspolitik durchzuführen.

Gleichzeitig haben wir über bessere Wettbewerbsfähigkeit und über bessere Möglichkeiten des Wachstums gesprochen. Das ist genauso wichtig, denn das Thema der Arbeitslosigkeit ist in vielen europäischen Ländern auch ein ganz zentrales Thema. Zum Beispiel liegt die Jugendarbeitslosigkeit in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union heute im Durchschnitt bei 20 Prozent. In einigen Ländern ist sie sogar doppelt so hoch. Das ist natürlich eine sehr schlechte Voraussetzung, um wirklich Wachstum zu schaffen. Deshalb ist für uns das Thema der Wettbewerbsfähigkeit, des Wachstums, der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und der Schaffung neuer Arbeitsplätze die zweite Weiche neben der Haushaltsdisziplin, um wieder auf einen nachhaltigen Pfad zu kommen.

Ich möchte Ihnen hier ganz deutlich sagen: Der Euro als unsere gemeinsame Währung hat die Europäische Union stärker gemacht. Ein Land wie Deutschland hat erheblich vom Euro profitiert und kann als Exportnation im Euro-Raum und der Europäischen Union mit einer gemeinsamen Währung natürlich sehr viel besser agieren. Deshalb sind wir der Meinung, dass auf der einen Seite jedes Land seine Hausaufgaben machen muss und jedes im Rahmen seiner Zuständigkeiten vorankommen und Unzulänglichkeiten beheben muss, dass wir aber auf der anderen Seite auch solidarisch miteinander sein müssen, denn eine gemeinsame Währung muss man auch gemeinsam verteidigen.

Das wird aber bedeuten, dass wir in Zukunft ein Mehr an Europa brauchen – mehr Kohärenz unserer Wirtschaftspolitiken und mehr Kohärenz unserer Innovationsinitiativen. Deshalb wird Europa in den nächsten Jahren enger zusammenrücken. Deutschland wird sich hierbei ganz besonders engagieren. Man kann also sagen: Europa wächst in der Krise zusammen. Wenn ich mir anschau, dass wir in der Europäischen Union gemeinsam 500 Millionen Einwohner sind, dann kann ich feststellen, dass wir im Verhältnis zu Ihrem Land mit über 1,3 Milliarden Einwohnern immer noch klein sind. Das heißt, wenn wir uns auch international behaupten wollen, dann ist für uns die Europäische Union die Antwort auf die Globalisierung. Deutschland weiß das in besonderer Weise zu schätzen.

Nun wissen wir: Eine hohe Staatsverschuldung ist keineswegs ein rein europäisches Phänomen, sondern es gibt sie auch in anderen Ländern – zum Teil sogar mit noch höheren Defiziten. Deshalb ist unsere Kooperation im Rahmen der G 20 so wichtig. Deutschland und China spielen hierbei eine sehr aktive Rolle. Trotz vieler Kontroversen im Detail ist es uns doch gelungen, in dieser Kooperation der 20 wichtigsten Industriestaaten in den letzten Jahren erhebliche Fortschritte zu machen und richtige Antworten auf die Herausforderungen der Weltwirtschaft zu geben.

In Südkorea haben wir eine Agenda für Wachstum beschlossen. Wir haben wesentliche Punkte auch bei der Regulierung der Finanzmärkte erreicht. Dies hat für uns in Deutschland nach wie vor eine sehr hohe Priorität, denn wir glauben, dass die internationale Finanzkrise ganz wesentlich auch dadurch ermöglicht wurde, dass es eine internationale Regulierung der Finanzmärkte nicht in ausreichendem Maße gab.

Deshalb pocht Deutschland darauf, dass wir mit dem Prinzip weitermachen, demnach jedes Finanzmarktprodukt, jeder Akteur auf den Finanzmärkten und auch jeder Platz, an dem Finanztransaktionen durchgeführt werden, Regulierung braucht. Diese Regulierung ist nur dann wirksam, wenn wir sie international einheitlich gestalten. Dazu gehört für uns, dass wir bessere Eigenkapitalrichtlinien für Banken haben, dass wir endlich einen Erfolg dabei hatten, mit systemrelevanten Banken so umzugehen, dass sie keine Gefahr mehr für das Weltwirtschaftssystem darstellen, und dass Finanzderivate lückenlos geregelt werden. Es steht jetzt noch aus, dass auch der gesamte Schattenbankbereich international besser reguliert wird. Das wird in den nächsten zwei Jahren endlich geschehen.

Weil all das so wichtig ist, setzen wir auch in finanzpolitischen Fragen auf eine engere Zusammenarbeit. Die gibt es schon

zwischen den Finanzaufsichtsbehörden Deutschlands und Chinas. Auch unsere Zentralbanken kooperieren sehr eng. Ich denke, dass wir das auch noch ausbauen können.

China ist nicht nur im wirtschaftlichen Bereich ein wichtiger Partner, sondern wir sind natürlich auch in internationalen Fragen gemeinsam unterwegs. Auf die außenpolitischen Herausforderungen möchte ich hier heute nicht intensiv eingehen, aber ich möchte deutlich machen, dass ein Thema wie zum Beispiel der Klimaschutz nur international geregelt werden kann. Diesbezüglich hat es bei der letzten Konferenz in Südafrika Fortschritte gegeben: Ein rechtlich verbindliches Klimaschutzabkommen soll ausgehandelt werden. Dass das möglich war, ist auch China zu verdanken.

Allerdings sage ich: Der Zeitraum bis 2020 ist noch ein großer Zeitrahmen; es wäre natürlich schöner und besser gewesen, wenn wir einen direkten Anschluss an das Kyoto-Protokoll bekommen würden. Der Klimawandel wartet nämlich nicht auf uns. Wir in Deutschland und Sie spüren, dass wir eine nachhaltige Energieversorgung und mehr Energieeffizienz brauchen. Wir unterstützen alles, was in China in diesem Zusammenhang unternommen wird. Denn China hat einen großen Energiebedarf. Die Frage der Energieeffizienz, die Frage der Ressourceneffizienz insgesamt ist bei Ihnen genauso wichtig wie bei uns – in einigen Fragen sicherlich mindestens so wichtig. Es ist in diesem Zusammenhang nicht nur über die Energieerzeugung zu sprechen, sondern ich will zum Beispiel auch das Thema der Wassernutzung anführen, bei dem wir auch sehr gute Möglichkeiten der Zusammenarbeit haben.

Bei den außenpolitischen Fragen möchte ich nur kurz zwei Themen ansprechen, die uns im Augenblick sehr wichtig sind.

Das ist zum Ersten das Nuklearprogramm des Iran. Hier haben wir die Gespräche der E3+3 – darunter auch China. Wir hoffen, dass diese Gespräche weitergeführt werden können. Wir sind allerdings der Meinung, dass wir, weil diese Gespräche in den letzten Jahren keinen Erfolg gebracht haben, weil der Iran aus unserer Sicht nicht transparent agiert, auch Sanktionen als

eine Möglichkeit brauchen, um den Versuch zu unternehmen, Iran zum Einlenken zu bringen. Einig sind wir uns darin, dass wir kein Nuklearprogramm des Iran wollen.

Als zweiten Punkt möchte ich Syrien erwähnen. In Syrien werden die Menschenrechte in dramatischer Weise verletzt. Ich werde auf unserer Reise hier mit verschiedenen Vertretern der politischen Führung Chinas sicherlich auch darüber sprechen, wie wir hier zu mehr Gemeinsamkeit kommen können. Die Arabische Liga hat hierbei eine herausragende Rolle gespielt. Ich glaube, der UN-Sicherheitsrat sollte an dieser Stelle deutliche Worte finden.

Wie werden kommende Generationen dereinst unser Jahrhundert, das 21. Jahrhundert, charakterisieren? Diese Frage müssen wir uns ja immer wieder stellen. Werden Sie sagen: Das war ein Jahrhundert der Auseinandersetzungen um die Verteilung von Rohstoffen, ein Jahrhundert der Konflikte und ein Jahrhundert der Umweltzerstörung? Oder werden kommende Generationen sagen: Es war ein Jahrhundert, in dem die Länder gelernt haben, nachhaltig zu wirtschaften und gerecht gegenüber den zukünftigen Generationen zu sein? Ich arbeite dafür, dass wir es schaffen, den zweiten Weg zu gehen. Das erfordert, dass wir eng miteinander kooperieren, dass wir Vertrauen aufbauen und dass wir immer wieder um den richtigen Weg ringen und dabei auch durchaus strittige Diskussionen führen.

Mein Besuch in China fällt jetzt auf den Beginn des Jahres des Drachen. Das Jahr des Drachen gilt in China als ein außergewöhnliches Jahr, als ein Jahr neuer Ideen und auch großer Veränderungen. Ich wünsche mir sehr, dass wir in den deutsch-chinesischen Beziehungen dieses Jahr nutzen, um uns gegenseitig noch näher kennenzulernen, um gemeinsam neue Projekte zu entwickeln und um gemeinsam neue Wege zu gehen. Das China-Jahr in Deutschland und auch die zahlreichen Veranstaltungen hier in China in diesem Jubiläumsjahr unserer diplomatischen Beziehungen werden uns dazu reichlich Gelegenheit bieten. Auch mein Besuch ist ein Beitrag dazu.

Gewerbemiete

**Art. 3, 12, 100 GG; § 2 HmbPSchG
Rauchverbot in Gaststätten; Hamburg;
Hamburgisches Passivraucherschutzgesetz;
Raucherräume; Schankwirtschaft; Speisewirtschaft**

Es stellt einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss dar, wenn als Ausnahme von einem gesetzlichen Rauchverbot in Gaststätten abgeschlossene Raucherräume für Schankwirtschaften zugelassen, für Speisewirtschaften jedoch untersagt sind.

(BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24.1.2012 – 1 BvL 21/11)

In dem Verfahren zur verfassungsrechtlichen Prüfung, ob § 2 Abs. 4 des Hamburgischen Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit (Hamburgisches Passivraucherschutzgesetz – HmbPSchG) vom 11. Juli 2007 (GVBl S. 211), zuletzt geändert am 15. Dezember 2009 (GVBl S. 506), mit Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar ist, soweit nach dieser Regelung Gaststätten, die zubereitete Speisen anbieten beziehungsweise über eine ent-

sprechende Erlaubnis nach § 3 des Gaststättengesetzes in der Fassung vom 20. November 1998 (BGBl I S. 3418), zuletzt geändert am 7. September 2007 (BGBl I S. 2246, 2257), verfügen, anders als Schankwirtschaften (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG), keine abgeschlossenen Räume einrichten dürfen, in denen das Rauchen gestattet ist

– Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 10. August 2011 (4 K 3551/10) –

hat das BVerfG – Erster Senat – am 24. Januar 2012 beschlossen:

§ 2 Absatz 4 des Hamburgischen Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit (Hamburgisches Passivraucherschutzgesetz – HmbPSchG) vom 11. Juli 2007 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 211), zuletzt geändert am 15. Dezember 2009 (Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt Seite 506), ist mit Artikel 12 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar, soweit die Vorschrift Gaststätten, die zubereitete Speisen anbieten oder über eine entsprechende Erlaubnis nach § 3 des Gaststättengesetzes in der Fassung vom 20. November 1998 (Bundesgesetzblatt I Seite 3418), zuletzt geändert am 7. Sep-

tember 2007 (Bundesgesetzblatt I Seite 2246 <2257>), verfügen, von der Möglichkeit ausnimmt, abgeschlossene Räume einzurichten, in denen das Rauchen gestattet ist.

Bis zu einer Neuregelung gilt die Vorschrift mit der Maßgabe fort, dass sie auch auf Gaststätten anzuwenden ist, die zubereitete Speisen anbieten oder über eine entsprechende Erlaubnis nach § 3 des Gaststättengesetzes in der Fassung vom 20. November 1998 (Bundesgesetzblatt I Seite 3418), zuletzt geändert am 7. September 2007 (Bundesgesetzblatt I Seite 2246 <2257>), verfügen.

Gründe: A. Die Vorlage betrifft die Frage, ob es mit Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, dass das Hamburgische Passivraucherschutzgesetz als Ausnahme von dem generell in Gaststätten geltenden Rauchverbot die Einrichtung von Raucherräumen für Schankwirtschaften erlaubt, diese Begünstigung jedoch Speisewirtschaften vorenthält.

I. 1. a) Durch § 2 Abs. 1 des Hamburgischen Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit (Hamburgisches Passivraucherschutzgesetz – HmbPSchG) vom 11. Juli 2007 (GVBl S. 211), zuletzt geändert durch das Gesetz zur Änderung des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes vom 15. Dezember 2009 (GVBl S. 506), wird das Rauchen in Gaststätten sowie in zahlreichen anderen öffentlich zugänglichen Einrichtungen verboten. Die Vorschrift lautet auszugsweise:

§ 2 Rauchverbot

(1) Das Rauchen ist nach Maßgabe der Absätze 2 bis 7 verboten in

1. bis 8 ...

9. Einrichtungen, in denen Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden (Gaststätten), einschließlich Gaststätten, die in der Betriebsart Diskothek geführt werden.

10. bis 12. ...

(2) bis (8) ...

Vom Rauchverbot ausgenommen sind Gaststätten mit nur einem Gastraum und einer Gastfläche von weniger als 75 m², die keine zubereiteten Speisen anbieten und nicht über eine entsprechende gaststättenrechtliche Erlaubnis verfügen (§ 2 Abs. 5 HmbPSchG).

§ 2 Abs. 4 HmbPSchG erlaubt für Gaststätten, in denen keine zubereiteten Speisen angeboten werden und die nicht über eine entsprechende gaststättenrechtliche Erlaubnis verfügen, die Einrichtung von Raucherräumen. Die Vorschrift lautet:

(4) In Gaststätten gemäß Absatz 1 Nummer 9, die keine zubereiteten Speisen anbieten und nicht über eine entsprechende Erlaubnis nach § 3 des Gaststättengesetzes in der Fassung vom 20. November 1998 (BGBl. I S. 3419), zuletzt geändert am 7. September 2007 (BGBl. I S. 2246, 2257), verfügen, können abgeschlossene Räume eingerichtet werden, in denen das Rauchen gestattet ist. Voraussetzung hierfür ist, dass

1. diese Räume baulich so wirksam abgetrennt werden, dass eine Gefährdung anderer durch Passivrauchen ausgeschlossen wird und die Raucherräume belüftet werden,

2. der Zutritt Personen unter 18 Jahren verwehrt ist und

3. diese Räume nicht größer sind als die übrige Gastfläche.

In ähnlicher Weise wie § 2 Abs. 4 HmbPSchG erlaubt § 2 Abs. 3 HmbPSchG, dass in anderen Einrichtungen, für die grundsätzlich das Rauchverbot gilt (z. B. Behörden, Krankenhäusern, Wohneinrichtungen, Hochschulen, Sporthallen und Justizvollzugsanstalten), Raucherräume eingerichtet werden. Zu den Voraussetzungen gehört auch hier, dass „in diesen Räumen keine zubereiteten Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden“ (§ 2 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3 HmbPSchG).

Die Betreibenden von Gaststätten sind verantwortlich für die Einhaltung des Verbots und müssen, wenn ihnen ein Verstoß bekannt wird, die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um wei-

tere Verstöße zu verhindern (§ 4 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 HmbPSchG). Wer dieser Pflicht nicht nachkommt, handelt ordnungswidrig (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 HmbPSchG).

b) Eine vergleichbare Regelung zur Zulassung von Raucherräumen in Gaststätten findet sich in anderen Ländern nicht. Während in Bayern und im Saarland ein striktes Rauchverbot in Gaststätten gilt und damit die Einrichtung von Raucherräumen dort ohnehin unzulässig ist, lassen alle anderen Länder das Rauchen in gesonderten Räumen unter besonderen Voraussetzungen zu, ohne danach zu unterscheiden, ob in den jeweiligen Gaststätten zubereitete Speisen angeboten werden oder nicht.

2. Bereits in seiner ursprünglichen Fassung vom 11. Juli 2007 (GVBl S. 211) sah das Hamburgische Passivraucherschutzgesetz als Ausnahme vom geltenden Rauchverbot die Möglichkeit vor, in Gaststätten und verschiedenen anderen Einrichtungen Raucherräume zu schaffen. Voraussetzung war, dass diese Räume baulich so wirksam abgetrennt wurden, dass eine Gefährdung anderer durch Passivrauchen ausgeschlossen war und dass die Raucherräume belüftet und ausdrücklich gekennzeichnet waren (§ 2 Abs. 3 HmbPSchG a.F.). Zwischen Speise- und Schankwirtschaften wurde dabei nicht differenziert. Eine Ausnahmeregelung für getränkegeprägte Kleingastronomie enthielt das Gesetz damals noch nicht.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 30. Juli 2008 (BVerfGE 121, 317 [= GuT 2008, 253]) Regelungen der Länder Baden-Württemberg und Berlin über Rauchverbote in Gaststätten für mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt hatte, weil sie die getränkegeprägte Kleingastronomie unverhältnismäßig belasteten, befasste sich der Landesgesetzgeber mit hiernach gebotenen Anpassungen des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes. Zwischen den damaligen Regierungsfractionen bestanden zunächst unterschiedliche Vorstellungen über eine Neuregelung: Während in der CDU-Fraktion mehrheitlich weitgehende Ausnahmetatbestände vom Rauchverbot in Gaststätten befürwortet wurden, trat die Grün-Alternative Liste (GAL) für ein striktes Rauchverbot ohne Ausnahmen ein. Unter dem 25. November 2009 legten die Regierungsfractionen der Bürgerschaft der Freien und Hansestadt Hamburg schließlich den gemeinsamen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes vor (Drucks 19/4713), der in der Folgezeit zu der hier gegenständlichen Gesetzesfassung führte. Zur Begründung des Gesetzantrags wird knapp auf die Notwendigkeit einer Anpassung des Gesetzes an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts verwiesen. Weiter heißt es, dem generellen Ziel des Schutzes vor den Gefahren des Passivrauchens solle unverändert Rechnung getragen werden, es sollten aber auch die Interessen der Gastronomie Berücksichtigung finden.

II. 1. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: die Klägerin) betreibt eine Gaststätte auf einem in Hamburg an der Autobahn A 7 gelegenen Autohof. Neben einer Gaststube mit einer Fläche von 70 m² umfasst die Gaststätte noch einen 33 m² großen „Clubraum“. Für diese Gaststätte ist die Klägerin im Besitz einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis zum Betrieb einer Schank- und Speisewirtschaft mit dem Ausschank von Getränken aller Art und der Abgabe von Speisen.

Im Juni 2010 beantragte sie beim zuständigen Bezirksamt eine Ausnahmegenehmigung vom Rauchverbot, um den Clubraum als Raucherraum auszuweisen. 80% ihrer Gäste seien Lkw-Fahrer; diese seien fast alle Raucher. Schon bei Einführung der ursprünglichen Fassung des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes sei es für ihre Gaststätte zu Umsatzeinbußen von bis zu 20% gekommen. Das nun eingeführte komplette Rauchverbot in Speisewirtschaften bedrohe ihre wirtschaftliche Existenz. Es seien Umsatzeinbußen von etwa 60% zu erwarten. Die Kundschaft der Lkw-Fahrer würde fast komplett wegbrechen. Dies werde dadurch begünstigt, dass die umliegenden Länder die Einrichtung von Raucherräumen erlaubten und die Lkw-Fahrer sehr mobil seien.

Das Bezirksamt lehnte den Erlass einer Ausnahmegenehmigung ab; die gesetzliche Regelung gelte ausnahmslos, eine Ausnahme für Speisewirtschaften sei nicht vorgesehen. Nachdem auch der Widerspruch der Klägerin ohne Erfolg blieb, begehrt die Klägerin vor dem Verwaltungsgericht festzustellen, dass sie berechtigt sei, einen bestimmten näher bezeichneten Raum ihrer Gaststätte als Raucherraum auszuweisen und zu betreiben.

2. Das Verwaltungsgericht hat das Verfahren ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt, ob § 2 Abs. 4 HmbPSchG mit Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, soweit nach dieser Regelung Gaststätten, die zubereitete Speisen anbieten oder über eine entsprechende Erlaubnis nach § 3 des Gaststättengesetzes (GastG) verfügen, anders als Schankwirtschaften (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG) keine abgeschlossenen Räume einrichten dürfen, in denen das Rauchen gestattet ist.

Die Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs. 4 HmbPSchG sei entscheidungserheblich. Wenn die Vorschrift verfassungsgemäß sei, sei die Klage abzuweisen; denn in der Gaststätte der Klägerin würde dann das Rauchverbot absolut gelten, und die Klägerin dürfte keinen Raucherraum betreiben. Wenn die Vorschrift verfassungswidrig sei, bestehe für sie dagegen zumindest die Chance, eine für sie günstigere Regelung durch den Gesetzgeber und damit einen Erfolg der Feststellungsklage zu erreichen. Die Feststellungsklage sei zulässig und bis auf die Tatsache, dass die Klägerin eine Speise- und keine Schankwirtschaft betreibe, begründet. Es bestehe keine Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung. Der eindeutige Wortlaut der Vorschrift schließe eine Interpretation dahingehend aus, dass auch in Speisewirtschaften abgeschlossene Raucherräume eingerichtet werden dürften. Zwar würde die Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 4 HmbPSchG nicht unmittelbar dazu führen, dass die Klägerin einen abgeschlossenen Raucherraum einrichten dürfte. Für die Entscheidungserheblichkeit der Vorlage genüge in den Fällen eines gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses jedoch bereits die Chance, eine günstigere Regelung zu erreichen.

Seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 4 HmbPSchG begründet das Verwaltungsgericht unter Verweis auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juli 2008 (BVerfGE 121, 317 [= GuT 2008, 253]). Das Rauchverbot in Gaststätten greife in die Berufsausübungsfreiheit der Klägerin ein. Dieser Eingriff sei nicht gerechtfertigt; denn die Ausgestaltung der Ausnahme vom Rauchverbot gemäß § 2 Abs. 4 HmbPSchG verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 GG, weil im Hinblick auf diese Ausnahme Speisewirtschaften ohne sachliche Rechtfertigung anders als Schankwirtschaften behandelt würden.

III. Zu der Vorlage haben das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, das Statistische Bundesamt, das Deutsche Krebsforschungszentrum und namens des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes (DEHOGA Bundesverband) dessen Landesverband Hamburg Stellung genommen. Der Bundestag, der Bundesrat, die Bundesregierung, die Bürgerschaft und der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg sowie die Beteiligten des Ausgangsverfahrens haben von Stellungnahmen abgesehen.

1. Der Präsident des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts teilt mit, dass das Gericht mit den im Aussetzungs- und Vorlagebeschluss aufgeworfenen Fragen zur Verfassungswidrigkeit des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes bisher nicht befasst gewesen sei.

2. Das Statistische Bundesamt teilt mit, dass sich seit 2007 die Umsätze in der getränkegeprägten Gastronomie (Schankwirtschaften, Diskotheken und Tanzlokale, Bars, Vergnügungslokale, sonstige getränkegeprägte Gastronomie) deutlich schlechter als in der speisengeprägten Gastronomie (Restaurants mit herkömmlicher Bedienung, Restaurants mit Selbstbedienung, Imbissstuben, Cafés, Eissalons) entwickelt hätten. Die Umsätze in beiden Wirtschaftszweigen seien bezogen auf das Basisjahr 2005 gesunken, und zwar verstärkt seit Januar 2007. Zu diesem Zeitpunkt sei der Mehrwertsteuersatz erhöht wor-

den. In der getränkegeprägten Gastronomie seien die Umsätze seit Januar 2007 stärker zurückgegangen als in der speisengeprägten Gastronomie; so seien etwa im August 2010 bei den realen Umsatzmessen im Vergleich zu 2005 für die getränkegeprägte Gastronomie nur noch 76,0% gegenüber 85,6% für die speisengeprägte Gastronomie erreicht worden. Erst im Laufe des Jahres 2009 habe sich der Trend in beiden Bereichen mit zuletzt 77,1% beziehungsweise 86,6% im September 2011 stabilisiert.

Zu der Frage, ob es bei der Umsatzentwicklung Unterschiede zwischen kleinen Einraumgaststätten und größeren Gaststätten gebe, konnte das Statistische Bundesamt keine Aussagen treffen. Wegen der verschiedenen Regelungen in den einzelnen Ländern und der unterschiedlichen Zeitpunkte deren In- und Außerkrafttretens sah sich das Statistische Bundesamt zudem nicht in der Lage abzuschätzen, inwieweit landesspezifische Regelungen zum Rauchverbot für die beschriebene Entwicklung ursächlich waren. Damit unterscheide sich die Lage von derjenigen zum Zeitpunkt der Anfrage des Bundesverfassungsgerichts in dem der Entscheidung des Senats vom 30. Juli 2008 (BVerfGE 121, 317 [= GuT aaO]) zugrunde liegenden Verfahren. Bei der für dieses Verfahren abgegebenen Stellungnahme sei es für einen bestimmten Zeitraum im Jahr 2007 möglich gewesen, die Länder eindeutig in solche mit gleichartigen Passivraucherschutzgesetzen und solche gänzlich ohne entsprechende Regelungen einzuteilen.

3. Das Deutsche Krebsforschungszentrum teilt mit, dass es aus wissenschaftlicher Sicht keinen Unterschied mache, ob die Schadstoffe, die im Tabakrauch enthalten seien, in einer Schankwirtschaft oder in einem Speiserestaurant eingeatmet würden. Sie seien in jedem Fall gesundheitsschädlich und krebserregend, insbesondere für die Beschäftigten. Der „Kompromiss“, in Speisegaststätten das Rauchen zu verbieten und es in Getränkegaststätten zuzulassen, gehe auf ein Positionspapier der Tabakindustrie aus dem Jahr 2005 zurück. Er widerspreche den Erkenntnissen der Krebsforschung und dem Vorrang des Gesundheitsschutzes vor wirtschaftlichen Erwägungen.

4. Für den DEHOGA Bundesverband hat sich dessen Landesverband Hamburg geäußert. Er differenziert in seiner Stellungnahme zwischen drei Typen von Gaststätten: (1.) reinen Schankwirtschaften, (2.) Speisewirtschaften, die getränkeorientiert seien, aber auch einfache Speisen oder eine kleine Speisekarte anböten, und (3.) Restaurants, bei denen das Speisenangebot deutlich im Vordergrund stehe.

Es gebe in Hamburg nur relativ wenige Gaststätten, die völlig auf die Abgabe von Speisen verzichteten; allenfalls handle es sich um 60 bis 80 Betriebe. Solche Betriebe, die schon immer auf die Abgabe von Speisen verzichtet hätten, dürften nur in geringem Umfang von der gesetzlichen Neuregelung betroffen sein. Etwas anders stelle sich die Situation für solche Gaststätten dar, bei denen erst in Reaktion auf die gesetzliche Neuregelung die Abgabe von Speisen eingestellt worden sei. Hier sei der Speisenumsatz ersatzlos weggefallen, ohne dass in nennenswertem Umfang neue Gäste, nämlich rauchende Gäste und deren Begleitung, hätten gewonnen werden können.

Die Betreibenden getränkeorientierter Speisewirtschaften klagten regelmäßig darüber, dass ihr Umsatz nach der Novellierung des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes drastisch zurückgegangen sei. Teils werde über Umsatzrückgänge von 30% bis 50% berichtet. Dies werde in erster Linie auf das Rauchverbot zurückgeführt. Für Gruppen mit rauchenden Gästen sei es unattraktiver geworden, solche Gaststätten aufzusuchen; denn die Notwendigkeit, zum Rauchen die Gaststätte zu verlassen, werde als Störung des kommunikativen Miteinanders empfunden. Die Verweildauer der Gäste habe sich erheblich verkürzt. Außerdem wichen Gäste in den Außenbezirken Hamburgs auf Gaststätten in den benachbarten Ländern Schleswig-Holstein und Niedersachsen aus.

Bei „klassischen“ Restaurants seien die Klagen über Umsatzrückgänge weniger ausgeprägt. Zwar werde auch dort im-

mer wieder mitgeteilt, dass sich die Aufenthaltsdauer der Gäste gerade in der kälteren Jahreszeit verkürzt habe, vereinzelt werde allerdings auch berichtet, dass es einen Zuwachs an Gästen gebe, die den rauchfreien Essensgenuss zu schätzen wüssten.

B. Die Vorlage ist zulässig. Insbesondere hat das vorlegende Gericht seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 4 HmbPSchG unter Hinweis auf die Ausführungen des Senats in seinem Urteil vom 30. Juli 2008 zu einem gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss bei der Zulassung von Raucherräumen (dort für Diskotheken; vgl. BVerfGE 121, 317 <368 ff.> [= GuT aaO]) hinreichend dargelegt. Auf dieser Grundlage sind dem Vorlagebeschluss auch die – gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG erforderlichen – hinreichenden Darlegungen zur Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage zu entnehmen. Ist das vorlegende Gericht – wie hier – der Überzeugung, dass die zur Prüfung gestellte Norm das in Art. 3 Abs. 1 GG verbürgte Grundrecht oder einen speziellen Gleichheitssatz verletzt, reicht es für die Feststellung der Entscheidungserheblichkeit aus, dass die Verfassungswidrigkeitserklärung der Norm der im Ausgangsverfahren klagenden Partei die Chance offen hält, eine für sie günstige Regelung durch den Gesetzgeber zu erreichen (vgl. BVerfGE 121, 108 <115> m.w.N.). Dies ist vorliegend der Fall; denn der Gesetzgeber kann den vom vorlegenden Gericht angenommenen Gleichheitsverstoß zwar auf verschiedenen Wegen heilen, sich hierbei aber auch für die Möglichkeit entscheiden, die Begünstigung in Gestalt der Zulassung von Raucherräumen auf Speisegaststätten zu erstrecken. In diesem Fall hätte die Klägerin nach der hier maßgeblichen, verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts im Ausgangsverfahren Erfolg.

C. § 2 Abs. 4 HmbPSchG ist mit Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG insoweit unvereinbar, als die Norm solche Gaststätten, die zubereitete Speisen anbieten oder über eine entsprechende Erlaubnis verfügen, von der Möglichkeit ausnimmt, abgeschlossene Räume einzurichten, in denen das Rauchen gestattet ist.

I. Die maßgebliche Vorschrift (§ 2 Abs. 4 HmbPSchG) ist nicht umfassend, sondern nur im Rahmen der für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Rechtsfrage (§ 81 BVerfGG) auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen (vgl. BVerfGE 126, 331 <354> [= GuT 2010, 273 PM]). Dies betrifft die Frage, ob Betreibende von Speisewirtschaften (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 GastG) anders als Betreibende von Schankwirtschaften (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG) von der Möglichkeit ausgeschlossen werden dürfen, in entsprechend der gesetzlichen Regelung ausgestatteten Nebenräumen ihrer Gaststätten das Rauchen zu gestatten. Es wird also weder die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Rauchverbots in Gaststätten aufgeworfen (vgl. dazu BVerfGE 121, 317 <344, 356> [= GuT 2008, 253]), noch ist mit Blick auf eine etwa übermäßige Belastung einer bestimmten Gastronomiepartei über die Notwendigkeit eines weiteren Ausnahmetatbestandes vom gesetzlichen Rauchverbot zu befinden (vgl. dazu BVerfGE 121, 317 <359 ff.> [= GuT aaO]). Ausweislich der Vorlagefrage geht es vielmehr allein darum, ob der Klägerin ein gesetzlich geregelter Ausnahmetatbestand – nämlich die Möglichkeit, einen Raucherraum einzurichten – in verfassungswidriger Weise vorenthalten wird. Diese Konstellation entspricht im Ansatz derjenigen, über die der Senat bereits hinsichtlich des Ausschlusses von Diskotheken von der ansonsten erlaubten Einrichtung von Raucherräumen durch die ursprüngliche Fassung von § 7 Abs. 2 Satz 2 des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg entschieden hat (BVerfGE 121, 317 <368 ff.> [= GuT aaO]). Auch im vorliegenden Fall liegt eine Beschränkung der freien Berufsausübung durch ein Rauchverbot vor, von dem eine Ausnahme vorgesehen ist, deren Ausschluss für bestimmte Gastronomiebetriebe den Anforderungen aus Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG standhalten muss (vgl. BVerfGE 25, 236 <251>; 121, 317 <369> [= GuT aaO]).

1. a) Da für eine Speisewirtschaft, wie sie von der Klägerin betrieben wird, die Einrichtung eines Raucherraums durch § 2 Abs. 4 HmbPSchG nicht zugelassen ist, gibt es für solche Gaststätten keine Ausnahme von dem in § 2 Abs. 1 Nr. 9 HmbPSchG normierten Rauchverbot. Ungeachtet seiner vornehmlichen Adressierung an die Besucher einer Gaststätte greift dieses Rauchverbot in die Berufsausübungsfreiheit der Gaststättenbetreibenden ein (vgl. BVerfGE 121, 317 <344 ff.> [= GuT aaO]). Die Freiheit der Berufsausübung wird durch Art. 12 Abs. 1 GG umfassend geschützt (vgl. BVerfGE 85, 248 <256>) und erstreckt sich auch auf das Recht, Art und Qualität der am Markt angebotenen Güter und Leistungen selbst festzulegen (vgl. BVerfGE 106, 275 <299>) und damit den Kreis der angesprochenen Interessenten selbst auszuwählen. Unter diesem Gesichtspunkt beeinträchtigt das Rauchverbot die freie Berufsausübung derjenigen, die Gaststätten betreiben; denn ihnen wird die Möglichkeit genommen, selbst darüber zu bestimmen, ob in ihren Lokalen den Gästen das Rauchen gestattet oder untersagt ist. Damit können sie nur noch in den gesetzlich geregelten Ausnahmefällen darüber entscheiden, ob die Leistungen und Dienste ihres Gaststättenbetriebs auch solchen Gästen angeboten werden sollen, die diese zusammen mit dem Rauchen von Tabak in Anspruch nehmen möchten. Den Gaststättenbetreibenden wird es nicht nur erheblich erschwert, rauchende Gäste mit ihren Angeboten zu erreichen, sondern sie werden regelmäßig daran gehindert, ihre Leistungen an Gäste zu erbringen, die auf das Rauchen in der Gaststätte nicht verzichten wollen (so BVerfGE 121, 317 <345> [= GuT aaO]).

b) Berufsausübungsregelungen müssen nicht nur den Anforderungen genügen, die sich unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG ergeben, sie müssen vielmehr auch sonst in jeder Hinsicht verfassungsgemäß sein und insbesondere den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beachten (vgl. BVerfGE 25, 236 <251>; 121, 317 <369> [= GuT aaO]).

Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können (vgl. BVerfGE 126, 400 <416>; 127, 263 <280>; stRspr). Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 21. Juni 2011 – 1 BvR 2035/07 –, NVwZ 2011, S. 1316 <1317> m.w.N.). Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich insbesondere aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 21. Juni 2011, a. a. O.); denn dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, zu denen auch die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie Berufsausübung zählt, nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 121, 317 <370> m.w.N. [= GuT aaO]).

2. Bei Anwendung dieser Maßstäbe auf die verfassungsrechtliche Prüfung des § 2 Abs. 4 HmbPSchG ist diese Norm mit Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar.

a) Für die vorliegend zu beurteilende Differenzierung zwischen Schank- und Speisewirtschaften ist bei der Prüfung anhand des Gleichheitssatzes von einer strengeren Bindung des Gesetzgebers auszugehen, weil sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten – hier in Gestalt der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten freien Berufsausübung – nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 121, 317 <370> [= GuT aaO]). Aufgrund der differenzierenden Regelung in § 2 Abs. 4 Satz 1 HmbPSchG sind die Betreibenden

von Speisewirtschaften im Unterschied zu denjenigen, die Schankwirtschaften betreiben, daran gehindert, gesonderte Nebenräume einzurichten, um dort ihren Gästen das Rauchen zu gestatten und damit eine Ausnahme vom ansonsten geltenden Rauchverbot in Gaststätten für sich zu nutzen. Dies hat zur Folge, dass Betreibende von Speisewirtschaften nicht in freier Ausübung ihres Berufs das Angebot ihrer Gaststätten auch für rauchende Gäste attraktiv gestalten können. Es liegt nahe, dass dies erhebliche wirtschaftliche Nachteile insbesondere für eher getränkegeprägte Speisegaststätten nach sich zieht, bei denen die Gäste auf Speisen zwar nicht verzichten wollen, solche Lokale aber vorrangig aus anderen Gründen – wie etwa auf der Suche nach Geselligkeit und zur Kommunikation – aufsuchen.

b) Diese Ungleichbehandlung ist sachlich nicht gerechtfertigt. Es fehlt an einem hinreichend gewichtigen Grund für die Differenzierung.

aa) Als Differenzierungsgrund genügt es nicht bereits, dass die in § 2 Abs. 4 Satz 1 HmbPSchG vorgenommene Unterscheidung das Ergebnis eines politischen Kompromisses zwischen den damaligen Regierungsfractionen in der Hamburgischen Bürgerschaft ist. Die Notwendigkeit, sich durch einen politischen Kompromiss eine parlamentarische Mehrheit zu sichern, prägt Politik. Sie kann für sich allein genommen die mit schwerwiegenden Nachteilen für die Ausübung eines Freiheitsrechts verbundene Ungleichbehandlung verschiedener Normadressaten freilich nicht rechtfertigen. Auch wenn der Gesetzgeber im demokratischen Staat regelmäßig auf politische Kompromisse angewiesen ist, gilt doch auch für ihn gemäß Art. 1 Abs. 3 GG die Bindung an die Grundrechte. Dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG ist mithin nicht allein schon wegen des Vorliegens eines politischen Kompromisses Genüge getan, er setzt vielmehr seinerseits der Möglichkeit eines Kompromisses inhaltliche Grenzen.

bb) Sachliche Gesichtspunkte, mit denen sich die Unterscheidung zwischen Schank- und Speisewirtschaften bei der Zulassung von Raucherräumen rechtfertigen lässt, sind nicht erkennbar.

Für die verfassungsrechtliche Prüfung ist allerdings nicht ausschlaggebend, ob die maßgeblichen Gründe für die gesetzliche Neuregelung im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich als solche genannt wurden oder gar den Gesetzesmaterialien zu entnehmen sind. Nicht die subjektive Willkür des Gesetzgebers führt zur Feststellung eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, sondern die objektive Unangemessenheit der Norm im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation, die sie regeln soll (vgl. BVerfGE 51, 1 <26 f.>; 93, 386 <400> m.w.N.). Auf dieser Grundlage ist kein hinreichend gewichtiger Grund für die Differenzierung auszumachen.

(1) So lässt sich die unterschiedliche Behandlung nicht durch Gründe des Gesundheitsschutzes rechtfertigen.

(a) Dies gilt zunächst im Hinblick auf den Schutz der Gesundheit des Gaststättenpersonals, ungeachtet der Frage, ob und inwieweit ein Landesgesetzgeber dieses Ziel zum Gegenstand eines Nichtraucherschutzgesetzes machen kann, ohne dadurch gegen die Kompetenzordnung des Grundgesetzes zu verstoßen (vgl. dazu BVerfGE 121, 317 <347 f.> [= GuT aaO]). Insoweit fehlt es bereits an dem erforderlichen hinreichenden Zusammenhang zwischen dem Regelungsziel und dem vom Gesetzgeber gewählten Differenzierungsmerkmalen (vgl. BVerfGE 124, 199 <220>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 21. Juni 2011, a. a. O., S. 1316 f. m.w.N.). Im vorliegenden Fall lässt sich ein solcher Zusammenhang zwischen dem Schutz des Gaststättenpersonals und der Differenzierung zwischen Speise- und Schankgaststätten nicht erkennen, denn nicht nur in Speise-, sondern auch in Schankwirtschaften sind Angestellte beschäftigt, die die Gäste in dort zulässigen Raucherräumen bedienen und hierbei den Gefahren des Passivrauchens ausgesetzt werden. Weder in den Materialien des Gesetzgebungsverfahrens noch anderweitig lassen sich Nachweise dafür finden, dass das Gaststättenpersonal in Raucherräumen von Speisewirtschaften

regelmäßig in stärkerem Maße dem Tabakrauch ausgesetzt sein könnte als in Raucherräumen von Schankwirtschaften. Nicht von der Hand zu weisen ist zudem die Überlegung des vorliegenden Gerichts, dass ein etwa beabsichtigter Schutz des Gaststättenpersonals effektiver und zugleich für die Betreibenden von Gaststätten weniger belastend zu erreichen ist, wenn die Zulassung von Raucherräumen davon abhängig gemacht wird, dass sich die Gäste dort selbst bedienen.

(b) Die Differenzierung kann ferner nicht mit dem Schutz der Gesundheit der Gäste gerechtfertigt werden. Gäste sind in den Schutz der gesetzlichen Regelung schon nicht einbezogen, soweit sie ihre eigene Gesundheit dadurch gefährden können, dass sie selbst rauchen. Ihnen wird kein Schutz vor Selbstgefährdung aufgedrängt (vgl. BVerfGE 59, 275 <278 f.>; 121, 317 <359> [= GuT aaO]). Vielmehr wird nach § 1 Abs. 1 HmbPSchG mit dem Hamburgischen Passivraucherschutzgesetz ausdrücklich nur das Ziel verfolgt, die Bevölkerung vor den gesundheitlichen Gefahren durch Passivrauchen in öffentlichen Einrichtungen zu schützen. Dieses begrenzte Schutzziel rechtfertigt indessen die Ungleichbehandlung von Schank- und Speisewirtschaften nicht.

(aa) Die Erwägung eines erhöhten Schutzbedürfnisses für Gäste in Speisewirtschaften wegen einer angenommenen zusätzlichen Belastung der Nahrung durch Tabakrauch wurde zwar bei einer Anhörung im Ausschuss für Gesundheit und Verbraucherschutz der Hamburgischen Bürgerschaft von einer Auskunftsperson vorgebracht (vgl. Ausschuss-Drucks 19/8, S. 17), im Gesetzgebungsverfahren spielte dieses Schutzziel als Grund für die hier zu beurteilende Differenzierung jedoch ersichtlich keine Rolle. So erklärte der Präses der damaligen Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz in einer späteren Ausschusssitzung, es sei „aus gesundheitspolitischer Sicht völlig irrelevant ..., ob man beim Rauchen was isst oder nicht“. Dies sei „eine Geschmacksfrage, aber keine gesundheitspolitische Frage“. Beim Essen zu rauchen sei nicht mehr oder weniger schädlich als beim Trinken zu rauchen (vgl. Ausschuss-Drucks 19/9, S. 12). Es gibt auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Annahme eines erhöhten Schutzbedürfnisses auf belastbaren wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen würde. So hat das Deutsche Krebsforschungszentrum in seiner Stellungnahme zum vorliegenden Verfahren ausgeführt, es ergebe aus wissenschaftlicher Sicht keinen Unterschied, ob die Aufnahme der Schadstoffe, die im Tabakrauch enthalten seien, in einer Schankwirtschaft oder in einem Speiserestaurant erfolge.

Aber selbst wenn unterstellt wird, dass die Verbindung von Essen und Passivrauchen zu einer besonderen Schadstoffbelastung der nichtrauchenden Gäste führt, ergibt sich daraus keine Rechtfertigung, den Betreibenden von Speisewirtschaften die für andere Gaststätten bestehende Möglichkeit vorzuenthalten, Raucherräume einzurichten. Ist das Rauchen nur noch in vollständig abgetrennten Nebenräumen erlaubt, so entfällt das an die besondere Betriebsart anknüpfende Argument der gesteigerten Gefährdung durch Passivrauchen, weil sich die Gäste zum Essen in Nichtraucherbereichen aufhalten können. Eine Gefährdung der Gäste in den Nichtraucherbereichen kann durch strikte Einhaltung der Vorgaben des § 2 Abs. 4 Satz 2 HmbPSchG verhindert werden. Danach sind Raucherräume baulich so wirksam abzutrennen, dass eine Gefährdung anderer durch Passivrauchen ausgeschlossen wird (vgl. BVerfGE 121, 317 <371 f.> [= GuT aaO]).

(bb) Schließlich lässt sich die unterschiedliche Behandlung von Schank- und Speisegaststätten nicht damit rechtfertigen, dass durch den Ausschluss von Raucherräumen in der letztgenannten Gastronomieparte eine größere Anzahl von Menschen den Gefahren des Passivrauchens entzogen wird. Zwar geht mit jeder Verringerung der Möglichkeiten zu rauchen zwangsläufig auch die Zahl der durch Passivrauchen gesundheitlich Gefährdeten zurück. Auch darf der Gesetzgeber der Prävention dieser Gesundheitsgefahr durchaus Raum geben. Diese Erwägung kann hier jedoch keinen hinreichend gewichtigen, sachlich vertretbaren Differenzierungsgrund liefern; denn es fehlt insoweit wiederum an dem notwendigen inneren Zusammenhang zw-

schen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung. Anhaltspunkte dafür, dass das in Speisewirtschaften offerierte gastronomische Angebot im Vergleich zu Schankwirtschaften zu einer weiteren Erhöhung der mit dem Passivrauchen verbundenen Gesundheitsgefahren führt, liegen nicht vor (vgl. oben <aa>). Wenn der Ausschluss der Speisewirtschaften von der gesetzlichen Begünstigung dazu dienen sollte, die Anzahl der Gelegenheiten zum Rauchen gering zu halten, erschiene die Differenzierung daher geradezu willkürlich; denn es würde an ein Unterscheidungsmerkmal angeknüpft, das in keinerlei Zusammenhang mit einem solchen Regelungsziel des Gesetzgebers steht.

(2) Eine etwaige unterschiedliche wirtschaftliche Betroffenheit von Speise- und Schankwirtschaften durch ein Rauchverbot scheidet ebenfalls als tauglicher Differenzierungsgrund aus.

Aus Sicht des Gesetzgebers spielten die wirtschaftlichen Auswirkungen des Rauchverbots offenkundig bei der Formulierung der Vorschrift keine Rolle. Im Gesetzgebungsverfahren wurde ersichtlich davon ausgegangen, dass keine ausreichenden „belastbaren Zahlen ... über die wirtschaftlichen Auswirkungen des Rauchverbotes in der Gastronomie in Deutschland“ vorliegen (Abg. Harald Krüger, PIProt 19/42, S. 2622). Eine Differenzierung zwischen Schank- und Speisewirtschaften wegen unterschiedlicher wirtschaftlicher Belastung durch das Rauchverbot scheidet bereits an einer hinreichenden Tatsachengrundlage. Für den – allein von der Regelung betroffenen – Bereich derjenigen Gaststätten, die über die baulichen Möglichkeiten zur Einrichtung eines Nebenraums für rauchende Gäste verfügen, lässt sich nicht feststellen, dass reine Schankwirtschaften typischerweise in erheblichem Umfang wirtschaftlich stärker durch ein Rauchverbot belastet würden als Gaststätten, in denen auch zubereitete Speisen angeboten werden oder angeboten werden dürfen.

Zwar hatte das Statistische Bundesamt in seiner Stellungnahme zu dem durch Urteil vom 30. Juli 2008 abgeschlossenen Verfahren ausgeführt, dass die landesgesetzlichen Rauchverbote wahrscheinlich zu stärkeren Umsatzrückgängen im Bereich der getränkegeprägten Gastronomie geführt hätten (vgl. BVerfGE 121, 317 <339> [= GuT aaO]). Für das vorliegende Verfahren konnte es seine damalige – ohnehin als bloße „Momentaufnahme“ bezeichnete – Feststellung jedoch nicht bestätigen. So führt das Statistische Bundesamt zwar aus, dass die Umsätze der getränke- und der speisengeprägten Gastronomie seit Januar 2007 zurückgegangen seien und die Umsatzentwicklung der getränkegeprägten Gastronomie schlechter sei als die der speisengeprägten. Es konnte aber keine Aussage darüber treffen, inwieweit dies durch landesgesetzliche Regelungen zum Rauchverbot verursacht worden sei. Zudem war der im Jahr 2008 getroffenen Einschätzung nicht zu entnehmen, ob die vermutete besondere wirtschaftliche Betroffenheit der getränkegeprägten Gastronomie nicht im Wesentlichen durch die Besonderheiten und spezifischen Belastungen der getränkegeprägten Kleingastronomie verursacht war. Dafür spricht, dass die Nichtraucherschutzgesetze der seinerzeit bei der Auswertung berücksichtigten Bundesländer (Baden-Württemberg, Niedersachsen und Hessen) bereits damals die Einrichtung von Raucherräumen für Schank- und Speisewirtschaften erlaubten, aber noch keine Ausnahmeregelung für Einraumgaststätten enthielten, bei denen solche Nebenräume nicht geschaffen werden konnten. Deshalb erscheint es nicht fernliegend, dass die damals für Schankwirtschaften erfassten Umsatzrückgänge vor allem auf solche Gaststätten zurückgehen, die von vornherein nicht die Möglichkeit hatten, Raucherräume einzurichten und mithin vom Rauchverbot wirtschaftlich besonders nachteilig betroffen waren. Dementsprechend findet sich im Urteil des Senats vom 30. Juli 2008 auch nicht die Feststellung einer generell stärkeren Belastung der Schankwirtschaften im Vergleich zu den Speisewirtschaften. Vielmehr hat der Senat spezifische Auswirkungen nur für eine bestimmte Gruppe von Schankwirtschaften zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht und besondere wirtschaftliche Nachteile allein für die getränkege-

prägte Kleingastronomie bejaht (BVerfGE 121, 317 <363> [= GuT aaO]), die namentlich durch „Eckkneipen“ (BVerfG, a. a. O., S. 358) oder „Einraumkneipen“ (BVerfG, a. a. O., S. 364) repräsentiert wird. Maßgebend für die vom Senat getroffene Unterscheidung war ausdrücklich nicht allein die Ausrichtung solcher Gaststätten als Schankwirtschaften, sondern – neben der geringeren Zahl von Sitzplätzen – die besondere Gästestruktur, die gegenüber anderen Gastronomiesparten durch eine vergleichsweise hohe Zahl von rauchenden Gästen gekennzeichnet ist (BVerfG, a. a. O., S. 363) und mithin bei einem Rauchverbot existenzbedrohliche Umsatzrückgänge befürchten lässt (BVerfG, a. a. O., S. 365). Es war bereits damals nicht und ist heute noch weniger zu erkennen, dass über diesen speziellen Gaststättentypus hinaus, der in besonderer Weise durch rauchende Stammgäste geprägt wird, Schankwirtschaften im Vergleich mit Speisewirtschaften allgemein von einem Rauchverbot in einem solchen Maße wirtschaftlich stärker betroffen wären, dass dies den völligen Begünstigungsausschluss aller Speisewirtschaften rechtfertigen könnte.

In den Materialien zum Gesetz zur Änderung des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes finden sich zwar Hinweise, die darauf hindeuten, dass sich der Gesetzgeber bei der von ihm vorgenommenen Differenzierung zwischen Schank- und Speisewirtschaften an dem Urteil des Senats vom 30. Juli 2008 (BVerfGE 121, 317 [= GuT 2008, 253]) orientieren wollte. So berief sich der gesundheitspolitische Sprecher der CDU-Fraktion vor der Hamburgischen Bürgerschaft darauf, dass das Bundesverfassungsgericht „Unterscheidungen der Gastronomiemerkmale in Speisegaststätten und getränkegeprägt“ für zulässig gehalten habe, dass „innerhalb der Gruppe jedoch keine Ungleichbehandlungen passieren“ dürften (Abg. Harald Krüger, PIProt. 19/42, S. 2622 <2623>). Ähnlich äußerten sich Abgeordnete des Koalitionspartners GAL im Ausschuss für Gesundheit und Verbraucherschutz (vgl. Drucks. 19/4768, S. 3). Hieraus kann sich jedoch ein hinreichender Grund für die unterschiedliche Behandlung beider Gastronomiesparten in § 2 Abs. 4 HmbPSchG schon deshalb nicht ergeben, weil in dem zitierten Urteil das gastronomische Angebot keineswegs generell als geeignetes Differenzierungskriterium bei der Zulassung von Ausnahmen vom Rauchverbot in Gaststätten genannt wird. Der Senat hatte vielmehr das Merkmal des „vorwiegend an Getränken und weniger an Speisen ausgerichtete(n) Angebot(s)“ lediglich als eines von mehreren Merkmalen herangezogen, um mit der getränkegeprägten Kleingastronomie den vom Rauchverbot besonders belasteten Typus von Gaststätten zu kennzeichnen (vgl. BVerfGE 121, 317 <363 f.> [= GuT aaO]; oben <2>). Allein in diesem Zusammenhang wurde das unterschiedliche gastronomische Angebot im Folgenden bei der Darstellung der Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers (vgl. BVerfG, a. a. O., S. 375) und der Formulierung der Zwischenregelung (vgl. BVerfG, a. a. O., S. 377) wieder aufgenommen.

II. Die in § 2 Abs. 4 Satz 1 HmbPSchG bestimmte Unterscheidung zwischen Schank- und Speisewirtschaften ist eine Berufsausübungsregelung, die als gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Die Verfassungswidrigkeit der Norm führt hier jedoch nicht zu ihrer Nichtigkeit. Es ist lediglich die Unvereinbarkeit der gegenwärtigen Regelung mit dem Grundgesetz festzustellen, weil dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten für die Neuregelung zur Verfügung stehen (vgl. BVerfGE 121, 317 <373 f.> [= GuT aaO] m. w. N.). Es bleibt dem Gesetzgeber überlassen, ob er den festgestellten Gleichheitsverstoß durch eine Ausdehnung der Begünstigung des § 2 Abs. 4 HmbPSchG auf Speisewirtschaften, durch eine nach sachgerechten Kriterien differenzierende Vorschrift oder durch eine grundlegend anders konzipierte Verbotregelung (vgl. BVerfG, a. a. O., S. 374) ausräumen will.

III. Mit Blick auf die Berufsfreiheit der Betreibenden von Speisewirtschaften besteht für den Zeitraum bis zu einer gesetzlichen Neuregelung zur Vermeidung weiterer erheblicher wirtschaftlicher Nachteile ein Bedürfnis nach einer Zwi-

schenregelung durch das Bundesverfassungsgericht auf Grundlage des § 35 BVerfGG (vgl. BVerfGE 48, 127 <184>; 84, 9 <21>; 121, 317 <376> [= GuT aaO]). Hierzu wird in Anlehnung an das bisherige Regelungskonzept des Gesetzgebers (vgl. dazu BVerfGE 121, 317 <376>) die geltende Ausnahme vom Rauchverbot durch die Zulassung von Raucherräumen auf solche Gaststätten erstreckt, die zubereitete Speisen anbieten oder über eine entsprechende Erlaubnis nach dem Gaststättengesetz verfügen. Auch für Speisewirtschaften können hiernach unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 4 Satz 2 HmbPSchG abgeschlossene Raucherräume eingerichtet werden.

§§ 858, 903, 1004 BGB; Art. 2, 3, 12, 14 GG
Hotel-Beherbergungsvertrag; Kündigung;
Hausverbot; Hausrecht; Gästeauswahl; Wellnesshotel;
Mitglied politischer Partei NPD

Der Hotelbetreiber kann sein Hausrecht grundsätzlich frei ausüben. Die Erteilung eines Hausverbots als Ausdruck der Privatautonomie muss in der Regel auch nicht gerechtfertigt werden.

Hat der von dem Hausrecht Betroffene gegen den Hausrechtsinhaber aufgrund einer vertraglichen Abrede (hier: Buchung über ein Touristikunternehmen) einen Erfüllungsanspruch erworben, der den Aufenthalt in den Räumen des Hotels einschließt, bedarf das Hausverbot der Rechtfertigung durch sachliche Gründe.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 9. 3. 2012 – V ZR 115/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Ehefrau des Klägers buchte bei einem Touristikunternehmen für beide Eheleute einen Aufenthalt in einem von der Beklagten betriebenen Hotel für die Zeit vom 6. bis zum 10. Dezember 2009. Nachdem das Touristikunternehmen die Buchung zunächst bestätigt hatte, teilte es am 19. November 2009 mit, dass ein Aufenthalt in dem Hotel der Beklagten nicht möglich sei, und bot verschiedene Unterbringungsalternativen sowie eine kostenfreie Stornierung an. Auf Nachfrage erteilte die Beklagte dem Kläger am 23. November 2009 ein Hausverbot. Dieses begründete sie mit Schreiben vom 8. Dezember 2009 damit, dass die politische Überzeugung des Klägers – dieser war seinerzeit Bundesvorsitzender der Nationaldemokratischen Partei Deutschlands (NPD) – nicht mit dem Ziel des Hotels zu vereinbaren sei, jedem Gast nach Möglichkeit ein exzellentes Wohlfühlerlebnis zu bieten.

2 Der Kläger, der sich dadurch diskriminiert sieht, möchte mit der Klage den Widerruf des Hausverbots erreichen. Hierzu verweist er u. a. darauf, dass er sich bei seinen früheren Aufenthalten in dem Hotel nicht politisch geäußert habe. Da er dies bei künftigen und daher auch bei dem gebuchten Aufenthalt ebenso habe halten wollen, hätte das Hausverbot nicht ausgesprochen werden dürfen.

3 Die Klage ist in den Vorinstanzen [LG Frankfurt (Oder); OLG Brandenburg] erfolglos geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in NJW-RR 2011, 890 ff. veröffentlicht ist, hält das Hausverbot für rechtmäßig. Eine das Persönlichkeitsrecht des Klägers verletzende Diskriminierung liege nicht vor. Die Beklagte habe als Betreiberin eines sog. Wellnesshotels ein berechtigtes Interesse daran, ihren Gästen eine ruhige und friedliche Atmosphäre zu bieten. Daraus folge zugleich das Recht, einen Gast von der Nutzung des Hotels auszuschließen, sofern dessen politische Überzeugung befürchten lasse, dass sich andere Gäste provoziert fühlen könnten. Davon sei bei dem Kläger als dem (im Zeitpunkt der Entscheidung des Berufungsgerichts noch) Bundesvorsitzenden einer rechtsextremen Partei,

der selbst wiederholt in der Öffentlichkeit rechtsextremistisches Gedankengut geäußert habe, auszugehen. Die konkrete Besorgnis, der Kläger werde während des Hotelaufenthalts seine politische Auffassung bekunden, sei für die Erteilung des Hausverbots nicht erforderlich. Es genüge bereits der Eindruck, die Beklagte beherberge in ihrem Hotel Rechtsextremisten. Darauf, dass sich der Kläger schon mehrfach dort aufgehalten habe, ohne dass Beschwerden an die Beklagte herangetragen worden seien, komme es nicht an, weil die Anwesenheit des Klägers möglicherweise in der Zukunft durch andere Gäste missbilligt werde. Schließlich stünden dem erteilten Hausverbot weder Grundrechte des Klägers entgegen noch werde dessen politische Überzeugung durch das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot nach § 19 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) geschützt. Eine Ausgrenzung aus dem öffentlichen Leben finde durch das Hausverbot nicht statt, zumal der Kläger auf ein anderes Hotel in der Region ausweichen könne.

5 II. Die Revision ist teilweise begründet.

6 1. Gegenstand des Rechtsstreits ist zum einen die Frage, ob das Hausverbot hätte erteilt werden dürfen, soweit der Kläger dadurch an seinem bereits gebuchten Aufenthalt in dem Hotel der Beklagten gehindert wurde. Darüber hinaus und – ausweislich der Klagebegründung – vor allem will der Kläger durch die der Sache nach beantragte Aufhebung (vgl. auch LG München I, NJW-RR 2010, 760) des Hausverbots erreichen, dass die aus seiner Sicht auch für die Zukunft fortwirkende Diskriminierung beseitigt wird. Mit dieser Unterscheidung gehen unterschiedliche rechtliche Maßstäbe einher, an denen sich das Hausverbot messen lassen muss. Sie führen dazu, dass das Hausverbot, soweit es den gebuchten Aufenthalt betrifft, rechtswidrig war, im Übrigen aber rechtmäßig ist.

7 2. Zu Unrecht erachtet das Berufungsgericht das Hausverbot auch insoweit für rechtmäßig, als dem Kläger dadurch der bereits vor dessen Ausspruch für die Zeit vom 6. bis zum 10. Dezember 2009 gebuchte Aufenthalt in dem Hotel der Beklagten untersagt wurde.

8 a) Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die Beklagte aufgrund ihres Hausrechts grundsätzlich befugt ist, für das von ihr betriebene Hotel ein Hausverbot auszusprechen. Das Hausrecht beruht auf dem Grundstückseigentum oder -besitz (§§ 858 ff., 903, 1004 BGB) und ermöglicht es seinem Inhaber, in der Regel frei darüber zu entscheiden, wem er den Zutritt gestattet und wem er ihn verwehrt (Senat, Urteil vom 20. Januar 2006 – V ZR 134/05, NJW 2006, 1054 [= GuT 2006, 148] Rn. 7; Urteil vom 30. Oktober 2009 – V ZR 253/08, NJW 2010, 534, 535 [= GuT 2009, 406] Rn. 11; BGH, Urteil vom 8. November 2005 – KZR 37/03, BGHZ 165, 62, 70 mwN). In ihm kommt insbesondere die ihrerseits aus der grundrechtlichen Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) fließende Befugnis des Eigentümers zum Ausdruck, mit der Sache grundsätzlich nach Belieben zu verfahren und andere von der Einwirkung auszuschließen (§ 903 Satz 1 BGB). Darüber hinaus ist das Hausrecht Ausdruck der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Privatautonomie, die die Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben schützt (BVerfG, NJW 1994, 36, 38 mwN). Dazu gehört, dass rechtlich erhebliche Willensentscheidungen in der Regel keiner Rechtfertigung bedürfen; das gilt in gleicher Weise für die Entscheidung, ob und in welchem Umfang einem Dritten der Zugang zu einer bestimmten Örtlichkeit gestattet wird.

9 b) Zu Recht hat das Berufungsgericht auch angenommen, dass aus der speziellen zivilrechtlichen Regelung des § 19 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 21 AGG keine Einschränkungen des Hausrechts der Beklagten hergeleitet werden können. Abgesehen davon, dass es bereits zweifelhaft erscheint, ob Verträge über den Aufenthalt in einem Wellnesshotel überhaupt unter den Tatbestand der Norm fallen (für Beherbergungsverträge bejahend Erman/Armbrüster, BGB, 12. Aufl., § 19 AGG Rn. 20; differenzierend Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Aufl., § 19 Rn. 8), scheidet das Eingreifen der Vorschrift jedenfalls daran, dass der Gesetzgeber bewusst davon Abstand genommen hat, das Dis-

kriminierungsverbot auf Benachteiligungen wegen politischer Überzeugungen zu erstrecken (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/2022, S. 13). Auch die der Regelung zugrunde liegenden Richtlinien 2000/43/EG vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. EG 2000 Nr. L 180 S. 22) und 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. EU 2004 Nr. L 373 S. 37) enthalten insoweit keine weitergehenden Anforderungen (vgl. Bauer/Göpfert/Krieger, aaO, 3. Aufl., § 19 Rn. 2; Franke/Schlichtmann in Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl., § 19 Rn. 8; Adomeit/Mohr, AGG, § 19 Rn. 8).

10 c) Das Berufungsgericht hat aber übersehen, dass die Beklagte ihr Hausrecht bezogen auf die Zeit vom 6. bis zum 10. Dezember 2009 deshalb nicht frei ausüben konnte, weil sie vertraglich verpflichtet war, dem Kläger den gebuchten Aufenthalt in dem Hotel zu gestatten. Mit der Bestätigung der Buchung seitens des Touristikunternehmens erwarb nämlich nicht nur seine Ehefrau, sondern auch der Kläger selbst jedenfalls nach den Regeln des Vertrages zugunsten Dritter einen auf die Erbringung der vereinbarten Leistungen gerichteten Anspruch (vgl. auch BGH, Urteil vom 17. Januar 1985 – VII ZR 63/84, BGHZ 93, 271, 274 ff.).

11 d) Von diesem Vertrag hat sich die Beklagte weder durch eine Anfechtung noch durch eine Kündigung aus wichtigem Grund wirksam gelöst, ohne dass es auf die nicht festgestellten Einzelheiten der vertraglichen Beziehungen zwischen der Beklagten, dem Touristikunternehmen sowie dem Kläger und dessen Ehefrau ankäme.

12 aa) Eine Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB wegen eines Irrtums über eine Eigenschaft des Klägers scheidet schon daran, dass die Beklagte sie nicht unverzüglich im Sinne von § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB erklärt hat. Dass die Beklagte den Kläger wegen dessen politischer Überzeugung nicht als Gast in ihrem Hotel wünschte, hat sie erstmals mit Schreiben vom 8. Dezember 2009 geltend gemacht. Diese nachgeschobene Begründung mag bei wohlwollender Betrachtung als Anfechtungserklärung zu verstehen sein. Den Grund kannte die Beklagte aber zumindest seit der auf ihre Veranlassung hin vorgenommenen Stornierung der Buchung durch das Touristikunternehmen am 19. November 2009. Die damit mehr als zwei Wochen später erklärte Anfechtung kann nicht als unverzüglich angesehen werden (vgl. MünchKommBGB/Armbrüster, 6. Aufl., § 121 Rn. 7 mwN).

13 bb) Soweit in der Erteilung des Hausverbots zudem eine Kündigung des Vertragsverhältnisses aus wichtigem Grund durch die Beklagte zu erblicken sein sollte, ginge diese schon deshalb ins Leere, weil das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund regelmäßig eine, nicht notwendig schuldhaft, Vertragsverletzung durch eine Vertragspartei voraussetzt (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2002 – LwZR 20/01, BGHZ 150, 365, 369). Daran fehlt es.

14 e) Die zivilrechtliche Bindung, durch deren Begründung die Beklagte ihre Interessen freiwillig – privatautonom – gestaltet hat, führt dazu, dass die Berufung auf die Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) und die unternehmerische Freiheit (Art. 12 GG) sowie die Ausübung der Eigentumsrechte (Art. 14 GG) deutlich an Gewicht verlieren. Dasselbe würde für das Recht gelten, sich durch die Erteilung eines Hausverbots politisch zu positionieren (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG); hierauf hat sich die Beklagte allerdings nicht berufen. Diese Grundrechte treten bei der gebotenen Abwägung hinter das Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) des von dem Hausverbot Betroffenen sowie das Diskriminierungsverbot (Art. 3 GG) zurück, da diese Regelungen insbesondere über die zivilrechtlichen Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB ebenfalls mittelbar in das Zivilrecht einwirken. Die Abwägung führt dazu, dass ein den Vertrag verletzendes Hausverbot der Rechtfertigung durch besonders ge-

wichtige Sachgründe bedarf. Solche Sachgründe lagen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht vor, soweit das Hausverbot den bereits gebuchten Aufenthalt betraf, wobei nur solche Gründe zu würdigen sind, auf die es von vornherein gestützt worden ist oder die in den Tatsacheninstanzen unter Beachtung der §§ 296, 529 ff. ZPO in den Prozess eingeführt worden sind.

15 aa) Die von der Beklagten gegebene Begründung, wonach die politische Überzeugung des Klägers in einem Widerspruch zu dem Ziel des Hotels stehe, jedem Gast nach Möglichkeit ein „exzellentes Wohlfühlerlebnis“ zu bieten, trägt nicht die Weigerung, dem Kläger den bereits gebuchten Aufenthalt in dem Hotel zu gestatten. Da keine Verfahrensrügen gegen die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts erhoben worden sind, ist der Senat als Revisionsgericht an den festgestellten Sachverhalt gebunden (§ 559 ZPO). Tatrichterliche Feststellungen, aufgrund deren konkrete Störungen durch den Kläger zu befürchten wären, liegen nicht vor. Insbesondere hat das Berufungsgericht keine Tatsachen festgestellt, aufgrund deren die Befürchtung bestanden hätte, dass der Kläger bei dem beabsichtigten Aufenthalt in dem von der Beklagten betriebenen Hotel anders als bei seinen vorherigen Besuchen durch Äußerung rechtsextremer Thesen Unruhe gestiftet hätte.

16 bb) Der Beklagten bleibt angesichts der eingegangenen vertraglichen Bindung auch die Berufung darauf versagt, berechtigter Belange anderer Hotelgäste begründeten ein schutzwürdiges Interesse an der Erteilung des Hausverbots. Zwar liegt die Annahme durchaus nahe, dass die Anwesenheit des Klägers mit Blick auf die von diesem und dessen Partei vertretenen rechtsextremen Positionen bei anderen Gästen Missfallen erregen oder gar als Provokation empfunden wird. Das Bestehen unterschiedlicher politischer Auffassungen ist der freiheitlichen – wesentlich durch das Mehrparteiensystem geprägten – demokratischen Grundordnung indessen immanent (vgl. BVerfGE 2, 1, 12 f.). Das schließt die Möglichkeit ein, im alltäglichen Leben und damit auch in einem Wellnesshotel mit einer Person zusammenzutreffen, die innerhalb einer nicht verbotenen politischen Partei eine hervorgehobene Funktion innehat. Es begründet als solches keine rechtlich erhebliche Beeinträchtigung, die etwa Ansprüche gegen den Hotelbetreiber aus einem mit diesem geschlossenen Beherbergungsvertrag oder, sofern der Aufenthalt auf der Grundlage eines Reisevertrags erfolgt, gegen den Reiseveranstalter (vgl. §§ 651 cff. BGB) auslösen könnte.

17 cc) Die Befürchtung, die Anwesenheit des Klägers in dem Hotel könne zu Beschwerden anderer Gäste oder gar dazu führen, dass diese ihren Hotelaufenthalt vorzeitig beenden oder von einem neuerlichen Aufenthalt Abstand nehmen werden, vermag bereits deshalb ein Hausverbot nicht zu tragen, weil es auch insoweit jedenfalls an hinreichend konkreten Anhaltspunkten für eine solche Annahme fehlt. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat sich der Kläger bereits mehrmals in dem Hotel der Beklagten aufgehalten, ohne dass es deshalb zu Beanstandungen gekommen wäre. Die abstrakte Möglichkeit, es könne sich bei einem weiteren rein privaten und nicht von der parteipolitischen Funktion des Klägers geprägten Aufenthalt anders verhalten, reicht für die Erteilung eines Hausverbots nicht aus. Vor diesem Hintergrund kann auch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, ein Aufenthalt des Klägers werde die wirtschaftlichen Interessen der Beklagten in rechtlich erheblicher Weise beeinträchtigen.

18 dd) Schließlich macht die Beklagte schon nicht geltend, dass ein Aufenthalt des Klägers in ihrem Hotel die naheliegende Gefahr begründet, sie werde dadurch in der öffentlichen Wahrnehmung mit den von diesem bzw. der NPD vertretenen politischen Positionen identifiziert.

19 3. Rechtlich nicht zu beanstanden ist das Hausverbot dagegen, soweit dem Kläger dadurch für die Zukunft der Zutritt zu dem Hotel untersagt wird.

20 a) Ein vertraglicher Anspruch des Klägers, aufgrund dessen die Beklagte bei der Ausübung ihres Hausrechts Einschränkungen unterläge, besteht nach Ablauf der Zeit, für die der Hotelaufenthalt gebucht war, nicht mehr.

21 b) Die Beklagte war insoweit auch nicht aus sonstigen Gründen an der Erteilung eines Hausverbots gehindert.

22 aa) Einschränkungen bei der Ausübung des Hausrechts können sich, abgesehen von einer vertraglichen Bindung des Hausrechtsinhabers, insbesondere daraus ergeben, dass dieser die Örtlichkeit für den allgemeinen Publikumsverkehr öffnet und dadurch seine Bereitschaft zu erkennen gibt, generell und unter Verzicht auf eine Prüfung im Einzelfall jedem den Zutritt zu gestatten, der sich im Rahmen des üblichen Verhaltens bewegt (Senat, Urteil vom 20. Januar 2006 V – ZR 134/05, NJW 2006, 1054 [= GuT 2006, 148] Rn. 8; BGH, Urteil vom 3. November 1993 – VIII ZR 106/93, BGHZ 124, 39, 43 mwN). Das schließt es zwar auch in solchen Fällen nicht aus, dass der Berechtigte die Befugnis zum Aufenthalt nach außen hin erkennbar an rechtlich zulässige Bedingungen knüpft (vgl. BGH, Urteil vom 3. November 1993 – VIII ZR 106/93, BGHZ 124, 39, 43; Urteil vom 8. November 2005 – KZR 37/03, BGHZ 165, 62, 70 jeweils mwN). Geschieht dies jedoch nicht oder sind die Bedingungen erfüllt, bedarf ein gegenüber einer bestimmten Person ausgesprochenes Verbot, die Örtlichkeit (künftig) zu betreten, zumindest grundsätzlich eines sachlichen Grundes, weil auch in solchen Konstellationen die Grundrechte des Betroffenen, namentlich dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und das Gebot der Gleichbehandlung (Art. 3 GG), bei der gebotenen Abwägung einem willkürlichen Ausschluss entgegen stehen (Senat, Urteil vom 30. Oktober 2009 – V ZR 253/08, NJW 2010, 534, 535 [= GuT 2009, 406] Rn. 13).

23 In solchen Fallgestaltungen tritt die Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG) des Hausrechtsinhabers in ihrem Gewicht zurück. Das ist deshalb gerechtfertigt, weil bei einer Öffnung der Örtlichkeit für den allgemeinen Publikumsverkehr der Person des einzelnen Besuchers oder Kunden regelmäßig nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Hier liegt die Annahme besonders nahe, es sei unter Verzicht auf eine Prüfung im Einzelfall jedem der Zutritt gestattet, der sich im Rahmen des üblichen Verhaltens bewegt (vgl. Senat, Urteil vom 20. Januar 2006 – V ZR 134/05, NJW 2006, 1054 [= GuT 2006, 148] <Flughafenterminal> und vom 30. Oktober 2009 – V ZR 253/08, NJW 2010, 534 [= GuT 2009, 406] <Fußballstadion>; BGH, Urteil vom 3. November 1993 – VIII ZR 106/93, BGHZ 124, 39 <Einzelhandelsmarkt>; ebenso bereits BGH, Urteil vom 13. Juli 1979 – I ZR 138/77, NJW 1980, 700 <Apotheke> und vom 25. April 1991 – I ZR 283/89, NJW-RR 1991, 1512 <Getränkemarkt>).

24 bb) Diese Erwägungen sind indes auf die Erteilung eines Hausverbots für ein Hotel mit Wellnesscharakter nicht übertragbar. Mit dem Betrieb eines Wellnesshotels soll erkennbar nur ein eingeschränkter Besucher- oder Kundenkreis angesprochen werden. Aus der Sicht potentieller Gäste tritt klar zutage, dass sich der Hotelbetreiber eine individuelle Entscheidung darüber vorbehalten wird, ob er demjenigen, der um eine Beherbergung nachsucht oder aus sonstigen Gründen das Hotelgelände betreten will, den Zutritt gestattet. Ein solcher Vorbehalt ist im Grundsatz nicht zu beanstanden (vgl. Richter, Vertragsfreiheit und Hausrecht gewerblicher Anbieter, 2003, S. 135; Christensen, JuS 1996, 873, 874). Er ist ebenfalls Ausdruck der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG), der unternehmerischen Freiheit (Art. 12 GG) sowie der Freiheit des Eigentums (Art. 14 GG; § 903 Satz 1 BGB) und beruht auf dem legitimen Interesse, innerhalb der durch die Rechtsordnung gezogenen Grenzen auf die Zusammensetzung des Publikums Einfluss auszuüben. Daraus folgt, dass der Hausrechtsinhaber nicht nur im Bereich privater Lebensgestaltung, sondern auch in seiner unternehmerischen Entscheidung frei ist, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen er anderen den Aufenthalt in seinen Räumen ge-

stattet. Die privatautonome Erteilung eines Hausverbots muss daher auch insoweit in der Regel nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden.

25 cc) Etwas anderes folgt nicht daraus, dass die Beklagte die Disposition über ihre Beherbergungskapazitäten teilweise einem Touristikunternehmen überlassen hat. Die darin zum Ausdruck kommende (teilweise) Öffnung des Hotels hat nicht zur Folge, dass die Beklagte ihre Freiheit verliert, die Zusammensetzung des Hotelpublikums zu beeinflussen.

26 c) Auch der Umstand, dass die Beklagte das Hausverbot auf die politische Überzeugung des Klägers gestützt hat, lässt dieses nicht als rechtswidrig erscheinen. Wie bereits dargelegt, ergeben sich insoweit keine Einschränkungen aus §§ 19 Abs. 1 Nr. 1, 21 AGG. Nichts anderes folgt aus der Regelung des Art. 3 Abs. 3 GG, durch die unter anderem solche Benachteiligungen verboten werden, die an die politischen Anschauungen einer Person anknüpfen. Diese Bestimmung ist im Rechtsverkehr zwischen Privaten nicht unmittelbar anwendbar (vgl. Heun in Dreier, GG, 2. Aufl., Art. 3 Rn. 138; Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl., Art. 3 Abs. 3 Rn. 376 mwN). Ob ihr im Wege der mittelbaren Drittwirkung eine im Vergleich zu dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) „größere Durchschlagskraft“ zukommt, wird – jedenfalls was die Diskriminierung wegen der politischen Anschauung betrifft – unterschiedlich beurteilt (bejahend Dürig in Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 1 Rn. 516 <anders aber wohl Art. 3 Abs. 3 Rn. 172>; ähnlich Jarass in Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl., Art. 3 Rn. 133; AK-GG/Eckertz-Höfer, 3. Aufl., Art. 3 Abs. 2, 3 Rn. 93; Heun in Dreier, aaO; einschränkend Rübner in Bonner Kommentar, GG, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 607; Starck in v. Mangoldt/Klein/Starck, aaO; aA Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1988, S. 1580 f.; Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 337 ff., insbes. S. 343), kann aber dahinstehen.

27 Selbst wenn der Regelung des Art. 3 Abs. 3 GG auch im Verhältnis zwischen Privaten ein besonderes Gewicht beizumessen wäre, führte dies nicht dazu, dass sich das Interesse des Klägers, nicht auf Grund seiner politischen Überzeugung durch die Erteilung eines Hausverbots benachteiligt zu werden, bei der gebotenen Abwägung gegenüber den ebenfalls grundrechtlich geschützten Interessen der Beklagten durchsetze. Der Kläger sieht sich durch das Verbot, das Hotel der Beklagten zu nutzen, lediglich in seiner Freizeitgestaltung beeinträchtigt. Im Übrigen erfährt er dadurch, dass das Hausverbot schriftlich und nicht etwa erst bei seiner Ankunft in dem Hotel erteilt wurde, auch keine öffentliche Bloßstellung. Demgegenüber trägt die Beklagte das wirtschaftliche Risiko für das von ihr betriebene Geschäftskonzept eines Wellnesshotels. Das lässt es gerechtfertigt erscheinen, der Beklagten soweit sie nicht eine vertragliche Bindung eingegangen ist (dazu unter 2.) die Freiheit einzuräumen, solchen Gästen den Zutritt zu verweigern, von denen sie annimmt, ihr Aufenthalt könne mit Blick auf die von ihnen vertretene politische Auffassung diesem Konzept abträglich sein.

28 4. Soweit die Revision Erfolg hat, ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil der Rechtsstreit nach § 563 Abs. 3 ZPO zur Endentscheidung reif ist. Da das dem Kläger erteilte Hausverbot, soweit die Beklagte bereits eine vertragliche Bindung eingegangen war, auf der Grundlage der von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht hätte ergehen dürfen, ist die Beklagte entsprechend § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB an sich verpflichtet, die dadurch bewirkte Beeinträchtigung des Klägers zu beseitigen, indem sie das Hausverbot, wie von dem Kläger der Sache nach beantragt, aufhebt. Dem Umstand, dass eine Aufhebung mit Wirkung für die Vergangenheit nicht mehr in Betracht kommt, ist durch die Feststellung Rechnung zu tragen, dass das Hausverbot in dem betreffenden Zeitraum rechtswidrig war.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 307 BGB

Gebrauchsüberlassungsvertrag; Fitness-Studiovertrag;
Inhaltskontrolle; Laufzeit; Kündigungsklausel; Risiken

a) In einem Fitness-Studiovertrag hält eine vorformulierte Vertragsbestimmung, die eine Erstlaufzeit des Vertrages von 24 Monaten vorsieht, grundsätzlich der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs.1 BGB stand.

b) Zur Unwirksamkeit einer Kündigungsklausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Fitness-Studiovertrags, die das Recht des Kunden zur außerordentlichen Kündigung unangemessen einschränkt.

(BGH, Versäumnisurteil vom 8. 2. 2012 – XII ZR 42/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten um die Zahlung von Nutzungsentgelt für das von der Klägerin betriebene Fitness-Studio.

2 Sie schlossen am 17. April 2007 einen Vertrag zur Nutzung der Einrichtungen in dem von der Klägerin betriebenen Fitness-Center. Der Vertrag sah eine Vertragsdauer von 24 Monaten vor und sollte sich immer wieder um 12 Monate verlängern, wenn er nicht jeweils drei Monate vor Ablauf schriftlich gekündigt wird. Als Vertragsbeginn vereinbarten die Parteien den 1. Mai 2007. Das monatliche Nutzungsentgelt betrug 44,90 €.

3 Ziff. 7 der Vertragsbedingungen der Klägerin sah folgende Regelung vor:

„Der Nutzer kann den Vertrag mit Wirkung des Eingangs bei dem B...-Center kündigen, wenn er krankheitsbedingt für die restliche Vertragslaufzeit die Einrichtung des Centers nicht nutzen kann. Zur Wirksamkeit der Kündigung ist erforderlich, dass sie unverzüglich, spätestens binnen zwei Wochen nach Kenntnis des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes erfolgt und der Kündigungserklärung ein ärztliches Attest eingefügt wird, aus dem sich nachvollziehbar die Erkrankung/gesundheitliche Beeinträchtigung ergibt, die einer Nutzung entgegenstehen soll.“

4 Mit Schreiben vom 24. Juli 2008 kündigte der Beklagte das Vertragsverhältnis aufgrund gesundheitlicher Probleme, die in einem beigefügten ärztlichen Attest bescheinigt waren. Die Klägerin akzeptierte die Kündigung nicht und teilte dem Beklagten mit, dass die Kündigung erst zum nächstmöglichen Termin, dem 30. April 2009 angenommen werde. Da der Beklagte ab Oktober 2008 kein Nutzungsentgelt mehr bezahlte, machte die Klägerin die bis zum 30. April 2009 angefallenen Nutzungsentgelte klageweise geltend.

5 Das Amtsgericht Frankfurt a. M. hat die Klage im Wesentlichen abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hatte Erfolg und führte zur Verurteilung des Beklagten. Mit der vom Berufungsgericht [LG Frankfurt a. M.] zugelassenen Revision möchte der Beklagte die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils erreichen.

6 **Aus den Gründen:** Da die Klägerin in der mündlichen Verhandlung trotz rechtzeitiger Bekanntgabe des Termins nicht vertreten war, ist über die Revision des Beklagten durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Dieses beruht jedoch inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern berücksichtigt den gesamten Sach- und Streitstand (BGHZ 37, 79, 81 ff.).

7 Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

8 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, die Laufzeit des Vertrages betrage zwar mehr als zwei Jahre, weil die vertragliche Bindung des Beklagten schon mit Abschluss des Vertrages am 17. April 2007 und nicht erst mit dem ab 1. Mai 2007 vereinbarten Beginn der Leistungserbringung eingetreten sei. Dies habe jedoch nicht zur Folge, dass die Laufzeitklausel gemäß §§ 307 ff. BGB unwirksam sei.

9 Eine Überprüfung der Klausel anhand § 309 Nr. 9 lit. a BGB komme nicht in Betracht. Bei dem zwischen den Parteien ge-

schlossenen Vertrag zur Nutzung der Einrichtungen in dem von der Klägerin betriebenen Fitness-Studio handele es sich überwiegend um einen Mietvertrag und nicht um einen Vertrag, der auch ins Gewicht fallende dienstvertragliche Elemente enthalte. Da § 309 Nr. 9 lit. a BGB aber auf Gebrauchsüberlassungsverträge keine Anwendung finde, könne die beanstandete Vertragslaufzeit lediglich anhand des § 307 BGB überprüft werden.

10 Bei der Prüfung, ob durch die vereinbarte Laufzeit eine unangemessene Benachteiligung des Beklagten im Sinne des § 307 BGB vorliege, dürften die Wertungen des § 309 Nr. 9 lit. a BGB nicht herangezogen werden. Zwar sei es nicht ausgeschlossen, dass eine Klausel, die nach ihrem Regelungsgehalt in den Anwendungsbereich der Klauselverbote falle, mit den in Betracht kommenden Einzelverboten aber nicht kollidiere, dennoch aus besonderen, von der Verbotsnorm nicht erfassten Gründen nach der Generalklausel des § 307 BGB unwirksam sein könne. Unzulässig sei es aber, aufgrund allgemeiner Überlegungen, die sich nicht aus den Besonderheiten gerade des zu beurteilenden Vertrages ergeben, über die Generalklausel die gesetzgeberische Regelungsabsicht geradezu „auf den Kopf zu stellen“. Da der Gesetzgeber bewusst alle Mietverträge aus der Regelung des § 309 Nr. 9 BGB habe herausnehmen wollen, bedeute dies, dass er für Mietverträge eine Laufzeit von mehr als zwei Jahren nicht generell verbieten wollte. Daraus ergebe sich, dass die hier bestimmte Laufzeit von zwei Jahren und 13 Tagen nicht allein deshalb unwirksam sein könne, weil der Vertragspartner des Verwenders länger als zwei Jahre an den Vertrag gebunden sei.

11 Eine unangemessene Benachteiligung des Beklagten ergebe sich auch nicht aus anderen Erwägungen. Bei Gebrauchsüberlassungsverträgen sei eine längere Vertragsdauer durchaus typisch, da die langfristige Bindung des Kunden eine sichere Kalkulationsgrundlage für den Vermieter schaffen solle. Ein derartiges Interesse sei auch bei der Klägerin als Betreiberin eines Fitness-Studios gegeben.

12 Bei der Abwägung dieses Interesses der Klägerin gegen das Interesse des Beklagten, sich aufgrund eines möglichen Wandels seiner persönlichen Freizeitgestaltung im Laufe der Zeit nicht zu lang binden zu müssen und nicht in der Disposition über seine Vermögenswerte beschränkt zu sein, könne im vorliegenden Fall nicht außer Acht gelassen werden, dass die Klägerin dem Beklagten bei Vertragsschluss die Möglichkeit eingeräumt habe, zwischen einem Vertrag mit einer 6-, 12- oder 18monatigen Laufzeit zu wählen, wobei der monatliche Nutzungsbeitrag bei einer länger gewählten Laufzeit entsprechend niedriger gewesen sei. Der Beklagte habe sich in Kenntnis dieser Möglichkeiten für einen Vertrag mit einer Laufzeit von zwei Jahren und 13 Tagen entschieden, um in den Genuss eines niedrigeren Monatsentgelts zu kommen. Dies mache deutlich, dass er bewusst das Risiko eingehen wollte, nach einer gewissen Zeit das Fitness-Studio nicht mehr nutzen zu wollen bzw. zu können und dennoch weiter das Entgelt zahlen zu müssen.

13 Eine unangemessene Benachteiligung des Beklagten im Sinne des § 307 BGB liege daher nicht vor. Der Beklagte sei somit aufgrund der bis zum 30. April 2009 wirksam vereinbarten Laufzeit nicht zur ordentlichen Kündigung des Vertrages berechtigt gewesen, so dass die Klägerin für die Zeit ab dem 1. Oktober 2008 bis zum 30. April 2009 das klageweise geltend gemachte Nutzungsentgelt verlangen könne.

14 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

15 1. Zutreffend ist das Berufungsgericht zunächst davon ausgegangen, dass es sich bei der zwischen den Parteien vereinbarten Vertragsdauer von 24 Monaten um eine vorformulierte Vertragsbedingung iSv § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt, die einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB unterliegt. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht zudem die Inhaltskontrolle anhand des § 307 BGB vorgenommen.

16 a) Zwar sieht § 309 Ziff. 9 BGB eine spezielle Regelung für die Wirksamkeit von Klauseln über die Vertragslaufzeit bei Dauerschuldverhältnissen, die in allgemeinen Geschäftsbedin-

gungen enthalten sind, vor. § 309 Nr. 9 BGB erfasst jedoch lediglich Vertragsverhältnisse, die die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen durch den Verwender zum Gegenstand haben und findet deshalb auf Gebrauchsüberlassungsverträge grundsätzlich keine Anwendung (Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 11. Aufl. § 309 Nr. 9 BGB Rn. 6 mwN; vgl. auch Senatsurteil vom 4. Dezember 1996 – XII ZR 193/95 – NJW 1997, 739, 740 zu § 11 Nr. 12 b AGBG).

17 b) Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag über die Nutzung des von der Klägerin betriebenen Fitness-Studios ist als ein Gebrauchsüberlassungsvertrag zu qualifizieren, der nicht vom Anwendungsbereich des § 309 Nr. 9 BGB erfasst wird. Zwar wird teilweise die Auffassung vertreten, der Vertrag über die Nutzung eines Fitness-Studios sei als typengemischter Vertrag zu qualifizieren, der neben mietvertraglichen auch dienstvertragliche Elemente enthalte, weil der Betreiber des Studios nicht nur die Nutzung der Räumlichkeiten und der bereitgestellten Sportgeräte schulde, sondern sich auch zur Erbringung weiterer Leistungen wie etwa die Einweisung des Kunden in den Gebrauch der Geräte, ihn zu beraten und zu beaufsichtigen, verpflichte (vgl. Graf von Westphalen Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke <Stand: 2011> Fitness- und Sportstudiovertrag Rn. 1; Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 11. Aufl. Teil 2 <Sportstudioverträge> Rn. 1; Damman in Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht 5. Aufl. Klauseln <Fitnessstudiovertrag> F 21; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 55; OLG Celle NJW-RR 1995, 370, 371; OLG Hamm NJW-RR 1992, 242).

18 c) Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht jedoch besondere Verpflichtungen der Klägerin mit dienstvertraglichem Charakter nicht festgestellt. Nach dem Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages ist der Beklagte lediglich zur Nutzung der Geräte und der Räumlichkeiten der Klägerin berechtigt. Weitere Verpflichtungen der Klägerin, etwa zu Unterrichts- oder anderen Dienstleistungen, sieht der Vertrag nicht vor. Soweit für die Nutzung der Geräte im Einzelfall eine Einweisung durch die Klägerin oder ihre Mitarbeiter erforderlich sein sollte, schuldet sie diese als bloße vertragliche Nebenleistungen (vgl. OLG Frankfurt OLGR 1995, 38, 39 mwN; aA OLG Hamm NJW-RR 1992, 242, 243). Wesentlicher Inhalt des Vertrages ist daher das Zurverfügungstellen der Fitnessgeräte und die Nutzung der Räumlichkeiten des Fitnessstudios, so dass jedenfalls im hier zu entscheidenden Fall der Vertrag über die Nutzung des Fitness-Studios der Klägerin als reiner Mietvertrag einzustufen ist.

19 2. Rechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, dass in einem Fitness-Studiovertrag eine vorformulierte Vertragsbestimmung, die eine Erstlaufzeit des Vertrages von 24 Monaten vorsieht, grundsätzlich der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB stand hält.

20 a) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine Klausel ist unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn der Verwender die Vertragsgestaltung einseitig für sich in Anspruch nimmt und eigene Interessen missbräuchlich auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein die Interessen seines Partners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (Senatsurteil vom 19. Dezember 2007 – XII ZR 61/05 – NJW-RR 2008, 818 [= GuT 2008, 198 PM = WuM 2008, 139] Rn. 17; vgl. auch Senatsurteil vom 10. Februar 1993 – XII ZR 74/91 – NJW 1993, 1133, 1134; BGHZ 147, 279, 282; 143, 103, 113; 120, 108, 118; 90, 280, 284 jeweils zu § 9 Abs. 1 AGBG).

21 Ob eine die Laufzeit eines Vertrages betreffende Klausel den Vertragspartner des Verwenders gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, ist mit Hilfe einer umfassenden Abwägung der schützenswerten Interessen beider Parteien im Ein-

zelfall festzustellen (vgl. Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 11. Aufl. § 307 BGB Rn. 187). Bei dieser Abwägung sind nicht nur die auf Seiten des Verwenders getätigten Investitionen, sondern es ist der gesamte Vertragsinhalt zu berücksichtigen; notwendig ist eine Gegenüberstellung der insgesamt begründeten gegenseitigen Rechte und Pflichten (BGH Urteil vom 17. Dezember 2002 – X ZR 220/01 – NJW 2003, 886, 887 mwN; Fuchs in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 11. Aufl. § 307 BGB Rn. 187).

22 b) In der Rechtsprechung und im Schrifttum werden unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten, welche Erstlaufzeiten durch vorformulierte Vertragsbestimmungen in Sport- und Fitness-Studioverträgen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB stand halten. Eine Erstlaufzeit von bis zu sechs Monaten wird regelmäßig für zulässig erachtet (vgl. OLG Celle NJW-RR 1995, 370, 371; OLG Hamm NJW-RR 1992, 243; LG Saarbrücken NJW-RR 1990, 890; AG Brandenburg NJ 2004, 38; AG Langen NJW-RR 1995, 823; Graf von Westphalen Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke <Stand: 2011> Fitness- und Sportstudiovertrag Rn. 17; Damman in Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht 5. Aufl. Klauseln <Fitnessstudiovertrag> F 25; MünchKommBGB/Kieninger 5. Aufl. § 309 Nr. 9 Rn. 16). Teilweise wird auch die Möglichkeit bejaht, Erstlaufzeiten von bis zu 12 Monaten und mehr durch eine vorformulierte Vertragsklausel zu vereinbaren (vgl. LG Mönchengladbach NJW-RR 2004, 416; AG Leipzig Urteil vom 7. März 2003 – 15 C 4619/02 – juris; AG Brandenburg NJOZ 2003, 3374, 3375; Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 11. Aufl. Teil 2 <Sportstudioverträge> Rn. 4). Erstlaufzeiten von 24 Monaten wurden bislang in der Rechtsprechung nur vereinzelt für zulässig erachtet (LG Aachen Urteil vom 20. Dezember 2007 – 6 S 199/07 – juris; LG Kiel Urteil vom 28. Oktober 2004 – juris; aA Coester in Staudinger BGB <2006> § 307 BGB Rn. 602).

23 c) Soweit in formularvertraglich vereinbarten Erstlaufzeiten von mehr als sechs Monaten in Fitness-Studioverträgen eine unangemessene Benachteiligung des Kunden iSv § 307 Abs. 1 BGB gesehen wird, wird zur Begründung im Wesentlichen darauf abgestellt, dass der Kunde durch die langfristige Vertragsbindung nicht nur in seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, sondern auch in seiner persönlichen Entscheidung über die Art seiner Freizeitgestaltung erheblich eingeschränkt werde (vgl. Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 11. Aufl. § 309 Nr. 9 BGB Rn. 14; LG Aachen Urteil vom 20. Dezember 2007 – 6 S 199/07 – juris; LG Kiel Urteil vom 28. Oktober 2004 – 1 S 141/04 – juris). Ein durchschnittlicher Kunde könne regelmäßig nicht voraussehen, ob er auf Dauer genügend Freizeit aufbringe und körperlich in der Lage sei, die Leistungen des Studiobetreibers über einen Zeitraum von sechs Monaten hinaus in Anspruch nehmen zu können (vgl. Damman in Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht 5. Aufl. Klauseln <Fitnessstudiovertrag> F 25). Dem stehe zwar das Interesse des Studiobetreibers an einer verlässlichen Grundlage für seine Kalkulation gegenüber. Daraus lasse sich jedoch kein anerkanntes Interesse ableiten, Kunden übermäßig langfristig an sich zu binden, insbesondere da seine Investitionen nicht auf besondere Personen zugeschnitten seien (Damman in Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht 5. Aufl. Klauseln <Fitnessstudiovertrag> F 25; ähnlich auch Graf von Westphalen Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke <Stand: 2011> Fitness- und Sportstudiovertrag Rn. 16; Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 11. Aufl. § 309 Nr. 9 BGB Rn. 14).

24 d) Ob diese Gesichtspunkte einer in einem Fitness-Studiovertrag vorformulierten Erstlaufzeit von zwei Jahren oder mehr entgegenstehen, erscheint zweifelhaft. Der Gesetzgeber hat in § 309 Nr. 9 lit. a BGB angeordnet, dass eine Klausel unwirksam ist, die bei einem Vertragsverhältnis über die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen eine den anderen Vertragsteil länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrages vorsieht. Durch diese Regelung sollte die Entscheidungs- und wirt-

schaftliche Dispositionsfreiheit des Kunden geschützt werden, die bei einer langfristigen Bindung an einen Vertrag besonders beeinträchtigt sein kann, ohne dass die Notwendigkeit einer langen Vertragslaufzeit durch die Natur des Vertrages vorgegeben ist (BT-Drucks. 7/3919 S. 37; Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 11. Aufl. § 309 Nr. 9 BGB Rn. 1). Obwohl die Dispositionsfreiheit eines Vertragspartners des Verwenders bei jeglicher Art von langfristiger Vertragsbindung eine erhebliche Einschränkung erfährt, hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 309 Nr. 9 BGB jedoch nicht auf alle Dauerschuldverhältnisse, sondern nur auf Vertragsverhältnisse über die regelmäßige Lieferung von Waren oder die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen erstreckt. Insbesondere Gebrauchsüberlassungsverträge wurden dabei bewusst vom Anwendungsbereich dieses Klauselverbots ausgenommen (vgl. BT-Drucks. 7/3919 S. 37).

25 Diese in § 309 Nr. 9 lit. a BGB zum Ausdruck gekommene Regelungsabsicht des Gesetzgebers ist auch bei der nach § 307 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Abwägung zu berücksichtigen, ob durch eine vorformulierte Laufzeitklausel eine unangemessene Benachteiligung des Kunden gegeben ist. Das schließt zwar nicht aus, dass eine Klausel, die nach ihrem Regelungsgehalt in den Anwendungsbereich der Klauselverbote fällt, mit den in Betracht kommenden Einzelverboten aber nicht kollidiert, nach der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein kann (vgl. Senatsurteil vom 4. Dezember 1996 – XII ZR 193/95 – NJW 1997, 739, 740). Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass sich die unangemessene Benachteiligung des Kunden nicht allein aus den Nachteilen einer langfristigen Vertragsbindung ergibt, die der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 309 Ziff. 9 BGB im Blick hatte. Da es unzulässig ist, aufgrund allgemeiner Überlegungen, die sich nicht aus den Besonderheiten gerade des zu beurteilenden Vertrages ergeben, über die Generalklausel die gesetzgeberische Regelungsabsicht geradezu „auf den Kopf zu stellen“ (Senatsurteil vom 4. Dezember 1996 – XII ZR 193/95 – NJW 1997, 739, 740), muss sich die Unangemessenheit einer Laufzeitklausel aus besonderen, von der Verbotsnorm nicht erfassten Gründen ergeben.

26 3. Das Berufungsurteil hält jedoch deshalb der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand, weil das Berufungsgericht nicht geprüft hat, ob die vom Beklagten erklärte Kündigung als außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund zu einer Beendigung des Vertrages geführt hat.

27 a) Unabhängig von der rechtlichen Einordnung eines Fitness-Studiovertrags als Miet-, Dienst- oder typengemischter Vertrag, handelt es sich dabei um ein Dauerschuldverhältnis, bei dem dem Kunden ein Recht zur außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund zusteht. In den Vorschriften der §§ 626 Abs. 1, 543 Abs. 1 BGB und § 314 Abs. 1 BGB kommt der von Rechtsprechung und Lehre entwickelte allgemeine Grundsatz zum Ausdruck, dass den Vertragsparteien eines Dauerschuldverhältnisses stets ein Recht zur außerordentlichen Kündigung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zusteht (MünchKommBGB/Gaier 5. Aufl. § 314 Rn. 1; Palandt/Grüneberg BGB 71. Aufl. § 314 Rn. 1). Dieses Recht kann durch eine Bestimmung in allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht ausgeschlossen werden (BGH Urteil vom 26. Mai 1986 – VIII ZR 218/85 – NJW 1986, 3134; MünchKommBGB/Gaier 5. Aufl. § 314 Rn. 4 mwN; vgl. auch Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 11. Aufl. Teil 2 <Sportstudioverträge> Rn. 2). Schließt eine Regelung in allgemeinen Geschäftsbedingungen das Recht zur außerordentlichen Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses zwar nicht gänzlich aus, knüpft dieses aber an zusätzliche Voraussetzungen, die geeignet sein können, den Vertragspartner des Verwenders von der Ausübung des außerordentlichen Kündigungsrechts abzuhalten, führt dies ebenfalls zu einer unangemessenen Benachteiligung des Kunden und damit zur Unwirksamkeit einer solchen Klausel nach § 307 Abs. 1 BGB (BGH Urteil vom 3. Juli 2000 – II ZR 282/98 – NJW 2000, 2983, 2984; MünchKommBGB/Gaier 5. Aufl. § 314 Rn. 4 mwN). Allgemeine Geschäftsbedingungen dürfen dem Ver-

tragspartner nicht solche Rechte entziehen oder einschränken, die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck zu gewähren hat (BGH Urteil vom 23. April 2010 – LwZR 15/08 – NJW-RR 2010, 1497 [= GuT 2011, 95] Rn. 26; BGHZ 89, 363, 367; 103, 316, 324).

28 b) Danach hält die Kündigungsklausel in Ziff. 7 des verfahrensgegenständlichen Vertrages einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB nicht stand.

29 aa) Nach Ziff. 7 Satz 1 der Klausel ist der Kunde der Klägerin zwar zur außerordentlichen Kündigung des Nutzungsvertrages berechtigt, wenn er krankheitsbedingt für die restliche Vertragslaufzeit die Einrichtungen des Centers nicht nutzen kann. Ziff. 7 Satz 2 der Klausel knüpft die Wirksamkeit der Kündigung jedoch an die zusätzlichen Voraussetzungen, dass die Kündigung unverzüglich, spätestens binnen zwei Wochen nach Kenntnis des die Kündigung rechtfertigenden Umstands erfolgt und der Kündigungserklärung ein ärztliches Attest beigefügt wird, aus dem sich nachvollziehbar die Erkrankung/gesundheitliche Beeinträchtigung ergibt, die einer Nutzung entgegenstehen soll. Durch die Beschränkung des außerordentlichen Kündigungsrechts auf eine Erkrankung des Kunden sowie die zusätzlichen Anforderungen an die Wirksamkeit der Kündigungserklärung wird das dem Kunden zustehende außerordentliche Kündigungsrecht erheblich eingeschränkt.

30 bb) Ein wichtiger Grund zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses liegt vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann (vgl. § 314 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dies ist in der Regel der Fall, wenn einem der Vertragspartner aus Gründen, die nicht in seinem Verantwortungsbereich liegen, eine weitere Nutzung der Leistungen des anderen Vertragspartners nicht mehr zumutbar ist (vgl. BGH Urteil vom 26. Mai 1986 – VIII ZR 218/85 – NJW 1986, 3134, 3135 mwN).

31 cc) Bei einem Vertrag über die Nutzung eines Fitness-Studios kann ein solcher Umstand nicht nur in einer Erkrankung des Kunden liegen. Ihm kann auch aus anderen Gründen, die nicht in seinem Verantwortungsbereich liegen, die weitere Nutzung der Leistungen des Studiobetreibers bis zum Ende der vereinbarten Vertragslaufzeit unzumutbar sein. So kann beispielsweise das Vorliegen einer Schwangerschaft ein Grund zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages sein (vgl. Graf von Westphalen Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke <Stand: 2011> Fitness- und Sportstudiovertrag Rn. 23; Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht 11. Aufl. Teil 2 <Sportstudioverträge> Rn. 4). Im Übrigen hat der Senat bereits in der Vergangenheit darauf hingewiesen, dass Klauseln, die einen Kunden auch dann zur Weiterzahlung der monatlichen Beiträge verpflichten, wenn er aufgrund von Umständen, die er nicht beeinflussen kann, auf Dauer die Einrichtungen des Fitness-Studios nicht nutzen kann, den Kunden unangemessen benachteiligen (vgl. Senatsurteil vom 23. Oktober 1996 – XII ZR 55/95 – NJW 1997, 193, 194; vgl. auch Damman in Wolf/Lindacher/Pfeiffer AGB-Recht 5. Aufl. Klauseln <Fitnessstudiovertrag> F 28).

32 Im vorliegenden Fall schränkt die Kündigungsklausel das Recht des Kunden zur außerordentlichen Kündigung unangemessen ein. Denn die Klausel kann in der für die Inhaltskontrolle maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung (vgl. hierzu BGH Urteil vom 20. Dezember 2007 – III ZR 144/07 – NJW 2008, 987 Rn. 9 mwN) dahingehend verstanden werden, dass der Kunde nur bei Vorliegen einer Erkrankung, die ihm für die restliche Vertragslaufzeit die Nutzung der Einrichtungen des Centers nicht ermöglicht, zur außerordentlichen Kündigung berechtigt und im Übrigen ein Recht zur außerordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist.

33 Hinzu kommt, dass die Klägerin durch die Klausel die Kündigung von der Vorlage eines ärztlichen Attestes abhängig

macht, aus dem sich Art und Umfang der Erkrankung ergeben soll. Zwar ist ein berechtigtes Interesse des Betreibers eines Fitness-Studios an der Vorlage eines ärztlichen Attestes bei einer mit einer Erkrankung begründeten Kündigung ihres Kunden grundsätzlich anzuerkennen, um einen Missbrauch des eingeräumten Kündigungsrechts zu verhindern (vgl. Graf von Westphalen Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke <Stand: 2011> Fitness- und Sportstudiovertrag Rn. 23). Die Revision weist jedoch zu Recht darauf hin, dass diesem Interesse der Klägerin bereits durch die Vorlage eines ärztlichen Attestes gedient ist, aus dem sich ergibt, dass eine sportliche Tätigkeit des Kunden nicht mehr möglich ist. Das Interesse der Klägerin, sich vor unberechtigten Kündigungen zu schützen, rechtfertigt es nicht, von ihren Kunden Angaben über die konkrete Art der Erkrankung zu verlangen. Denn grundsätzlich kann den Angaben eines Arztes in einem Attest Glauben geschenkt werden (vgl. zum Beweiswert einer von einem Arzt ausgestellten Bescheidung über eine Arbeitsunfähigkeit BAG NJW 1993, 809, 810 mwN). Außerdem ist es der Klägerin unbenommen, bei Zweifeln die Berechtigung der außerordentlichen Kündigung in Frage zu stellen und in einem gerichtlichen Verfahren die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung prüfen zu lassen, in dem dann der Kunde die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes trägt (MünchKommBGB/Gaier 5. Aufl. § 314 Rn. 27).

34 Im vorliegenden Fall muss der Kunde nach dem Wortlaut der Ziff. 7 Satz 2 des Vertrags der Kündigung ein ärztliches Attest beifügen, aus dem sich nachvollziehbar die Erkrankung/gesundheitliche Beeinträchtigung ergibt, die einer weiteren Nutzung des Fitness-Studios entgegensteht. Dieser Anforderung würde ein ärztliches Attest, das nur eine auf Dauer anhaltende Sportunfähigkeit des Kunden bescheinigt, nicht genügen. Um für die Klägerin nachvollziehbar darzulegen, warum er auf Dauer das Fitness-Studio nicht mehr nutzen kann, müsste der Kunde die Art seiner Erkrankung gegenüber der Klägerin offenbaren. Er steht daher vor dem Ausspruch einer Kündigung vor der Entscheidung, ob er bereit ist, gegenüber der Klägerin entsprechende Angaben zu machen oder auf die Ausübung seines Kündigungsrechts zu verzichten. Dadurch besteht die Gefahr, dass der Kunde davon abgehalten wird, von seinem Recht zur außerordentlichen Kündigung Gebrauch zu machen, zumal die Klägerin ihrerseits nicht gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet ist und der Kunde sich daher nicht darauf verlassen kann, dass seine Angaben vertraulich behandelt und nicht an andere weitergegeben werden.

35 Eine weitere Einschränkung seines Kündigungsrechts erfährt der Kunde schließlich auch dadurch, dass Ziff. 7 Satz 2 der Vertragsbedingungen der Klägerin eine Kündigungsfrist von zwei Wochen nach Kenntniserlangung von der Erkrankung vorsieht. Aufgrund der kurzen Frist könnte der Kunde gezwungen sein, den Vertrag voreilig zu kündigen, um sein Kündigungsrecht nicht zu verlieren. Ihm würde dadurch die Möglichkeit genommen, nach der Feststellung einer Erkrankung zunächst deren weiteren Verlauf abzuwarten, um dann entscheiden zu können, ob er tatsächlich nicht mehr in der Lage ist, die Angebote des Fitness-Studios zu nutzen.

36 c) Durch diese Einschränkungen des Kündigungsrechts wird der Beklagte unangemessen benachteiligt. Die Kündigungsklausel ist daher wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Das Recht des Beklagten zur außerordentlichen Kündigung des Fitness-Studiovertrages bestand daher unabhängig von den Voraussetzungen, die Ziff. 7 des Vertrages für eine krankheitsbedingte Kündigung vorsah.

37 4. Das Berufungsurteil war daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst nicht abschließend entscheiden, weil noch erforderliche Feststellungen fehlen. Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob der Beklagte aufgrund der von ihm behaupteten Erkrankung zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages berechtigt war.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 126, 550 BGB; § 552a ZPO
Mietvertrag; Schriftform;
Auswechslung des Mietgegenstands**

Die Fortgeltung eines schriftlichen Mietvertrags unter Auswechslung des Mietgegenstands bedarf einer die Schriftform währenden Vereinbarung, aus der sich alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere der Mietgegenstand, der Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses ergeben.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 24. 1. 2012 – VIII ZR 235/11)

1 **Aus den Gründen:** 1. Ein Grund für die Zulassung der Revision liegt nicht vor (§ 552a Satz 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO) oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) erforderlich.

2 a) Das Berufungsgericht [LG Berlin] hat mit Rücksicht auf eine zwischen den Parteien hinsichtlich ihrer Einbeziehung in den Mietvertrag streitige Vertragsklausel, wonach das bestehende Mietverhältnis nur in besonderen Ausnahmefällen unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen gekündigt werden kann, wenn wichtige berechnete Interessen des Vermieters eine Beendigung des Mietverhältnisses notwendig machen, die Revision zu der Frage zugelassen, ob und wie die Schriftform des § 126 BGB bei der vereinbarten Fortgeltung eines schriftlichen Mietvertrages unter Auswechslung des Mietgegenstands eingehalten wird.

3 b) Diese auf die Wahrung des Schriftformerfordernisses gemäß § 550 BGB abzielende Rechtsfrage ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung geklärt. Soweit es vereinbarte Kündigungsausschlüsse anbelangt, hat der Senat entschieden, dass bereits der Ausschluss lediglich bestimmter Kündigungsgründe genügt, um eine Formbedürftigkeit der mietvertraglichen Vereinbarung gemäß § 550 BGB zu bejahen, welche darauf abzielt, es einem in einen bestehenden Mietvertrag eintretenden Grundstückserwerber zu erleichtern, sich über den Umfang der auf ihn übergehenden Bindungen, insbesondere auch über dauerhafte Beschränkungen eines Sonderkündigungsrechts wegen Eigenbedarfs, zu unterrichten (Senatsurteil vom 4. April 2007 – VIII ZR 223/06, WuM 2007, 272 [= GuT 2007, 222] Rn. 17 f.). Auch die weitere Frage, ob das genannte Schriftformerfordernis eine Auswechslung des Mietgegenstands erfasst, ist vom Bundesgerichtshof (Urteile vom 25. Juli 2007 – XII ZR 143/05, WPM 2007, 1946 [= GuT 2007, 299] Rn. 17; vom 24. Februar 2010 – XII ZR 120/06, NJW 2010, 1518 [= GuT 2010, 93] Rn. 13) schon dahin entschieden worden, dass die Schriftform des § 550 BGB nur gewahrt ist, wenn sich alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere der Mietgegenstand, der Mietzins sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses aus der Urkunde ergeben. Dass diese Anforderungen zugleich für Vertragsänderungen gelten, ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung für die gleichgelagerte Fallgestaltung einer vertraglichen Auswechslung des Mieters ebenfalls geklärt (BGH, Beschluss vom 30. Januar 2002 – XII ZR 106/99, juris Rn. 2).

4 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsurteil hält rechtlicher Nachprüfung stand.

5 a) Es kann dahinstehen, ob – wie die Revision meint – für das Revisionsverfahren mangels entgegenstehender tatrichterlicher Feststellungen davon auszugehen ist, die Parteien hätten vereinbart, dass die Bedingungen des ursprünglichen Mietvertrags auch für den nunmehrigen Mietvertrag hätten gelten sollen. Anders als das Amtsgericht [Berlin-Mitte], das die Beklagten insoweit mangels Beweisantritts für beweisfällig erachtet hat, hat das Berufungsgericht diese Frage zwar offen gelassen, weil es für das durch einen Austausch des Mietobjekts

geprägte neue Mietverhältnis jedenfalls an der nach §§ 550, 126 BGB erforderlichen Schriftform gefehlt habe. Aber auch auf dieser Tatsachengrundlage ist das angefochtene Urteil revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

6 b) Soweit die Revision geltend macht, die Berufung des Klägers auf die fehlende Schriftform sei „formalistisch“, weil ihm die Bedingungen des von ihm abgeschlossenen und in Gestalt des über die von den Beklagten zunächst bewohnte Wohnung geschlossenen Mietvertrages auch in Schriftform zur Verfügung gestanden hätten, berücksichtigt sie nicht hinreichend den mit dem Schriftformerfordernis verfolgten Zweck. Dieser besteht neben einer Sicherstellung der Beweisbarkeit langfristiger Abreden und einer Warnung der Vertragsparteien vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen in erster Linie darin, einem künftigen potenziellen Grundstückserwerber allein aus der Vertragsurkunde heraus die Möglichkeit einzuräumen, sich über Umfang und Inhalt der auf ihn übergehenden Rechte und Pflichten zuverlässig zu unterrichten (BGH, Urteile vom 4. April 2007 – VIII ZR 223/06, aaO Rn. 17; vom 24. Februar 2010 – XII ZR 120/06, aaO Rn. 14, 25, 27 mwN). Dieser Zweck wird hier indessen allein schon durch die Notwendigkeit verfehlt, ohne eine schriftlich fixierte Fortgeltungsvereinbarung zur Unterrichtung über den Inhalt des Mietverhältnisses auf eine nicht für das Mietobjekt ausgestellte Vertragsurkunde zurückgreifen zu müssen. Auch die daneben immer bestehende Möglichkeit, dass die angestrebte Unterrichtung eines Erwerbers ebenfalls nicht sichergestellt wäre, wenn ihm ein schriftlicher Mietvertrag über das eigentliche Mietobjekt nicht offenbart wird, rechtfertigt es entgegen der Auffassung der Revision nicht, § 550 BGB außer Anwendung zu lassen. Denn das Beurkundungserfordernis kann ersichtlich nicht alle denkbaren Unsicherheiten hinsichtlich des von ihm angestrebten Unterrichtungszwecks beseitigen (vgl. auch BGH, Urteil vom 24. Februar 2010 – XII ZR 120/06, aaO Rn. 14).

7 c) Zu Unrecht geht die Revision ferner davon aus, dass es dem Kläger gemäß § 242 BGB versagt sei, sich auf die fehlende Schriftform zu berufen, weil zwischen den Parteien außer Streit stehe, dass sie nicht einen nur mündlichen Mietvertrag schließen, sondern diesen vielmehr schriftlich fixieren wollten. Denn dem hierzu in Bezug genommenen Parteivortrag lässt sich Derartiges nicht entnehmen. Dem im Übrigen auch ohne Beweisantritt gehaltenen Sachvortrag der Beklagten, es sei über die neue Wohnung ein mündlicher, mit den Bedingungen des alten übereinstimmender neuer Mietvertrag geschlossen worden, ohne dass es in der Folgezeit zu einer schriftlichen Fixierung gekommen sei, ist der Kläger vielmehr dahin entgegengetreten, dass aus dem alten Mietverhältnis lediglich die Regelungen zur Miethöhe und zur Betriebskostenübernahme hätten entnommen werden sollen und dass dahingehend noch ein schriftlicher Mietvertrag habe geschlossen werden sollen. Das Berufungsgericht konnte deshalb schon nach dem gehaltenen Parteivortrag nicht die von der Revision zur Annahme einer Treuwidrigkeit geforderten Feststellungen treffen.

8 3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Hinw. d. Gerichts: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

GuT

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

§§ 157, 535 BGB

**Gewerberaumiete; Regelungslücke;
Geschäft für Optikgeräte und Hörgeräte; Ärztehaus;
formularmietvertraglicher Konkurrenzschutz;
Geräteabgabe durch HNO-Arzt im Haus;
„verkürzter Versorgungsweg“;
Revisionszulassung des Berufungsgerichts**

Zu den Voraussetzungen einer ergänzenden Vertragsauslegung bei einer mietvertraglich vereinbarten Konkurrenzschutzklausel.

(BGH, Urteil vom 11. 1. 2012 – XII ZR 40/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin macht gegen die Beklagte Ansprüche aus einer mietvertraglichen Konkurrenzschutzklausel geltend.

2 Die Klägerin schloss 1986 mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten einen Mietvertrag über Gewerberäume in einem „Ärztehaus“ zum Betrieb eines Optik- und Hörgerätegeschäfts. Der Mietvertrag enthält in § 14 die Klausel:

„Konkurrenzschutz für den Mieter wird in folgendem Umfang vereinbart:

Kein weiteres Optik- und Hörgerätegeschäft in Objekten der U... in H...“

3 Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses wurde in dem Gebäude bereits eine Praxis für Hals-, Nasen- und Ohrenheilkunde betrieben, die von der Streithelferin der Beklagten im Oktober 2005 übernommen wurde. Die Klägerin, die in den angemieteten Räumen zunächst nur ein Optikergeschäft betrieben hatte, erweiterte zum 1. August 2006 ihren Betrieb um eine Hörgeräteakustikabteilung.

4 In der Folgezeit begann die Streithelferin im sogenannten „verkürzten Versorgungsweg“ Hörgeräte unmittelbar an Patienten abzugeben. Dabei übernimmt der HNO-Arzt u. a. die audiometrische Messung und das Erstellen von Ohrabdrücken zur Anpassung und Lieferung von Hörgeräten, die Feinanpassung der vom Hersteller direkt an ihn gelieferten Hörgeräte sowie die Einweisung der Patienten.

5 Die Klägerin sieht darin einen Verstoß gegen die in § 14 des Mietvertrages enthaltene Konkurrenzschutzklausel. Sie begehrt daher im vorliegenden Verfahren von der Beklagten, gegenüber der Streithelferin auf die Einhaltung der Konkurrenzschutzklausel hinzuwirken (Klagantrag zu 1). Außerdem möchte die Klägerin gerichtlich feststellen lassen, dass sie wegen der Verstöße gegen die Konkurrenzschutzklausel bis zu deren Beseitigung zur Minderung der Miete berechtigt ist (Klaganträge zu 2 u. 3). Schließlich macht die Klägerin Schadensersatzansprüche wegen entgangenen Gewinns (Klaganträge 4 und 5) geltend.

6 Das Landgericht Göttingen hat einen Verstoß gegen die Konkurrenzschutzklausel verneint und die Klage als unbegründet abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht Braunschweig das landgerichtliche Urteil teilweise abgeändert und im Wege eines Teil- und Grundurteils den Klaganträgen zu 1 bis 3 überwiegend und den Klaganträgen zu 4 und 5 dem Grunde nach stattgegeben. Die Revision hat das Oberlandesgericht hinsichtlich der Frage zugelassen, ob der Mieter bei einem Verstoß gegen einen vereinbarten Konkurrenzschutz zur Minderung der Miete berechtigt ist.

7 Mit der Revision möchte die Beklagte die Aufhebung des Berufungsurteils und die Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung erreichen.

8 **Aus den Gründen:** Die zulässige Revision hat Erfolg. Sie führt zur Abänderung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Berufung der Klägerin.

9 I. Das Berufungsgericht hat einen Verstoß gegen die Konkurrenzschutzklausel bejaht und zur Begründung ausgeführt, dies folge aus einer ergänzenden Vertragsauslegung des § 14 des Mietvertrages. Die dort vereinbarte Konkurrenzschutzklausel

erfasse nach ihrem Wortlaut zwar lediglich das Verbot, Räume innerhalb der Objekte der U. GmbH & Co. KG an Optik- und Hörgerätegeschäfte zu überlassen. Da diese Regelung ihrem Wortlaut nach der Klägerin jedoch keinen Schutz vor konkurrierenden Tätigkeiten biete, die nicht in Geschäften, sondern in Praxisräumen ausgeübt würden, läge eine Lücke der vertraglichen Regelung vor, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschlossen werden müsse. Da es der Rechtsvorgängerin der Beklagten erkennbar darum gegangen sei, der Klägerin zu ermöglichen, als Optikerin und als Hörgeräteakustikerin konkurrenzlos Leistungen im gleichen Objekt zu erbringen, habe die Klägerin unabhängig von der Organisationsform und der Art der Räumlichkeiten, in denen die konkurrierende Tätigkeit erbracht werde, vor der Erbringung von Leistungen aus ihrem Berufsbild durch andere Mieter geschützt werden sollen. Dabei hätten die Parteien bei der Vereinbarung der Konkurrenzschutzklausel nicht die Möglichkeit vor Augen gehabt, dass die im Mietobjekt praktizierenden Ärzte abweichend von den damaligen traditionellen Berufsbildern einmal selbst im Wege des „verkürzten Versorgungsweges“ Leistungen erbringen würden, die sonst von Gesundheitshandwerkern erbracht würden.

10 Der Vertrag sei insoweit ausfüllungsbedürftig, weil durch die konkurrierende Tätigkeit der Streithelferin im selben Objekt der Klägerin gerade der Standortvorteil genommen werde, der bei Abschluss des Mietvertrages vereinbart worden sei. Daher sei anzunehmen, dass die Parteien auch einen entsprechenden Schutz der Klägerin vereinbart hätten, wenn sie bei Abschluss des Mietvertrages die Möglichkeit bedacht hätten, dass die im selben Objekt praktizierenden Ärzte in Konkurrenz zur Klägerin treten könnten. Für die Klägerin sei der Umstand, dass die Ärzte nicht die gleichen Leistungen erbrächten, die auch sie anbiete, von zentraler Bedeutung. Denn für die Klägerin sei in diesen Fällen das Kerngeschäft des Verkaufs von Hilfsmitteln betroffen, während die dort praktizierenden Ärzte die Tätigkeiten der Vermittlung, des Verkaufs und der Abgabe der Hilfsmittel nur ergänzend zu ihren zentralen ärztlichen Leistungen erbringen würden. Dabei sei unbeachtlich, dass die Leistungen, die die HNO-Ärzte beim sogenannten „verkürzten Versorgungsweg“ erbringen, als ärztliche Leistungen zu bezeichnen seien.

11 Die Klägerin sei auch nicht gehindert, den Verstoß gegen den vereinbarten Konkurrenzschutz geltend zu machen. Auch wenn die Klägerin zunächst nur ein Optikgeschäft betrieben und erst nach Abschluss des Mietvertrages zwischen der Beklagten und der Streithelferin ihr Hörgerätegeschäft eröffnet habe, sei es der Klägerin unbenommen gewesen, das Ausmaß ihrer Tätigkeit auch schon zuvor auf die Abgabe von Hörhilfen auszudehnen. Dass sie diese Tätigkeiten erst später aufgenommen habe, beeinträchtige ihren von Beginn des Mietverhältnisses an zugesicherten Konkurrenzschutz nicht.

12 Der Klägerin stehe damit ein Anspruch auf Mietminderung gemäß § 536 Abs. 1 und 2 BGB zu. Nach herrschender Meinung berechtige eine vertragswidrige Konkurrenzsituation zur Minderung der Miete. Dabei könne im Ergebnis dahinstehen, ob ein Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 BGB vorliege. Jedenfalls stelle die ausdrückliche Konkurrenzschutzabrede eine zugesicherte Eigenschaft im Sinne des § 536 Abs. 2 BGB dar. Durch die streitbefangene Klausel sei der Klägerin zugesichert worden, dass andere Mieter im selben Objekt nicht zu ihr in Konkurrenz treten. Von der Konkurrenzschutzklausel sei die Ertragsfähigkeit des Mietobjekts betroffen. Deshalb handele es sich um eine Eigenschaft der Sache. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten habe die Konkurrenzfreiheit auch zugesichert.

13 Da ein Mangel im Sinne des § 536 Abs. 2 BGB vorliege, stünden der Klägerin zudem Schadensersatzansprüche nach § 536 a Abs. 1 BGB wegen entgangenen Gewinns dem Grunde nach zu.

14 II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Sie beruhen auf einer rechtsfehler-

haften Auslegung der in § 14 des Mietvertrags enthaltenen Konkurrenzschutzklausel.

15 1. Die Revision ist uneingeschränkt zulässig.

16 a) Grundsätzlich kann die Zulassung der Revision nicht auf einzelne von mehreren Anspruchsgrundlagen oder auf bestimmte Rechtsfragen beschränkt werden (BGHZ 101, 276 = NJW 1987, 2586, 2587; Senatsurteile vom 15. September 2010 – XII ZR 148/09 – FamRZ 2010, 1888 Rn. 18 und vom 13. April 2011 – XII ZR 110/09 – NJW 2011, 2796 Rn. 13 ff. [= GuT 2011, 310 KL]). Darüber hinaus ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Beschränkung der Revisionszulassung nur möglich, wenn sie sich auf einen abtrennbaren Teil der Klageforderung bezieht, der einem Teilurteil zugänglich gewesen wäre oder auf den die Revision hätte beschränkt werden können (Senatsurteile vom 25. Oktober 2006 – XII ZR 141/04 – FamRZ 2007, 117 und vom 25. Januar 1995 – XII ZR 195/93 – FamRZ 1995, 1405; BGH Urteile vom 17. Juni 2004 – VII ZR 226/03 – NJW 2004, 3264 und vom 3. März 2005 – IX ZR 45/04 – NJW-RR 2005, 715). Danach ist die vom Berufungsgericht vorgenommene Beschränkung der Revisionszulassung auf den Ausspruch zur Mietminderung (Klaganträge zu 2 und 3) unwirksam.

17 b) Sofern man die Entscheidung des Berufungsgerichts dahingehend versteht, dass die Revision allein zur Klärung der Frage zugelassen werden sollte, ob bei einem Verstoß gegen einen vereinbarten Konkurrenzschutz der Mieter zur Minderung der Miete berechtigt ist, wäre diese Beschränkung bereits deshalb unwirksam, weil es sich insoweit um eine reine Rechtsfrage handelt, die nicht allein Gegenstand einer Revisionszulassung sein kann.

18 c) Sollte das Berufungsgericht eine Beschränkung der Revisionszulassung auf seine Entscheidung zu den Klaganträgen zu 2 und 3 beabsichtigt haben, wäre diese ebenfalls unzulässig, weil über diese Klaganträge nicht im Wege eines Teilurteils hätte entschieden werden können.

19 (1) Nach § 301 ZPO, an dessen Grundsätzen die Beschränkung der Revisionszulassung zu messen ist, ist ein Teilurteil nur zulässig, wenn es über einen aussonderbaren, einer selbständigen Entscheidung zugänglichen Teil des Verfahrensgegenstandes ergeht und der Ausspruch über diesen Teil unabhängig von demjenigen über den restlichen Verfahrensgegenstand getroffen werden kann, so dass die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen ausgeschlossen ist (Senatsurteil vom 25. Oktober 2006 – XII ZR 141/04 – FamRZ 2007, 117). Der Erlass eines Teilurteils setzt neben der Teilbarkeit des Streitgegenstandes oder einer Mehrheit von Streitgegenständen voraus, dass die Widerspruchsfreiheit von Teil- und Schlussurteil garantiert ist (Zöller/Vollkommer ZPO 29. Aufl. § 301 Rn. 7 mwN). Die Widerspruchsfreiheit ist in einem weiten Sinne zu verstehen und erfasst daher auch Fälle der Vorgeiflichkeit. Daher darf die Entscheidung über den weiter rechtshängigen Streit nicht eine Vorfrage umfassen, die bereits für die erledigte Teilentscheidung erheblich war (Zöller/Vollkommer aaO). Da einzelne Urteilelemente, tatsächliche Feststellungen und rechtliche Folgerungen, auf denen eine Entscheidung aufbaut, grundsätzlich nicht von der Rechtskraft erfasst werden, besteht sonst die Gefahr einer unterschiedlichen Beantwortung der Vorfrage, wenn das Verfahren durch den Erlass eines Teilurteils aufgespalten wird. Dabei ist der Erlass eines Teilurteils bereits dann unzulässig, wenn sich die Gefahr durch die abweichende Beurteilung eines Rechtsmittelgerichts im Instanzenzug ergeben kann (Senatsurteil vom 24. Februar 1999 – XII ZR 155/97 – FamRZ 1999, 992, 993 mwN).

20 (2) Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht bei der Prüfung des Klagantrags zu 1 einen Verstoß gegen die Konkurrenzschutzvereinbarung bejaht und dem Leistungsantrag der Klägerin durch Teilurteil entsprochen. Nach § 322 Abs. 1 ZPO reicht die Rechtskraft eines Urteils jedoch nur so weit, als über den erhobenen (prozessualen) Anspruch entschieden ist. Sie beschränkt sich auf den unmittelbaren Gegenstand des Urteils, d.h.

auf die Rechtsfolge, die auf eine Klage oder Widerklage aufgrund eines bestimmten Sachverhalts bei Schluss der mündlichen Verhandlung den Entscheidungssatz bildet (BGHZ 170, 180 = NJW 2007, 1466 Rn. 7). Aus der Entscheidung über den Klagantrag zu 1 erwächst daher nur der Ausspruch des Berufungsgerichts über die Verpflichtung der Klägerin, auf eine Einhaltung der Konkurrenzschutzklausel hinzuwirken, in Rechtskraft. Die Frage, ob die Streithelferin gegen die Klausel verstößt, ist dabei nur eine Vorfrage, die an der Rechtskraft der (Teil-) Entscheidung nicht teilnimmt. Dieselbe Vorfrage ist jedoch auch für das Minderungsrecht entscheidungserheblich, auf das sich die Klägerin zur Begründung ihrer Klaganträge zu 2 und 3 beruft. Die Klägerin wäre nur dann zur Minderung der Miete berechtigt, wenn die Streithelferin durch die Abgabe der Hörgeräte im „vereinfachten Versorgungsweg“ gegen die Konkurrenzschutzklausel verstoßen würde. Bei einer isolierten Entscheidung über die Klaganträge zu 2 und 3 könnte diese Frage daher ohne Bindungswirkung an das Teilurteil zu Klagantrag zu 1 frei und damit auch gegenteilig entschieden werden. Dem Gebot der Widerspruchsfreiheit wäre nicht genügt. Der Erlass eines Teilurteils wäre daher unzulässig.

21 Das Berufungsgericht durfte daher insoweit die Revisionszulassung nicht beschränken. Die Beschränkung ist somit unbeachtlich (vgl. Senatsurteil vom 15. September 2010 – XII ZR 148/09 – FamRZ 2010, 1888 Rn. 17).

22 2. Auch in der Sache begegnet das Berufungsurteil revisionsrechtlich durchgreifenden Bedenken. Denn die Auslegung der Konkurrenzschutzklausel durch das Berufungsgericht ist rechtsfehlerhaft.

23 a) Die Auslegung individueller privatrechtlicher Willenserklärungen unterliegt der Nachprüfung durch das Revisionsgericht nur insoweit, als es sich darum handelt, ob sie gesetzlichen Auslegungsregeln, Erfahrungssätzen oder den Denkgesetzen widerspricht und ob sie nach dem Wortlaut der Erklärung möglich ist (Senatsurteile vom 27. Januar 2010 – XII ZR 148/07 – NJW-RR 2010, 1508 Rn. 30 [= GuT 2010, 128] und vom 4. März 2009 – XII ZR 18/08 – FamRZ 2009, 768 Rn. 14). Die vom Berufungsgericht gewählte Auslegung erweist sich als rechtsfehlerhaft. Denn es hat die Voraussetzungen für eine ergänzende Vertragsauslegung verkannt. Insoweit unterliegt das Urteil der revisionsgerichtlichen Kontrolle (vgl. Senatsurteil vom 27. Januar 2010 – XII ZR 148/07 – NJW-RR 2010, 1508 Rn. 30).

24 b) Voraussetzung einer ergänzenden Vertragsauslegung ist das Bestehen einer Regelungslücke, also einer planwidrigen Unvollständigkeit der Bestimmungen des Rechtsgeschäfts (BGHZ 90, 69 = NJW 1984, 1177, 1178), die nicht durch die Heranziehung von Vorschriften des dispositiven Rechts sachgerecht geschlossen werden kann (BGHZ 137, 153 = NJW 1988, 450, 451). Allein der Umstand, dass ein Vertrag für eine bestimmte Fallgestaltung keine Regelung enthält, besagt nicht, dass es sich um eine planwidrige Unvollständigkeit handelt. Von einer planwidrigen Unvollständigkeit kann nur gesprochen werden, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zugrunde liegenden Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen, mithin ohne Vervollständigung des Vertrages eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen wäre (vgl. BGHZ 170, 311 = NJW-RR 2007, 687 Rn. 28; BGH Urteile vom 2. Juli 2004 – V ZR 209/03 – NJW-RR 2005, 205, 206; vom 13. Februar 2004 – V ZR 225/03 – WPM 2004, 2125, 2126 und vom 1. Juli 1999 – I ZR 181/96 – WPM 1999, 2553, 2555). Die ergänzende Vertragsauslegung muss sich als zwingende selbstverständliche Folge aus dem ganzen Zusammenhang des Vereinbarten ergeben, so dass ohne die vorgenommene Ergänzung das Ergebnis in offenbarem

Widerspruch mit dem nach dem Inhalt des Vertrages tatsächlich Vereinbarten stehen würde (BGHZ 40, 91 = NJW 1963, 2071, 2075). Zudem darf die ergänzende Vertragsauslegung nicht zu einer wesentlichen Erweiterung des Vertragsinhaltes führen (BGHZ 40, 91 = NJW 1963, 2071, 2075).

25 c) Auf dieser rechtlichen Grundlage begegnet die Annahme des Berufungsgerichts, die Konkurrenzschutzklausel in § 14 des Mietvertrages weise eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke auf, durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

26 Es ist zwar richtig, dass die Klägerin und die Rechtsvorgängerin der Beklagten bei Abschluss des Mietvertrages im Jahr 1986 die Möglichkeit der Versorgung von Patienten mit Hörgeräten durch den in dem Objekt praktizierenden HNO-Arzt nicht berücksichtigen konnten, weil die Leistungserbringung im „verkürzten Versorgungsweg“ nach § 126 SGB V erst zum 1. Januar 1989 durch das Gesundheitsreform-Gesetz vom 20. Dezember 1988 (BGBl. I S. 2477) eingeführt worden ist. Dennoch ist es zur Verwirklichung des Regelungsplans der Vertragsparteien nicht erforderlich, den durch § 14 des Mietvertrages vereinbarten Konkurrenzschutz auf die Abgabe von Hörgeräten im „verkürzten Versorgungsweg“ durch die Streithelferin auszuweiten.

27 Maßgeblich für die Prüfung, ob der Mietvertrag eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke enthält, ist, welchen Umfang an Konkurrenzschutz die Klägerin bei Abschluss des Mietvertrages erwarten konnte (vgl. OLG Köln NZM 2005, 866 [= GuT 2005, 157]; OLG Hamm ZMR 1997, 581, 582).

28 Danach spricht bereits der Wortlaut der Vereinbarung, von dem jede Auslegung auszugehen hat und den auch das Berufungsgericht seiner Auslegung im Ansatz zugrunde legt, gegen die Annahme einer Regelungslücke. Die Rechtsvorgängerin der Beklagten und die Klägerin haben in § 14 des Mietvertrages den gewährten Konkurrenzschutz konkret beschrieben und auf das Verbot der Vermietung von Räumlichkeiten an Dritte zum Betrieb eines Optik- und Hörgerätegeschäfts begrenzt. Die Klägerin sollte demnach primär vor unmittelbarer Konkurrenz durch einen gleichartigen Geschäftsbetrieb geschützt werden.

29 Soweit das Berufungsgericht zur Begründung einer Regelungslücke ausführt, der Rechtsvorgängerin der Beklagten sei es erkennbar darum gegangen, der Klägerin zu ermöglichen, als Optikerin und als Hörgeräteakustikerin konkurrenzlos Leistungen im gleichen Objekt zu erbringen, unabhängig davon, in welcher Organisationsform oder in welcher Art von Räumlichkeiten die konkurrierende Tätigkeit erbracht werde, kann dem nicht gefolgt werden. Diese Annahme findet weder im Wortlaut der Konkurrenzschutzklausel noch in den weiteren Feststellungen eine tragfähige Grundlage.

30 Der Rechtsvorgängerin der Beklagten und der Klägerin war bei Abschluss des Mietvertrages bekannt, dass in dem Mietobjekt eine Praxis für Hals-, Nasen- und Ohrenkrankheiten betrieben wird. Die Klägerin musste daher bereits zu diesem Zeitpunkt damit rechnen, dass der dort praktizierende Facharzt sämtliche Leistungen erbringen wird, zu denen er berechtigt ist und es zu Überschneidungen zwischen ihrem Leistungsangebot und der ärztlichen Tätigkeit kommen kann. Hätten die Vertragsparteien, wie vom Berufungsgericht angenommen, tatsächlich die Absicht gehabt, die Klägerin auch vor ärztlichen Leistungen zu schützen, die sich mit ihrem eigenen Geschäftsbereich überschneiden, hätte es nahegelegen, bei der Formulierung der Konkurrenzschutzklausel nicht auf den Betrieb eines weiteren Optik- und Hörgerätefachgeschäfts abzustellen, sondern die Leistungen, für die der Klägerin Konkurrenzschutz gewährt werden sollte, konkret zu benennen (vgl. dazu OLG Brandenburg GesR 2007, 540 ff.). Dass von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht wurde, spricht dafür, dass nach dem Regelungsplan der Parteien die Klägerin tatsächlich nur vor der Konkurrenz durch ein weiteres Optiker- und Hörgerätegeschäft geschützt werden sollte.

31 Die Streithelferin betreibt jedoch weder ein Hörgerätegeschäft noch übt sie die Tätigkeit eines Hörgeräteakustikers aus,



wenn sie im „verkürzten Versorgungswege“ Hörgeräte an Patienten abgibt. Bei den Tätigkeiten, die die Streithelferin in diesem Zusammenhang erbringt, handelt es sich um ärztliche Leistungen, die zum beruflichen Bereich eines HNO-Arztes gehören oder zumindest mit diesem in sehr engem Zusammenhang stehen (BGH Urteil vom 29. Juni 2000 – I ZR 59/98 – NJW 2000, 2745). Durch die Möglichkeit, Hörhilfen im „verkürzten Versorgungswege“ an Patienten abzugeben, hat sich lediglich der Umfang der ärztlichen Leistungen erweitert, die ein HNO-Arzt in seiner Praxis anbieten darf.

³² Eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke lässt sich auch nicht damit begründen, dass ohne eine Vervollständigung des Vertrages keine angemessene und interessengerechte Lösung zu erzielen wäre. Der Standortvorteil, der der Klägerin durch die Konkurrenzschutzklausel gewährt wurde, besteht auch nachdem die Streithelferin dazu übergegangen ist, Hörgeräte an ihre Patienten im „verkürzten Versorgungswege“ abzugeben, fort. Nach den in der Revisionsinstanz nicht beanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin nach Abschluss des Mietvertrages zunächst viele Jahre nur ein Optikgeschäft betrieben. Erst nach der Übernahme der HNO-Praxis durch die Streithelferin hat die Klägerin ihr Geschäft um eine Akustikabteilung erweitert. Die wirtschaftliche Grundlage ihres Betriebs war bis dahin nicht von der Möglichkeit des Verkaufs von Hörgeräten geprägt. Durch die Erweiterung ihres Geschäfts im Jahr 2006 hat die Klägerin sich nur die Möglichkeit geschaffen, durch eine Vergrößerung ihres Leistungsangebots ihre Ertragslage zu verbessern, indem sie den Vorteil nutzt, dass in dem Ärztehaus ein HNO-Arzt praktiziert. Da jedoch jeder Patient frei darüber entscheiden kann, wo er sich ein verordnetes Hörgerät anfertigen lässt, hat die Klägerin durch die Eröffnung der Akustikabteilung nur die Chance erworben, dass sie Patienten der HNO-Praxis als Kunden gewinnt. Deshalb kann nicht davon ausgegangen werden, dass ohne eine Ausdehnung der Konkurrenzschutzklausel auf die Tätigkeiten der Streithelferin im Rahmen des „verkürzten Versorgungswege“ der von den Mietvertragsparteien intendierte Schutz der Klägerin wesentlich beeinträchtigt und der Regelungsplan der Parteien unvollständig wäre.

³³ d) Schließlich ist in diesem Zusammenhang auch zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bereits im Rahmen des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes ein Vermieter nicht gehalten ist, dem Mieter jeden fühlbaren oder unliebsamen Wettbewerb fernzuhalten. Vielmehr ist nach den Umständen des einzelnen Falles abzuwägen, inwieweit nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Belange der Parteien die Fernhaltung von Konkurrenz geboten ist (vgl. BGHZ 70, 79 = NJW 1978, 585, 586). Diese Wertung ist auch bei der Auslegung einer vertraglich vereinbarten Konkurrenzschutzklausel zu berücksichtigen.

³⁴ 3. Nach all dem ergibt sich durch die Abgabe von Hörgeräten im „verkürzten Versorgungswege“ durch die Streithelferin kein Verstoß gegen die Konkurrenzschutzklausel aus § 14 des Mietvertrages. Die Frage, ob ein Verstoß gegen eine Konkurrenzschutzklausel den Mieter zur Minderung der Miete berechtigt, kann dahinstehen.

³⁵ 4. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Sie ist zur Endentscheidung reif, da sich die Klägerin zur Begründung aller ihrer Ansprüche allein auf einen Verstoß gegen die Konkurrenzschutzklausel gestützt und keine anderweitigen Mängel der Mietsache geltend gemacht hat. Unter Abänderung des Berufungsurteils war daher die Berufung der Klägerin zurückzuweisen und die erstinstanzliche Entscheidung wiederherzustellen. Dies gilt auch, soweit das Berufungsgericht im Wege eines Teil- und Grundurteils entschieden hat. Im Rechtsmittelverfahren kann die Klage dann insgesamt abgewiesen werden, wenn dem Kläger insgesamt keine Ansprüche mehr zustehen können. Das ist hier der Fall.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 195, 199, 535, 538, 307, 812 BGB; § 552a ZPO
Raummiete; unwirksame Renovierungsklausel;
Bereicherungsanspruch des Mieters wegen
rechtsgrundloser Leistung; Verjährungsbeginn**

Spätestens ab dem 23. Juni 2004 besteht keine unsichere und zweifelhafte Rechtslage mehr in Bezug auf den Bereicherungsanspruch des Raummieters wegen durchgeführter Schönheitsreparaturen oder Ersatzleistungen für eine solche vermeintliche Verpflichtung aus einer unwirksamen Schönheitsreparaturklausel.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 31.1.2012 – VIII ZR 141/11)

1 **Aus den Gründen:** 1. Ein Grund für die Zulassung der Revision liegt nicht vor (§ 552a Satz 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht [LG Berlin WuM 2011, 365] hat die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) zugelassen, da die Frage, ob Ansprüche des Mieters aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen durchgeführter Schönheitsreparaturen oder Ersatzleistungen für eine solche vermeintliche Verpflichtung der kurzen Verjährung nach § 548 Abs. 2 BGB oder der Regelverjährung gemäß §§ 195, 199 BGB unterliegen, bislang nicht höchstrichterlich entschieden sei. Die vom Berufungsgericht aufgeworfene Rechtsfrage hat schon deshalb keine grundsätzliche Bedeutung, weil sie nicht entscheidungserheblich ist. Denn der Klageanspruch ist auch bei Anwendung der Vorschriften über die regelmäßige Verjährungsfrist (§§ 195, 199 BGB) verjährt.

2 Gemäß § 199 Abs. 1 BGB beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist (Nr. 1) und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (Nr. 2). Letzteres war hier mit dem Schluss des Jahres 2004 der Fall, so dass gemäß §§ 195, 197 BGB die Verjährung mit Ablauf des Jahres 2007 eingetreten ist.

3 a) Anders als die Revision meint, ist hinsichtlich der Kenntniserlangung hier nicht (erst) an das Senatsurteil vom 27. Mai 2009 (VIII ZR 302/07, BGHZ 181, 188 [= WuM 2009, 395 und 581]) anzuknüpfen. Denn es bestand in Bezug auf den Klageanspruch spätestens ab dem Senatsurteil vom 23. Juni 2004 (VIII ZR 361/03, NJW 2004, 2586 [= WuM 2004, 463]) keine unsichere und zweifelhafte Rechtslage mehr, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Einzelfall dazu führen kann, dass eine Rechtsunkenntnis den Verjährungsbeginn hinauszuschieben geeignet ist (BGH, Urteile vom 23. September 2008 – XI ZR 262/07, NJW-RR 2009, 547 Rn. 15 und 19; vom 25. Februar 1999 – IX ZR 30/98, NJW 1999, 2041 unter II 1; jeweils mwN).

4 Der Senat hat im oben genannten Urteil vom 23. Juni 2004 (VIII ZR 361/03, aaO) entschieden, dass eine Klausel in einem Formularmietvertrag, die eine „starre“ Fälligkeitsregelung enthält, mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist und daher den Mieter gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, da sie dem Mieter ein Übermaß an Renovierungsverpflichtungen auferlegt. Die Unwirksamkeit der Fristenbestimmung hat die Unwirksamkeit auch der Schönheitsreparaturverpflichtung zur Folge. Auf dieser Grundlage hat der Senat den damals klagegegenständlichen (Vorschuss-) Anspruch mangels einer Verpflichtung des Mieters zur Ausführung von Schönheitsreparaturen verneint.

5 Jedenfalls nach der noch im Jahre 2004 erfolgten Veröffentlichung dieses Senatsurteils stand die zuvor (möglicherweise) unklare Rechtslage dem Verjährungsbeginn hier nicht mehr entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 23. September 2008 – XI ZR 262/07, aaO Rn. 19 mwN). Auf die Kenntnis bzw. die grob fahrlässige Unkenntnis der Kläger von der Klärung der

Rechtslage kam es hierfür nicht an. An der Zumutbarkeit der Klageerhebung als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn fehlt es bei unsicherer und zweifelhafter Rechtslage nur bis zur objektiven Klärung der Rechtslage. Danach ist die Klageerhebung zumutbar (BGH, Urteil vom 23. September 2008 – XI ZR 262/07, aaO; Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 13. Aufl., § 199 Rn. 18a; MünchKommBGB/Grothe, 6. Aufl., § 199 Rn. 26), zumal sich die Kläger jedenfalls ab diesem Zeitpunkt hätten erfolgversprechend anwaltlich beraten lassen können (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1999 – IX ZR 30/98, aaO; Erman/Schmidt-Räntsch, aaO; MünchKommBGB/Grothe, aaO).

6 b) Durch das vorgenannte Senatsurteil vom 23. Juni 2004 (VIII ZR 361/03, aaO) war nicht nur geklärt, dass eine Schönheitsreparaturklausel mit einem „starren“ Fristenplan keine rechtliche Grundlage für einen Vorschussanspruch bietet, vielmehr lag auch – erst recht, wenn anwaltlicher Rat eingeholt worden wäre – die Annahme nahe, jedenfalls aber bestanden – was ausreicht – erhebliche Anhaltspunkte, dass eine solche Formalklausel auch keinen Rechtsgrund für Geldleistungen darstellt, die der Mieter bei Auszug anstelle vermeintlich geschuldeter Schönheitsreparaturen vornimmt. Den Klägern war deshalb (bereits) mit der Veröffentlichung des vorgenannten Senatsurteils die Erhebung einer Klage auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung Erfolg versprechend möglich und damit zumutbar.

7 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsurteil hält rechtlicher Nachprüfung stand.

8 Der Revision fehlt schon deshalb die Erfolgsaussicht, weil der Klageanspruch entgegen der Auffassung der Revision aus den oben genannten Gründen selbst bei Anwendung der Vorschriften über die regelmäßige Verjährungsfrist (§§ 195, 199 BGB) verjährt ist und sich das Berufungsurteil bereits aus diesem Grund als richtig erweist.

9 3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses.

Hinw. d. Gerichts: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 307, 535 BGB
Wohnraummiete; Schönheitsreparaturen;
Farbwahlklausel**

Auch wenn der Mieter die Wohnung bei Mietbeginn mit einem neuen weißen Anstrich übernommen hat, benachteiligt ihn eine Farbwahlklausel nur dann nicht unangemessen, wenn sie ausschließlich für den Zeitpunkt der Rückgabe Geltung beansprucht und dem Mieter noch einen gewissen Spielraum lässt (Bestätigung der Senatsurteile vom 18. Juni 2008 – VIII ZR 224/07, NZM 2008, 605 [= WuM 2008, 472] Rn. 18; vom 22. Oktober 2008 – VIII ZR 283/07, NJW 2009, 62 [= WuM 2008, 722] Rn. 17 f.).

(BGH, Urteil vom 22. 2. 2012 – VIII ZR 205/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin war vom 1. Juli 2005 bis zum 30. September 2008 Mieterin einer Wohnung des Beklagten in T. Im Mietvertrag sind die Schönheitsreparaturen formularmäßig auf die Klägerin abgewälzt; außerdem ist eine Quotenabgeltungsklausel vereinbart. Zur Ausführung der Schönheitsreparaturen heißt es in § 13 Ziffer 3 des Mietvertrags:

„Die Arbeiten müssen in fachmännischer Qualitätsarbeit – handwerksgerecht – ausgeführt werden. Der Mieter darf ohne Zustimmung des Vermieters bei der Ausführung der Schönheitsreparaturen bei Vertragsende nicht von der ursprünglichen Ausführungsart abweichen. Das Holzwerk darf nur weiß gestrichen werden, Naturholz nur transparent oder lasiert. Heizkörper und Heizrohre sind weiß zu streichen. Der Anstrich an Decken und Wänden hat in weiß, waschfest nach TAKT, zu erfolgen. Die

Verwendung anderer Farben bedarf der Genehmigung des Vermieters, ebenso die Anbringung besonderer Wanddekorationen und schwerer Tapeten.“

2 Die Klägerin führte am Ende des Mietverhältnisses Schönheitsreparaturen an den Decken und Wänden der Wohnräume durch. Im Hinblick auf die vereinbarte Quotenabgeltungsklausel behielt der Beklagte für anteilige Kosten der Schönheitsreparaturen hinsichtlich der Heizkörper, Innentüren, Keller sowie des Loggiabodens aus der Kaution einen Betrag in Höhe von 650 € ein. Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Schönheitsreparaturklauseln wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam seien und ihr die Kaution deshalb ungekürzt ausbezahlt sei; für die von ihr durchgeführten Schönheitsreparaturen schulde der Beklagte Wertersatz in Höhe von 1036,95 €.

3 Die Klägerin hat Zahlung von 1686,95 € nebst Zinsen und vorgerichtlicher Anwaltskosten begehrt. Das Amtsgericht Traunstein hat der Klage unter Abweisung im Übrigen in Höhe von 163,29 € nebst Zinsen stattgegeben. Auf die Berufung der Klägerin hat das Landgericht Traunstein das Urteil des Amtsgerichts unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung dahin abgeändert, dass der Beklagte zur Zahlung von insgesamt 261,24 € nebst Zinsen verurteilt ist. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch weiter.

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

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

6 Der Klägerin stehe ein Anspruch auf Wertersatz der von ihr durchgeführten Schönheitsreparaturen nicht zu, weil die in § 13 des Mietvertrags vorgesehene Abwälzung der Schönheitsreparaturen auf die Mieterin wirksam sei und die Klägerin diese Leistungen deshalb mit Rechtsgrund erbracht habe. Die formularmäßige Vorgabe, dass die Wohnung bei Rückgabe weiß gestrichen sein müsse, benachteilige die Klägerin nicht unangemessen, weil sie die Wohnung in diesem Zustand übernommen habe. Entscheidend sei, dass der Beklagte der Klägerin die Wohnung bei Beginn des Mietverhältnisses mit einem weißen Neuanstrich übergeben und damit zu erkennen gegeben habe, welchen Wohnungszustand er bei der Neuvermietung für angemessen halte und welchen Zustand er bei der Rückgabe vorzufinden wünsche. Das Interesse des Mieters an einer dezent farblichen Gestaltung sei dadurch ausreichend gewahrt, dass er sie verwirklichen könne, wenn der Vermieter zustimme.

7 Der Klägerin stehe aber ein Rückzahlungsanspruch in Höhe von 261,24 € aus der Kaution zu, weil der Beklagte die Kaution in dieser Höhe zu Unrecht einbehalten habe. Für die Abnutzung der Dekoration an Türen, Türzargen, Heizkörpern und Kellerraum könne der Beklagte aufgrund der Quotenabgeltungsklausel nur einen Betrag von 388,69 € verlangen. Denn das Renovierungsintervall, das der Berechnung des Abgeltungsbetrages zu Grunde zu legen sei, betrage wegen der geringen Abnutzung während der Mietzeit der Klägerin 14 Jahre.

8 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Die Schönheitsreparaturen sind im Hinblick auf die vom Beklagten verwendete (un-

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!

zulässige) Farbwahlklausel nicht wirksam auf die Klägerin übertragen, so dass dem Beklagten anteilige Schönheitsreparaturkosten nicht zustehen und ein Anspruch der Klägerin auf Wertersatz für die am Vertragsende teilweise ausgeführten Schönheitsreparaturen nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint werden kann.

9 1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats benachteiligt eine Farbwahlklausel den Mieter (nur) dann nicht unangemessen, wenn sie ausschließlich für den Zeitpunkt der Rückgabe Geltung beansprucht und dem Mieter noch einen gewissen Spielraum lässt (Senatsurteile vom 18. Juni 2008 – VIII ZR 224/07, NZM 2008, 605 [= WuM 2008, 472] Rn. 18; vom 22. Oktober 2008 – VIII ZR 283/07, NJW 2009, 62 [= WuM 2008, 722] Rn. 17 f.; Senatsbeschlüsse vom 14. Dezember 2010 – VIII ZR 198/10, WuM 2011, 96 Rn. 1 sowie VIII ZR 218/10, WuM 2011, 212 Rn. 1).

10 2. Die hier vereinbarte Farbwahlklausel wird diesen Voraussetzungen nicht gerecht. Sie gibt dem Mieter – auch für Schönheitsreparaturen während der Mietzeit – einen weißen Anstrich von Decken und Wänden vor und schränkt die Gestaltungsfreiheit des Mieters dadurch in einer Weise ein, die nicht durch berechnete Interessen des Vermieters gerechtfertigt ist und den Mieter deshalb unangemessen benachteiligt.

11 a) Es kann dahinstehen, ob die Regelung in § 13 Ziffer 3 Satz 2, der für die bei Vertragsende auszuführenden Arbeiten die ursprüngliche Ausführungsart vorgibt, so ausgelegt werden kann, dass auch die in § 13 Ziffer 3 Satz 5 des Mietvertrags enthaltene Verpflichtung, den Anstrich von Decken und Wänden weiß auszuführen, nur für bei Vertragsende durchzuführende Dekorationsarbeiten gilt. Denn eine Auslegung der Klausel dahin, dass die Farbvorgabe „weiß“ – ebenso wie die in § 13 Ziffer 3 Satz 1 geregelte Vorgabe einer handwerksgerechten Qualität der auszuführenden Arbeit – auch für die während der Mietzeit erforderlichen Schönheitsreparaturen gilt, ist zumindest möglich und deshalb nach dem Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung (§ 305c Abs. 2 BGB) zugrunde zu legen.

12 b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts spielt es für die Beurteilung der Farbwahlklausel keine Rolle, dass die Klägerin die Wohnung zu Beginn des Mietverhältnisses mit einem neuen weißen Anstrich übernommen hatte. Denn der Vermieter hat grundsätzlich kein berechtigtes Interesse daran, dem Mieter während der Mietzeit eine bestimmte Dekorationsweise vorzuschreiben oder den Gestaltungsspielraum des Mieters auch nur einzunengen. Das berechnete Interesse des Vermieters beschränkt sich vielmehr darauf, die Wohnung am Ende der Mietzeit in einer Dekoration zurückzuerhalten, die von möglichst vielen Interessenten akzeptiert wird und somit einer baldigen Weitervermietung nicht entgegensteht (Senatsbeschlüsse vom 14. Dezember 2010 – VIII ZR 218/10, aaO Rn. 3 sowie VIII ZR 198/10, aaO Rn. 3). Diesem Interesse kann der Vermieter jedoch – wie ausgeführt – mit einer Klausel Rechnung tragen, die nur für den Zeitpunkt der Rückgabe Geltung beansprucht und dem Mieter noch einen gewissen Spielraum lässt.

13 Schließlich rechtfertigt auch die in der Klausel vorgesehene Möglichkeit, im Einzelfall die Erlaubnis des Vermieters zu einer Dekoration in abweichender Farbe einzuholen, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine andere Bewertung; mangels eines sachlich gerechtfertigten Interesses des Vermieters, auf die Dekorationsweise während der laufenden Mietzeit Einfluss zu nehmen, braucht sich der Mieter hierauf von vornherein nicht verweisen zu lassen (vgl. Senatsurteil vom 28. März 2007 – VIII ZR 199/06, NJW 2007, 1743 [= WuM 2007, 259] Rn. 10).

14 c) Rechtsfolge der unangemessenen Einengung des Mieters in der Art der Ausführung von Schönheitsreparaturen ist die Unwirksamkeit der Abwälzung der Pflicht zur Vornahme der Schönheitsreparaturen schlechthin (Senatsurteil vom 18. Juni 2008 – VIII ZR 224/07, aaO Rn. 20).

15 III. Das Urteil des Berufungsgerichts kann deshalb keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben, soweit das Berufungs-

gericht zum Nachteil der Klägerin entschieden hat (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht – vor dem Hintergrund der von ihm vertretenen Rechtsauffassung folgerichtig – keine Feststellungen zum Wert der von der Klägerin ohne Rechtsgrund erbrachten Schönheitsreparaturen getroffen hat. Die Sache ist daher im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 553, 242 BGB; § 552a ZPO
Miete; Pacht; Untervermietungs Erlaubnis

Aus dem Gesetz (§ 553 BGB) ergibt sich nur ein Anspruch auf Erteilung einer Untervermietungs Erlaubnis für einen namentlich bezeichneten Dritten.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 21. 2. 2012 – VIII ZR 290/11)

1 **Aus den Gründen:** 1. Ein Grund für die Zulassung der Revision liegt nicht vor. Das Berufungsgericht [LG Hamburg] hat die Revision zugelassen, weil die Fortbildung des Rechts und die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts zu der Frage erfordere, „ob eine generelle Untervermietungs Erlaubnis unter dem Vorbehalt der Prüfung der Person des Untermieters ausnahmslos nicht verlangt werden könne“. Dies trifft nicht zu.

2 a) Die Fortbildung des Rechts erfordert eine Entscheidung des Revisionsgerichts nur dann, wenn der Einzelfall Veranlassung gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder formellen Rechts aufzustellen oder Gesetzeslücken auszufüllen. Hierzu besteht nur dann Anlass, wenn es für die rechtliche Beurteilung typischer oder verallgemeinerungsfähiger Lebenssachverhalte an einer richtungweisenden Orientierungshilfe ganz oder teilweise fehlt (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 4. Juli 2002 – V ZR 16/02, BGHZ 151, 221, 225 und vom 27. März 2003 – V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 292).

3 Einer derartigen Orientierungshilfe durch das Revisionsgericht bedarf es hier offensichtlich nicht. Die vom Berufungsgericht formulierte Frage wird in der Literatur übereinstimmend dahin beantwortet, dass sich aus § 553 BGB kein Anspruch auf Erteilung einer generellen, nicht personenbezogenen Untermieter Erlaubnis ergibt; auch in der vom Berufungsgericht angeführten Rechtsprechung wird ein derartiger Anspruch nicht in Erwägung gezogen.

4 b) Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts in den Fällen der Divergenz sowie dann, wenn bei der Auslegung oder Anwendung revisiblen Rechts Fehler über die Einzelfallentscheidung hinaus die Interessen der Allgemeinheit nachhaltig berühren (BGH, Beschluss vom 4. Juli 2002 – V ZR 16/02, aaO S. 225 f.). Hierfür ist nichts ersichtlich.

5 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei entschieden, dass sich aus § 553 BGB nur ein Anspruch auf Erteilung einer Untervermietungs Erlaubnis für einen namentlich bezeichneten Dritten ergeben kann und dass auch eine „kategorische“ Erlaubnisverweigerung der Beklagten nicht zur Folge hat, dass dem Kläger nunmehr mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) ein Anspruch auf Erteilung einer Untervermietungs Erlaubnis „unter dem Vorbehalt der Person des Untermieters“ zusteht.

6 3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Hinw. d. Gerichts: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 556 BGB; §§ 7, 12 HeizkV
Heizkostenabrechnung nach Verbrauch;
verbrauchte Brennstoffe; Abflussprinzip

a) Heizkosten können nicht nach dem Abflussprinzip, sondern nur unter Ansatz des im Abrechnungszeitraum verbrauchten Brennstoffs abgerechnet werden (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 20. Februar 2008 – VIII ZR 49/07, NJW 2008, 1300 [= WuM 2008, 223]).

b) Die auf der Anwendung des Abflussprinzips beruhende Fehlerhaftigkeit einer Heizkostenabrechnung kann nicht durch eine Kürzung der auf die Nutzer entfallenden Kostenanteile nach § 12 Abs. 1 HeizkostenV ausgeglichen werden.

(BGH, Urteil vom 1. 2. 2012 – VIII ZR 156/11)

1 Zum Sachverhalt: Die Beklagten sind seit dem Jahr 2005 Mieter einer im Eigentum einer Erbengemeinschaft stehenden Wohnung in K.

2 Im Mietvertrag vom 3. Januar 2005 sind einheitliche Vorauszahlungen für Heizkosten und sonstige Betriebskosten festgelegt. Die den Beklagten für das Kalenderjahr 2007 übermittelte Betriebskostenabrechnung vom 17. November 2008 weist Heizkosten in Höhe von 2421,59 € und einen Abrechnungssaldo zugunsten der Klägerin in Höhe von 1085,89 € aus. Mit der Betriebskostenabrechnung vom 26. Oktober 2009 für das Kalenderjahr 2008 werden Heizkosten in Höhe von 3167,57 € berechnet; die Abrechnung weist einen Abrechnungssaldo zugunsten der Klägerin in Höhe von 2422,39 € aus. Die auf die Beklagten entfallenden Heizkostenanteile wurden von der mit der Verbrauchserfassung beauftragten T. GmbH auf der Grundlage der von der Klägerin im jeweiligen Kalenderjahr an die M. AG (Gasversorger) geleisteten Zahlungen ermittelt. Dies beanstanden die Beklagten.

3 Die Klägerin macht aus ihr von der Erbengemeinschaft abgetretenem Recht gegen die Beklagten insgesamt 5484,46 € nebst Zinsen geltend. Dieser Betrag setzt sich zusammen aus rückständigen Mietforderungen in Höhe von 450 €, Nachzahlungsforderungen aus den Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2007 (1085,89 €) und 2008 (2422,39 €), Erstattung von Aufwendungen für eine Einwohnermeldeamtsanfrage (8 €) sowie Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von insgesamt 1464,18 €.

4 Das Amtsgericht Königstein hat der Klage, unter deren Abweisung im Übrigen, in Höhe von 3446,36 € nebst Zinsen stattgegeben. Das Berufungsgericht [LG Frankfurt am Main] hat auf die Berufung der Beklagten das amtsgerichtliche Urteil abgeändert und die Verurteilung der Beklagten – unter Klageabweisung im Übrigen – auf 3339,03 € nebst Zinsen ermäßigt; die weitergehende Berufung der Beklagten hat es ebenso zurückgewiesen wie die Anschlussberufung der Klägerin, mit der diese eine weitere Verurteilung der Beklagten in Höhe von 190,38 € nebst Zinsen sowie Zahlung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 827,28 € nebst Zinsen erstrebte. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision wollen die Beklagten die vollständige Abweisung der Klage erreichen. Die Klägerin verfolgt mit der Anschlussrevision ihr Klagebegehren weiter, soweit das Berufungsgericht zu ihrem Nachteil erkannt hat.

5 Aus den Gründen: Die Revision und die Anschlussrevision haben im zugelassenen Umfang Erfolg; im Übrigen sind beide Rechtsmittel unzulässig.

6 A. Das Berufungsgericht hat – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – im Wesentlichen ausgeführt:

7 Die den Beklagten erteilten Heizkostenabrechnungen für die Jahre 2007 und 2008 beruhen auf dem sogenannten Abflussprinzip, da ihnen keine auf den jeweiligen Abrechnungszeitraum der Betriebskosten (Kalenderjahr) bezogenen tatsächlichen Verbrauchskosten zugrunde gelegen hätten, sondern die von dem Vermieter an den Versorger im jeweiligen – vom Ka-

lenderjahr abweichenden – Heizzeitraum bezahlten Gasversorgungskosten. Zwar habe der Bundesgerichtshof entschieden, dass grundsätzlich auch verbrauchsabhängige Betriebskosten nach dem Abflussprinzip abgerechnet werden dürften (Urteil vom 20. Februar 2008 – VIII ZR 27/07 [= WuM 2008, 285]); dabei habe der Bundesgerichtshof jedoch die Frage offen gelassen, ob dies auch für Kosten gelte, die nach den Vorschriften der Heizkostenverordnung abzurechnen seien (Urteil vom 30. April 2008 – VIII ZR 240/07 [= WuM 2008, 404]).

8 Nach Auffassung der Kammer sei eine Abrechnung nach dem Abflussprinzip auch bei den der Heizkostenverordnung unterfallenden Kosten nicht grundsätzlich unwirksam, denn die beim Vermieter abgeflossenen Gelder stellten durchaus einen gewissen, wenn auch nicht zeitgenauen Anhaltspunkt für den tatsächlichen Verbrauch der Mieter dar. Auch orientierten sich die den Mietern in Rechnung gestellten Kosten an deren Verbrauch im jeweiligen Vorjahr, so dass den Beklagten im Streitfall ihr eigenes Verbrauchsverhalten indirekt zugute komme. Da eine derartige Abrechnung jedoch nicht auf der vom Gesetzgeber geforderten wirklichen Verbrauchserfassung beruhe und ein Ausnahmetatbestand der Heizkostenverordnung nicht vorliege, müsse sich die Klägerin – auf der Grundlage der vom Amtsgericht zutreffend ermittelten, von der Berechnung der Klägerin abweichenden Ausgangswerte von 2283,83 € (2007) und 3361,15 € (2008) – gemäß § 12 HeizkostenV Abzüge von jeweils 15% (= 342,57 € für das Jahr 2007 und 504,17 € für das Jahr 2008) der jeweils gegenüber den Beklagten abgerechneten Beträge gefallen lassen.

9 B. I. Die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin sind nur insoweit zulässig, als sie sich gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts über die in den Betriebskostenabrechnungen aufgeführten Heizkosten nebst den für das Zahlungsbegehren insoweit angefallenen vorgerichtlichen Anwaltskosten richten. Denn das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision hierauf beschränkt. Das kommt zwar nicht im Tenor des Berufungsurteils, wohl aber – was ausreichend (Senatsurteil vom 12. Mai 2010 – VIII ZR 96/09, NJW 2010, 3015 [= WuM 2010, 484] Rn. 18 mwN) – in den Entscheidungsgründen mit der erforderlichen Eindeutigkeit zum Ausdruck. Das Berufungsgericht hat die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, ob Heizkosten ebenso wie Wasserkosten nach dem so genannten Abflussprinzip abgerechnet werden können und welche Auswirkungen das auf ihre Geltendmachung hat. Diese Frage ist allein für die zwischen den Parteien umstrittenen Heizkosten und den hierauf entfallenden Anteil der vorgegerichtlichen Anwaltskosten von Bedeutung. Die Beschränkung der Revisionszulassung auf diesen Teil des Streitstoffs ist auch wirksam, weil es sich bei dem Anspruch auf Heizkostenerstattung um abtrennbare Teile des Streitgegenstands handelt, auf die die Rechtsmittel wirksam hätten beschränkt werden können (Senatsurteil vom 12. Mai 2010 – VIII ZR 96/09, aaO Rn. 21 mwN).

10 II. Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält rechtlicher Nachprüfung im Umfang der Zulassung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sind die von der Klägerin den Beklagten formell ordnungsgemäß erteilten Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2007 und 2008 hinsichtlich der dort ausgewiesenen Heizkosten inhaltlich unrichtig, da die abgerechneten Heizkosten entgegen § 7 Abs. 2 HeizkostenV nicht auf der Grundlage der Kosten des im jeweiligen Abrechnungszeitraums verbrauchten Brennstoffs, sondern nach den im betreffenden Kalenderjahr von der Klägerin an den Gasversorger geleisteten Zahlungen ermittelt wurden. Eine Kürzung der Heizkosten gemäß § 12 Abs. 1 HeizkostenV ist nicht geeignet, diesen inhaltlichen Abrechnungsmangel auszugleichen.

11 1. Allerdings hat der Senat entschieden, dass der Vermieter grundsätzlich auch verbrauchsabhängige „kalte“ Betriebskosten nach dem Abflussprinzip (= Umlage der Kosten, mit denen der Vermieter selbst im Abrechnungszeitraum belastet wird) abrechnen darf, weil ihn die §§ 556 ff. BGB nicht auf die Abrechnung nach dem Leistungsprinzip (= Umlage der Kosten, die

für den jeweiligen Abrechnungszeitraum tatsächlich angefallen sind) festlegen (Senatsurteile vom 20. Februar 2008 – VIII ZR 27/07, NJW 2008, 1801 [= WuM 2008, 285] Rn. 15 ff.; VIII ZR 49/07, NJW 2008, 1300 [= WuM 2008, 223] Rn. 18 ff.). In einer späteren Entscheidung, die eine gegenüber dem abgerechneten Kalenderjahr lediglich zeitlich verschobene, aber dennoch nach dem tatsächlichen Verbrauch im Abrechnungszeitraum ermittelte Heizkostenabrechnung zum Gegenstand hatte, hat der Senat offen gelassen, ob auch Heizkosten nach dem Abflussprinzip abgerechnet werden dürfen (Senatsurteil vom 30. April 2008 – VIII ZR 240/07, NJW 2008, 2328 [= WuM 2008, 404 Rn. 16]). Dies ist zu verneinen.

12 Im Gegensatz zu den verbrauchsabhängigen „kalten“ Betriebskosten gibt es hinsichtlich der Heizkosten eine gesetzliche Regelung, die den Vermieter verpflichtet, diese Kosten nach dem im Abrechnungszeitraum verbrauchten Brennstoff abzurechnen. Gemäß § 7 Abs. 2 HeizkostenV sind Kosten des Betriebs der zentralen Heizungsanlage einschließlich der Abgasanlage insbesondere „die Kosten der verbrauchten Brennstoffe“. Dieser Regelung ist zu entnehmen, dass nur die Kosten des im Abrechnungszeitraum tatsächlich verbrauchten Brennstoffs abgerechnet werden können. Dem wird eine Abrechnung nach dem Abflussprinzip nicht gerecht (Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 10. Aufl., § 6 HeizkostenV, Rn. 21; Sternel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. V 326; aA Schmid, DWW 2008, 162, 163).

13 2. Da die Klägerin die in die Betriebskostenabrechnungen für die Kalenderjahre 2007 und 2008 eingestellten Heizkosten entgegen § 7 Abs. 2 HeizkostenV nicht nach dem tatsächlichen Gasverbrauch im jeweiligen Abrechnungszeitraum, sondern auf der Grundlage der im jeweiligen Kalenderjahr an den Energieversorger geleisteten Zahlungen errechnet hat, sind diese Abrechnungen insoweit inhaltlich unrichtig. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann dieser inhaltliche Mangel der Abrechnungen nicht durch eine Kürzung der geltend gemachten Heizkostenforderungen nach § 12 Abs. 1 HeizkostenV ausgeglichen werden. Denn die Vorschrift setzt voraus, dass die Kosten der im Abrechnungszeitraum verbrauchten Brennstoffe ermittelt und umgelegt werden. Daran fehlt es – wie dargelegt – im Streitfall.

14 3. Da die Betriebskostenabrechnungen der Klägerin für die Jahre 2007 und 2008 nach allem inhaltlich fehlerhaft sind, kann die Klägerin gegen die Beklagten derzeit keine Nachzahlungsansprüche geltend machen, da nach Abzug der für die Heizkosten angesetzten Beträge jeweils kein Saldo zugunsten der Klägerin besteht. Dies schließt auf den Saldo der bisherigen Abrechnungen begrenzte Nachzahlungsansprüche der Klägerin nicht aus, falls es ihr gelingt, für die genannten Abrechnungsjahre – gegebenenfalls aufgrund einer sachgerechten Schätzung – nachträglich eine Abrechnung nach dem Leistungsprinzip vorzulegen, da die den Beklagten jeweils innerhalb der Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB mitgeteilten Betriebskostenabrechnungen den formellen Anforderungen an ihre Prüffähigkeit genügen (Senatsurteile vom 17. November 2004 – VIII ZR 115/04, NJW 2005, 219 [= WuM 2005, 61] unter II 2; vom 12. Dezember 2007 – VIII ZR 190/06, NJW 2008, 1150 [= WuM 2008, 150] Rn. 13 f.).

15 III. Nach alledem kann das Berufungsurteil im Umfang der Zulassung der Revisionen keinen Bestand haben, es ist insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Dort wird die Klägerin Gelegenheit haben, zu einer Abrechnung nach dem Leistungsprinzip vorzutragen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2012, 61 (in diesem Heft).

**§ 556 BGB; § 14 MHG; §§ 543, 552a ZPO
Wohnraummiete; Betriebskostenabrechnung;
Einwendungsausschluss des Mieters;
Umlagevereinbarung im Beitrittsgebiet**

Der Einwendungsausschluss des Mieters nach Ablauf der Jahresfrist nach Zugang der Betriebskostenabrechnung gilt auch für den Einwand, dass zwischen den Mietvertragsparteien keine Umlagevereinbarung zu den Betriebskosten getroffen wurde.

Im Beitrittsgebiet bestand für Altmietverträge i. S. d. § 14 MHG bis 31. Dezember 1997 die Möglichkeit der zukünftigen Umlage von Betriebskosten aufgrund einseitiger, vertragsändernder Erklärung des Vermieters.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 31. 1. 2012 – VIII ZR 335/10)

1 **Aus den Gründen:** 1. Ein Grund für die Zulassung der Revision liegt nicht vor (§ 552a Satz 1, § 543 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Das Berufungsgericht [LG Berlin] hat die Revision gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Nr. 2 ZPO zur Fortbildung des Rechts zugelassen, und weil es der Frage grundsätzliche Bedeutung beigemessen hat, ob der Einwendungsausschluss gemäß § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB auch für den Einwand des Mieters gelte, dass zwischen den Mietvertragsparteien keine Umlagevereinbarung zu den Betriebskosten getroffen wurde. Eine Zulassung der Revision ist jedoch weder wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) noch zur Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO) oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) erforderlich.

2 Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass die Abrechnung von Betriebskosten, für die es an einer Umlagevereinbarung fehlt oder für die eine Pauschale vereinbart ist, nicht zur Unwirksamkeit der Betriebskostenabrechnung aus formellen Gründen führt und der Mieter dem Vermieter innerhalb von zwölf Monaten seit Erhalt einer Betriebskostenabrechnung mitteilen muss, dass (einzelne) Betriebskosten nicht abzurechnen sind (Senatsurteile vom 18. Mai 2011 – VIII ZR 240/10, NJW 2011, 2786 [= WuM 2011, 420] Rn. 12 f.; vom 12. Januar 2011 – VIII ZR 148/10, NJW 2011, 842 [= WuM 2011, 158] Rn. 15; vom 5. März 2008 – VIII ZR 80/07, NJW 2008, 1521 [= WuM 2008, 283] Rn. 11; vom 10. Oktober 2007 – VIII ZR 279/06, NJW 2008, 283 [= WuM 2007, 694] Rn. 24 f.). Rechnet der Vermieter Betriebskosten ab, obwohl es an einer Umlagevereinbarung fehlt, stellt dies nach der Rechtsprechung des Senats (nur) einen inhaltlichen Fehler dar (Senatsurteile vom 18. Mai 2011 – VIII ZR 240/10, aaO Rn. 12; vom 10. Oktober 2007 – VIII ZR 279/06, aaO). Dabei ist es unerheblich, ob lediglich für einzelne Betriebskostenarten oder für die Betriebskosten insgesamt keine Umlagevereinbarung zwischen den Mietvertragsparteien getroffen worden ist. In beiden Fällen kann der Mieter anhand des Mietvertrags überprüfen, ob die ihm in Rechnung gestellten Betriebskosten nach den vertraglichen Vereinbarungen abrechenbar sind; dass er dazu den Mietvertrag zur Hand nehmen muss, hat mit der Nachvollziehbarkeit der Abrechnung nichts zu tun (Senatsurteil vom 18. Mai 2011 – VIII ZR 240/10, aaO Rn. 13).

3 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsurteil hält rechtlicher Überprüfung stand.

4 Das Berufungsgericht hat zu Recht den erst im Prozess erhobenen Einwand des Beklagten, eine Umlage der Betriebskosten sei nicht vereinbart, in Anwendung der vorstehend zitierten Rechtsprechung des Senats als nach § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB präkludiert und den innerhalb der Jahresfrist allein geltend gemachten Einwand, die Abrechnungen seien nicht nachvollziehbar, mangels Konkretisierung als unbeachtlich angesehen. Nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte vorprozessual konkrete Einwendungen gegen einzelne Abrechnungspositionen nicht

geltend gemacht. Die vom Beklagten im Prozess vorgebrachten Beanstandungen, auf die die Revision verweist, sind erst nach Ablauf der Jahresfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB vorgebracht worden und daher ausgeschlossen. Der Klägerin steht gegen den Beklagten hinsichtlich der geltend gemachten Betriebskostenabrechnungen daher für die Jahre 2006 und 2007 eine Betriebskostennachzahlung in Höhe von insgesamt 86,69 € zu.

5 Auf der Grundlage der sich aus den vorgenannten Betriebskostenabrechnungen ergebenden Nachforderungen hat das Berufungsgericht der Klägerin im Ergebnis zu Recht auch einen Anspruch auf Zahlung erhöhter Vorschüsse (§ 560 Abs. 4 BGB) für das Jahr 2009 zugesprochen. Dem Anspruch der Klägerin auf Zahlung (erhöhter) Betriebskostenvorschüsse steht auch nicht entgegen, dass der im Jahr 1985 zwischen dem Beklagten und der Rechtsvorgängerin der Klägerin geschlossene Mietvertrag keine Vereinbarung über die Umlage von Betriebskosten enthielt. Denn für den Vermieter bestand nach § 14 MHG bis 31. Dezember 1997 die Möglichkeit, Betriebskosten im Sinne von § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung durch einseitige Erklärung für die Zukunft auf den Mieter umzulegen; eine derartige Erklärung liegt bereits in der Abrechnung von Betriebskosten und Erhebung von Vorauszahlungen (zur vergleichbaren Situation im preisgebundenen Wohnraum vgl. Senatsurteile vom 16. März 2011 – VIII ZR 121/10, WuM 2011, 280 Rn. 11; vom 14. April 2010 – VIII ZR 120/09, NJW 2010, 1744 [= WuM 2010, 364] Rn. 14, und Senatsbeschluss vom 23. Februar 2010 – VIII ZR 199/10, WuM 2010, 294 Rn. 5). Da die Klägerin nach den – von der Revision nicht angegriffenen – Feststellungen des Berufungsgerichts seit dem Erwerb der Wohnung des Beklagten im Jahr 1994 Betriebskosten abgerechnet hat, liegt eine solche einseitige Umlageerklärung vor und ist der Beklagte zur Zahlung von Betriebskosten verpflichtet.

6 3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses.

Hinw. d. Gerichts: Das Revisionsverfahren ist durch Revisionsrücknahme erledigt worden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 556, 670 BGB; §§ 56, 152 ZVG
Zwangsverwaltung; Unterdeckung bis zum Zuschlag
verauslagter Betriebskosten;
Aufwendungsersatz-Verlangen des Zwangsverwalters
gegen den Ersteher; Mietwohngebäude

Der Zwangsverwalter kann die im laufenden Abrechnungszeitraum bis zum Zuschlag verauslagten, nicht durch Mietervorauszahlungen abgedeckten Betriebskosten von dem Ersteher nicht als Aufwendungsersatz analog § 670 BGB beanspruchen.

(BGH, Beschluss vom 17. 11. 2011 – V ZB 34/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beteiligte zu 1 wurde auf Antrag der Beklagten zu 3 (Gläubigerin) im September 2008 zum Zwangsverwalter des mit einem Mietwohnhaus bebauten Grundstücks bestellt, das damals dem Beteiligten zu 4 (Schuldner) gehörte und das durch Zuschlagsbeschluss des Amtsgerichts vom 30. Juni 2009 von dem Beteiligten zu 2 (Ersteher) erworben wurde.

2 Nach Aufhebung der Zwangsverwaltung Ende Juli 2009 erstellte der Beteiligte zu 1 im September 2009 seine Schlussrechnung und die Abrechnung gegenüber dem Beteiligten zu 2. In dieser wies der Beteiligte zu 1 die nach dem Zuschlag vereinnahmten Mieten sowie die vom 1. Januar 2009 bis zur Beendigung der Zwangsverwaltung verauslagten Betriebskosten unter Abzug der Vorauszahlungen der Mieter aus. Die sich bei den Betriebskosten ergebende Unterdeckung verrechnete er mit den nach dem Zuschlag vereinnahmten Mieten, wodurch sich ein negativer Saldo von 4765,76 € ergab, dessen Ausgleich er von dem Beteiligten zu 2 verlangte.

3 Der Beteiligte zu 2 hat gegen die Abrechnung Erinnerung eingelegt, die das Amtsgericht Hamburg-Wandsbek zurückgewiesen hat. Auf die sofortige Beschwerde hat das Landgericht Hamburg die Entscheidung des Amtsgerichts aufgehoben und dieses angewiesen, entsprechend seiner Rechtsauffassung über die „Anerkennung“ der Abrechnung neu zu entscheiden. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde erstrebt der Beteiligte zu 1 die Aufhebung der Beschwerdeentscheidung und die Zurückweisung der Beschwerde des Beteiligten zu 2.

4 **Aus den Gründen:** II. Das Beschwerdegericht meint, dass ein Zwangsverwalter eine bis zum Zuschlag entstandene Betriebskostenunterdeckung nicht mit den an den Ersteher auszukehrenden Mieteinnahmen verrechnen dürfe, da der Ersteher nach § 56 Satz 2 ZVG die Lasten des Grundstücks aus der Zeit vor dem Zuschlag nicht zu tragen habe.

5 Der Ersteher sei zum Ausgleich einer Betriebskostenunterdeckung auch nicht nach § 670 BGB analog verpflichtet. Zwar entstehe nach dem Zuschlag zwischen dem Zwangsverwalter und dem Ersteher eine Sonderrechtsbeziehung mit treuhänderischem Charakter, aus der der Ersteher nach § 667 BGB von dem Zwangsverwalter die Herausgabe eines Überschusses aus der Verrechnung der Mietervorauszahlungen mit den verauslagten Betriebskosten verlangen könne. Hier fehle es aber an einer vergleichbaren Rechtsstellung des Zwangsverwalters. Aus dessen Verpflichtung zur Herausgabe eines Überschusses lasse sich nicht der Umkehrschluss ziehen, dass der Ersteher dem Verwalter eine Unterdeckung ersetzen müsse. Dem stehe bereits entgegen, dass der Ersteher andernfalls für den Zeitraum vor dem Zuschlag, in dem ihm die Nutzungen durch die Mieteinnahmen nicht zugestanden hätten, das Risiko der Uneinbringlichkeit der von dem Zwangsverwalter verauslagten Betriebskosten tragen müsste.

6 III. 1. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig.

7 Das Rechtsmittel ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO) und form- und fristgerecht (§ 575 ZPO) eingelegt worden.

8 Der Beteiligte zu 1 ist beschwerdeberechtigt. Gegen die seine Abrechnung betreffenden Aufsichtsmaßnahmen des Vollstreckungsgerichts ist eine Beschwerdebefugnis des Zwangsverwalters anzuerkennen (vgl. Jaeckel/Güthe, ZVG, 6. Aufl., § 154 Rn. 6). Der Zwangsverwalter, der nach § 1 Abs. 1 Satz 2 ZwVwV an die Weisungen des Gerichts gebunden ist, wäre in seinen Rechten verletzt, wenn er eine der Rechtslage nicht entsprechende Abrechnung erstellen und darin nicht begründete Ansprüche gegen ihn (hier des Beteiligten zu 2 auf Auszahlung eines Guthabens) ausweisen müsste.

9 2. Die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 1 ist unbegründet.

10 a) Das Beschwerdegericht hat zu Recht über die materiell-rechtliche Frage entschieden, ob dem Beteiligten zu 1 der Anspruch zusteht, mit dem er in seiner Abrechnung gegenüber dem Beteiligten zu 2 abgerechnet hat.

11 Dem steht nicht entgegen, dass in einem Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO materiell-rechtliche Einwendungen grundsätzlich ausgeschlossen sind (vgl. BGH, Beschluss vom 13. August 2009 – I ZB 91/08, NJW-RR 2010, 281 [= GuT 2009, 324]) und das Vollstreckungsgericht in einer Auseinandersetzung der Beteiligten über die materiell-rechtliche Richtigkeit der Abrechnung des Zwangsverwalters nur zur Vermittlung (vgl. Engels in Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl., § 154 Rn. 44; Schmidberger, ZfIR 2008, 517, 523; Traub, ZfIR 2010, 431; Stöber, ZVG, 19. Aufl., § 154 Anm. 4. 5), aber nicht zur Streitentscheidung befugt ist.

12 Die Befugnis des Vollstreckungsgerichts, bei der Abnahme der Schlussrechnung des Zwangsverwalters in engen Grenzen auch über materiellrechtliche Fragen zu entscheiden, ergibt sich daraus, dass das Vollstreckungsgericht den Zwangsverwalter mit den erforderlichen Anweisungen zu versehen und dessen Geschäftsführung zu beaufsichtigen hat (§ 153 Abs. 1 ZVG). Das Vollstreckungsgericht ist danach berechtigt, die Abrechnung des Zwangsverwalters zu beanstanden und gegen ihn

im Aufsichtsweg einzuschreiten (vgl. Engels in Dasser/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl., § 154 Rn. 40; Haarmeyer/Wutzke/Förster/Hintzen, Zwangsverwaltung, 5. Aufl., § 154 ZVG Rn. 4; Löhnig/Blümle, ZVG, § 154 Rn. 25; Stöber, ZVG, 19. Aufl., § 154 Anm. 4. 5; ders., ZVG-Handbuch, 9. Aufl., Rn. 616). Anlass dazu besteht dann, wenn die Abrechnung nicht den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht. Dies ist grundsätzlich nur bei Unvollständigkeit oder rechnerischer Unrichtigkeit, ausnahmsweise aber auch bei materieller Unrichtigkeit der Abrechnung der Fall, nämlich dann, wenn die Unrichtigkeit offensichtlich ist.

13 b) Die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist danach rechtsfehlerfrei, weil die Schlussrechnung des Beteiligten zu 1 nicht den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht. Ein Zwangsverwalter ist nicht berechtigt, einen nach dem Zuschlag bis zur Aufhebung der Zwangsverwaltung entstandenen, dem Ersteher gebührenden Einnahmeüberschuss (vgl. Depre/Mayer, Praxis der Zwangsvollstreckung, 10. Aufl., Rn. 411) mit einer im laufenden Abrechnungsjahr bis zum Zuschlag entstandenen Unterdeckung aus verauslagten Betriebskosten und vereinnahmten Mietervorauszahlungen (§ 556 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 BGB) zu verrechnen. Dem Zwangsverwalter, der die Rechte des Vollstreckungsschuldners für Rechnung des das Verfahren betreibenden Gläubigers ausübt (vgl. BGH, Urteil vom 5. Februar 2009 – IX ZR 21/07, BGHZ 179, 336, 339 [= WuM 2009, 194 = GuT 2009, 133 KL] Tz. 11), steht ein aufrechenbarer Anspruch gegen den Ersteher wegen der bis zum Zuschlag verauslagten Betriebskosten nicht zu. Es fehlt an einer Anspruchsgrundlage.

14 aa) Der Zwangsverwalter kann die im laufenden Abrechnungszeitraum bis zum Zuschlag verauslagten, nicht durch Mietervorauszahlungen abgedeckten Betriebskosten – entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde – von dem Ersteher nicht als Aufwendungsersatz analog § 670 BGB beanspruchen.

15 (1) Ein Anspruch auf Aufwendungsersatz ergibt sich nicht aus dem Umstand, dass der Ersteher, der gemäß § 57 ZVG, § 566 Abs. 1 BGB in die bestehenden Mietverhältnisse eintritt, in den von ihm nach § 556 Abs. 3 BGB gegenüber den Mietern zu erstellenden Jahresabrechnungen auch die vor dem Zuschlag vom Zwangsverwalter verauslagten Betriebskosten aufzunehmen hat, woraus eine Nachforderung gegen die Mieter begründet werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1990 – VIII ARZ 5/90, BGHZ 113, 188, 194 [= RE WuM 1991, 150]). Daraus lässt sich nicht im „Gegenzug“ zu der Verpflichtung des Zwangsverwalters, einen Überschuss zwischen den Mietervorauszahlungen und den Auslagen nach § 667 BGB an den Ersteher herauszugeben (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 – IX ZR 156/06, WPM 2007, 2387 = Rpfleger 2008, 89 [= GuT 2007, 445]), in den Fällen einer Unterdeckung ein Aufwendungsersatzanspruch des Zwangsverwalters gegen den Ersteher nach § 670 BGB begründen (so jedoch Engels, Rpfleger 2008, 91, 92; ders. in Dasser/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl., § 153 Rn. 61; wohl auch Löhnig/Blümle, ZVG, § 161 Rn. 38).

16 Der Anspruch auf Herausgabe eines Überschusses beruht darauf, dass die Vorauszahlungen des Mieters auf die Betriebskosten zweckgebundene Zahlungen sind. Der an die mietvertraglichen Bestimmungen gebundene Zwangsverwalter (§ 152 Abs. 2 ZVG) hat deshalb den seine Aufwendungen überschießenden Betrag für eine Rückzahlung bereitzuhalten. Auch der Ersteher muss sich im Verhältnis zu den Mietern deren Vorauszahlungen an den Zwangsverwalter entgegenhalten lassen. Er kann Überschüsse, die der Zwangsverwalter nicht zur Befriedigung des Gläubigers verwenden darf (Ganter, ZfIR 2008, 389, 394; aA Keller, ZfIR 2008, 349, 352 und NZI 2009, 745, 747), sondern – über den Zeitpunkt des Zuschlags hinaus – für eine Rückzahlung an die Mieter bereithalten muss, von dem Zwangsverwalter nach § 667 BGB herausverlangen, weil mit dem Zuschlag zwischen Ersteher und Zwangsverwalter eine Sonderrechtsbeziehung mit treuhänderischem Charakter entsteht.

17 (2) Eine (analoge) Anwendung des § 670 BGB auf Fehlbeträge scheidet daran, dass die Ausgaben des Zwangsverwalters bis zum Zuschlag in Ausführung seines für Rechnung des Vollstreckungsgläubigers und des Schuldners ausgeübten Amtes, und nicht aus der nachfolgenden Tätigkeit für den Ersteher entstanden sind. Die Pflicht zum Aufwendungsersatz nach § 670 BGB beruht jedoch auf dem allgemeinen Grundsatz, dass die Kosten für die Ausführung eines Geschäfts oder bestimmter Handlungen von demjenigen zu tragen sind, in dessen Interesse das Geschäft oder die Handlungen vorgenommen worden sind (BGH, Urteil vom 30. Mai 1960 – II ZR 113/58, NJW 1960, 1568, 1569). Daran fehlt es bei den bis zum Zuschlag entstandenen Aufwendungen für Betriebskosten. Diese Ausgaben des Zwangsverwalters beruhen darauf, dass er in Ausübung seiner Pflicht zur ordnungsgemäßen Benutzung des Grundstücks (§ 152 Abs. 1 ZVG) Verpflichtungen aus den Mietverträgen (§ 152 Abs. 2 ZVG) erfüllt hat. Zu diesen gehört die Bezahlung fälliger Betriebskosten ebenso wie die während der Zwangsverwaltung durchzuführende – in der Regel jährliche – Abrechnung mit den Mietern (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2003 – VIII ZR 333/02, NJW 2003, 2320, 2321 [= WuM 2003, 390 = GuT 2003, 147 KL]). Die Aufwendungen des Zwangsverwalters sind daher nicht in Ausführung eines im Interesse des Erstehers geführten Geschäfts entstanden.

18 bb) Ob ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB (Nichtleistungskondiktion) wegen solcher Aufwendungen gegen den Ersteher begründet ist, weil auch die Ausgaben vor dem Zuschlag in die Jahresabrechnung mit den Mietern nach § 556 Abs. 3 BGB einzustellen sind, bedarf hier keiner Entscheidung.

19 (1) Der Zwangsverwalter kann einen solchen Anspruch nicht geltend machen, weil er dazu nach der Aufhebung der Zwangsverwaltung nicht mehr berechtigt ist. Zwar ist er grundsätzlich befugt, auch andere als die nach §§ 148 Abs. 1 Satz 1, 20, 21 Abs. 2 ZVG, § 1123 BGB beschlagnahmten Miet- und Pachtzinsforderungen geltend zu machen, wenn dadurch eine Schmälerung der nach § 155 ZVG zu verteilenden Masse abgewendet werden kann (BGH, Urteil vom 2. November 1989 – IX ZR 197/88, BGHZ 109, 171, 173 f.). Zu diesen Ansprüchen, zu deren Einziehung er ebenfalls befugt ist, gehören auch Forderungen gegen den Ersteher (vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2009 – IX ZR 89/08, Rpfleger 2009, 635, 636 [= GuT 2009, 185]). Die Befugnis des Zwangsverwalters zur Geltendmachung der nicht der Beschlagnahme unterliegenden Ansprüche erlischt jedoch mit der – hier auf Grund der Rechtskraft des Zuschlags – erfolgten Aufhebung der Zwangsverwaltung (BGH, Urteil vom 19. Mai 2009 – IX ZR 89/08, Rpfleger 2009, 635, 636 [= GuT aaO]; Ganter, ZfIR 2011, 229, 230).

20 (2) Der Zwangsverwalter kann auch mangels Fälligkeit eines etwaigen Bereicherungsanspruchs nach § 812 BGB nicht gegen einen Anspruch des Erstehers nach § 667 BGB auf Auskehrung der nach dem Zuschlag vereinnahmten Mieten aufrechnen (§ 387 BGB). Grundlage eines Bereicherungsanspruchs gegen den Ersteher, der die vor dem Zuschlag fälligen Lasten nach den in § 56 Satz 2 ZVG, § 103 BGB bestimmten Grundsätzen nicht tragen muss, sind die Regelungen in den Mietverträ-

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.

gen, die es ihm ermöglichen, Nachforderungen gegen die Mieter auch wegen der Zahlungen für Betriebskosten zu erheben, die der Zwangsverwalter vor dem Zuschlag geleistet hat. Die Nachzahlungsansprüche gegen die Mieter werden jedoch erst mit der Vorlage der am Ende des Abrechnungszeitraums zu erstellenden Betriebskostenabrechnung fällig (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1990 – VIII ARZ 5/90, BGHZ 113, 188, 194 [= RE WuM 1991, 150]). Eine etwa von dem Ersterher herauszugebende Bereicherung aufgrund der Aufwendungen des Zwangsverwalters vor dem Zuschlag tritt daher frühestens in diesem Zeitpunkt ein. Andernfalls wäre der Bereicherungsgläubiger wegen seiner Aufwendungen für Betriebskosten besser gestellt, als wenn er noch selbst mit den Mietern abrechnen könnte.

21 3. Die Beschwerde ist allerdings mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass das Vollstreckungsgericht in der ihm von dem Beschwerdegericht gemäß § 572 Abs. 3 ZPO übertragenen Entscheidung nicht über die Anerkennung, sondern allein über die Ordnungsmäßigkeit der Abrechnung des Zwangsverwalters neu zu entscheiden hat. Das Gesetz kennt nämlich kein Rechnungsabnahmeverfahren in dem Sinne, dass die Rechnung des Zwangsverwalters von den Beteiligten als anerkannt gilt, soweit sie nicht von dem Vollstreckungsgericht beanstandet wird (Jaekel/Güthe, ZVG, 6. Aufl., § 154 Rn. 6). Das Vollstreckungsgericht kann deshalb nicht die Abrechnung des Zwangsverwalters anerkennen und diesen dadurch entlasten oder ihm die Entlastung versagen. Insoweit sind die Beteiligten auf den Prozessweg zu verweisen (Engels in Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl., § 154 Rn. 44; Schmidberger, ZfIR 2008, 517, 522; Traub, ZfIR 2010, 431, 432), den die Beteiligten zu 3 im Übrigen schon beschritten hat.

22 IV. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Auseinandersetzungen zwischen den Beteiligten, ob das Vollstreckungsgericht im Aufsichtsweg – hier gegen die Schlussrechnung des Zwangsverwalters – einschreiten muss, sind nicht kontradiktorisch ausgestaltet, was einer Anwendung der §§ 91 ff. ZPO entgegensteht (vgl. Senat, Beschluss vom 20. November 2008 – V ZB 81/08, WPM 2009, 414, 416 [= WuM 2009, 192 = GuT 2009, 45 KL] Tz. 13). Die Kostenaussprüche der Vorinstanzen sind daher aufzuheben (Senat, Beschluss vom 23. September 2009 – V ZB 73/09, Tz. 5, juris).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 557a, 556 BGB

**Staffelmietvertrag; Geldbetragsstaffeln;
prozentuale Mieterhöhungen; Betriebskostenabrechnung
ohne Ansatz von Vorauszahlungen**

a) Eine Staffelmietvereinbarung, in der die jeweilige Miete oder die jeweilige Erhöhung für die ersten zehn Jahre in einem Geldbetrag und erst für die nachfolgenden Jahre in einem Prozentsatz ausgewiesen ist, ist gemäß § 139 BGB nicht insgesamt unwirksam, sondern für die ersten zehn Jahre wirksam.

b) Zur Wirksamkeit einer Betriebskostenabrechnung, in der keine Vorauszahlungen des Mieters in Ansatz gebracht worden sind.

(BGH, Urteil vom 15. 2. 2012 – VIII ZR 197/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten waren Mieter einer Wohnung des Klägers in Berlin. Die Parteien streiten, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, über Zahlungsansprüche des Klägers aus der im Mietvertrag getroffenen Staffelmietvereinbarung und aus den Heizkostenabrechnungen für die Jahre 2006/2007 und 2007/2008.

2 Der Mietvertrag vom 17. Juli 2002 enthält in § 3 folgende Vereinbarung:

„Es wird eine Staffelmiete vereinbart, die Miete staffelt sich jährlich um 3%, siehe Rückseite der Hausordnung.“

3 Auf der von den Parteien am selben Tag unterzeichneten Rückseite der Hausordnung heißt es:

„Die Miete staffelt sich wie folgt:

Ab 1. 9. 2003 863,14
ab 1. 9. 2004 889,04
ab 1. 9. 2005 915,72
ab 1. 9. 2006 943,20
ab 1. 9. 2007 971,50
ab 1. 9. 2008 1.000,65
ab 1. 9. 2009 1.030,67
ab 1. 9. 2010 1.061,59
ab 1. 9. 2011 1.093,44
ab 1. 9. 2012 1.126,25

Bei Weiterbestehen des Mietverhältnisses nach dem 31. 8. 2013 staffelt sich die Miete weiterhin jährlich um 3%.“

4 In den Heizkostenabrechnungen für die Abrechnungszeiträume 2006/2007 und 2007/2008 sind jeweils die auf die Nutzereinheit der Beklagten entfallenden Heizkosten berechnet. Vorauszahlungen der Beklagten auf diese Kosten sind in den Abrechnungen nicht in Ansatz gebracht.

5 Mit seiner Klage macht der Kläger unter anderem rückständige Mieten aus der Staffelmietvereinbarung sowie die der Höhe nach unstrittigen Heizkosten aus den vorgenannten Abrechnungen abzüglich einer Mietminderung von 5% geltend. Er hat die Beklagten – unter Einbeziehung weiterer Ansprüche – auf Zahlung von insgesamt 8475,85 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Das Amtsgericht Schöneberg hat die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 1548,83 € nebst Zinsen sowie weitere 150,84 € Zug um Zug gegen Abrechnung der Kautionszahlung zu zahlen; die weitergehende Klage hat es abgewiesen.

6 Auf die Berufung des Klägers hat das Landgericht Berlin [GE 2011, 952] – unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen – das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an den Kläger 5651,17 € nebst Zinsen sowie weitere 150,84 € Zug um Zug gegen Abrechnung der Kautionszahlung zu zahlen. Mit der vom Berufungsgericht insoweit zugelassenen Revision erstreben die Beklagten die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

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

8 I. Das Berufungsgericht hat, soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

9 Das Amtsgericht habe die Staffelmietvereinbarung der Parteien zu Unrecht für insgesamt unwirksam gehalten. Auch wenn sich diese Vereinbarung auf der Rückseite der Hausordnung befinde, sei die Schriftform gewahrt, weil die Parteien diese gesondert unterzeichnet hätten. Dass die Staffelmietvereinbarung jedenfalls ab dem 31. August 2013 wegen Verstoßes gegen § 557a Abs. 1 Halbsatz 2 BGB unwirksam sei, da die Erhöhungsschritte nur noch in einem Prozentbetrag angegeben würden, werde auch von dem Kläger nicht in Abrede gestellt. Diese Unwirksamkeit führe jedoch gemäß § 139 BGB nicht zu einer Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung, da die Vereinbarung teilbar sei und angenommen werden könne, dass die Parteien die in Geldbeträgen ausgewiesene Staffelmiete für die ersten zehn Jahre auch ohne die Fortsetzung ab dem elften Jahr vereinbart hätten. Dem stehe die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der ein in einem Staffelmietvertrag formularmäßig vereinbarter Kündigungsverzicht, der den in § 557a Abs. 3 BGB genannten Zeitraum von vier Jahren überschreite, insgesamt unwirksam sei, nicht entgegen. Der vorliegende Fall liege anders. Die Vereinbarung einer Staffelmiete unterliege – auch wenn die Vereinbarung formularvertraglich erfolgt sein sollte – gemäß § 307 Abs. 3 BGB nicht der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, weil sie die Höhe der zu zahlenden Miete unmittelbar festlege.

10 Die Berufung habe ebenfalls Erfolg, soweit der Kläger die Nachzahlungsbeträge aus den beiden Heizkostenabrechnungen 2006/2007 und 2007/2008 verlange. Diese Abrechnungen sei-

en entgegen der Ansicht des Amtsgerichts nicht deshalb unwirksam, weil der Kläger nicht ausdrücklich angegeben habe, dass er in den Heizkostenabrechnungen zugunsten der Beklagten keine Vorauszahlungen in Ansatz gebracht habe. Hätte der Kläger in den Abrechnungen die (nicht gezahlten) Vorauszahlungen der Beklagten ausdrücklich mit „Null“ beziffert, beständen an der Wirksamkeit der Abrechnung keine Zweifel, da die Frage, ob die Beklagten tatsächlich keinerlei Vorauszahlungen geleistet hätten, allein die materielle Richtigkeit der Abrechnungen betreffe. Es könne nach Auffassung der Kammer für die Wirksamkeit der Abrechnung keinen Unterschied machen, ob der Vermieter nicht gezahlte Vorauszahlungen ausdrücklich mit „Null“ beziffere oder Vorauszahlungen in der Abrechnung nicht berücksichtige, zumal die Nichtberücksichtigung aus Sicht des Mieters die (konkludente) Erklärung des Vermieters beinhalte, dass die Vorauszahlungen „Null“ betrügen. In beiden Fällen sei für den Mieter ohne Zweifel ersichtlich, dass von dem Gesamtbetrag der auf ihn entfallenden Kosten keine Vorauszahlungen in Abzug gebracht worden seien. Dies möge für den Mieter Anlass sein, die inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung unter Hinweis auf geleistete Vorauszahlungen zu bestreiten, doch bleibe das Abrechnungsergebnis auch ohne ausdrückliche Bezifferung der Vorauszahlungen mit „Null“ gedanklich und rechnerisch nachvollziehbar, und nur hierauf komme es für die Wirksamkeit der Abrechnung an.

11 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist.

12 1. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass dem Kläger die aus der Staffelmietvereinbarung abgeleiteten Ansprüche auf Zahlung rückständiger Miete zustehen. Denn die Staffelmietvereinbarung ist gemäß § 139 BGB für die ersten zehn Jahre, aus denen der Kläger die Ansprüche herleitet, wirksam.

13 a) Der Senat hat für eine unter der Geltung des Miethöhesetzes ohne zeitliche Begrenzung vereinbarte Staffelmiete entschieden, dass sie nicht insgesamt, sondern nur insoweit unwirksam ist, als sie über die damals zulässige Höchstdauer von zehn Jahren hinausgeht (Senatsurteil vom 17. Dezember 2008 – VIII ZR 23/08, WuM 2009, 117 Rn. 11, zu einer individualvertraglichen Vereinbarung; Senatsbeschluss vom 7. Juli 2009 – VIII ZR 140/08, WuM 2009, 587, zu einer formularvertraglichen Staffelmiete).

14 Für den vorliegenden Fall gilt nichts anderes. Zwar findet auf die Vereinbarung der Parteien nicht das Miethöhesgesetz, sondern § 557a BGB Anwendung. Sie ist deshalb, soweit sie über zehn Jahre hinausgeht, nicht wegen Überschreitung einer gesetzlichen Höchstdauer, sondern deshalb unwirksam, weil die jeweilige Erhöhung für diesen Zeitraum – anders als für die Anfangsjahre – nicht in einem Geldbetrag, sondern in einem Prozentsatz ausgewiesen ist. Insoweit verstößt die Vereinbarung gegen § 557a Abs. 1 BGB. Das ist nicht im Streit.

15 Die Teilnichtigkeit der Staffelmietvereinbarung führt auch im vorliegenden Fall nicht zur Gesamtnichtigkeit der Staffelmietvereinbarung, weil auch hier offensichtlich ist, dass die Parteien die Vereinbarung, soweit sie die ersten zehn Jahre betrifft und damit wirksam ist, auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen hätten. Die Staffelmietvereinbarung ist deshalb gemäß § 139 BGB für die ersten zehn Jahre, in denen sie den Anforderungen des § 557a BGB genügt, wirksam und nur für die nachfolgende Zeit unwirksam.

16 Dabei kann offenbleiben, ob die Parteien, wenn ihnen das gesetzliche Erfordernis einer betragsmäßigen Angabe der Mietsteigerungen bewusst gewesen wäre, die erhöhte Miete – ebenso wie für die ersten zehn Jahre – auch für die weiteren Jahre in einem Geldbetrag angeben oder die Staffelmietvereinbarung auf die ersten zehn Jahre beschränkt hätten, für die sie den gesetzlichen Anforderungen entspricht. In beiden Fällen bleibt die Vereinbarung für diesen Anfangszeitraum unberührt.

17 Da sich die Parteien über eine jährliche Steigerung der Miete um 3% einig waren, spricht auch nichts dafür, dass sie

für die ersten zehn Jahre, in denen ihre Vereinbarung den gesetzlichen Anforderungen entspricht, andere Steigerungsbeträge vereinbart hätten, als sie tatsächlich vereinbart haben. Das Vorbringen der Revision, bei Kenntnis der Parteien von dem gesetzlichen Erfordernis, die Steigerungsbeträge auszuweisen, hätte sich angeboten, vollkommen andere Zeitabstände oder Staffelsprünge vorzusehen, findet in dem vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellten Sachverhalt keine Stütze.

18 Ebenso wenig ist anzunehmen, dass die Parteien auf eine Staffelmietvereinbarung etwa insgesamt verzichtet hätten. Denn die Staffelmietvereinbarung bietet für beide Parteien für einen langen Zeitraum Kalkulationssicherheit hinsichtlich der Miethöhe und ist für den Mieter auch insoweit vorteilhaft, als Mieterhöhungen wegen Modernisierung und nach dem Vergleichsmietensystem während der Laufzeit der Staffelmietvereinbarung gemäß § 557a Abs. 2 Satz 2 BGB ausgeschlossen sind. Mangels anderer Anhaltspunkte ist daher davon auszugehen, dass die Parteien, wenn ihnen das gesetzliche Erfordernis einer betragsmäßigen Angabe der Mietsteigerungen bewusst gewesen wäre, von der Staffelmietvereinbarung nicht insgesamt Abstand genommen, sondern an der Staffelmietvereinbarung jedenfalls für die ersten zehn Jahre mit ihrem insoweit zulässigen Inhalt festgehalten hätten (vgl. Senatsurteil vom 17. Dezember 2008 – VIII ZR 23/08, aaO Rn. 13).

19 Der in der Literatur unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des Landgerichts Halle (ZMR 2004, 821) vertretene Auffassung, eine Staffelmietvereinbarung sei grundsätzlich insgesamt unwirksam, wenn die Mietstaffeln (teilweise) nicht betragsmäßig ausgewiesen würden (Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 10. Aufl., § 557a BGB Rn. 37; wohl auch MünchKommBGB/Artz, 6. Aufl., § 557a Rn. 18), vermag der Senat deshalb für die hier vorliegende Fallgestaltung, in der die Staffelmietvereinbarung für die Anfangsjahre den gesetzlichen Anforderungen entspricht und eine (unzulässige) prozentuale Steigerung erst für spätere Jahre vereinbart wird, nicht zu folgen.

20 b) Aus dem Senatsurteil vom 25. Januar 2006 (VIII ZR 3/05, NJW 2006, 1059 [= WuM 2006, 152]) ist, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, keine andere Beurteilung herzuleiten.

21 Der Senat hat in diesem Urteil entschieden, dass ein in einem Staffelmietvertrag formularmäßig vereinbarter Kündigungsverzicht, der den in § 557a Abs. 3 BGB genannten Zeitraum von vier Jahren überschreitet, nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB insgesamt und nicht nur insoweit unwirksam ist, als er den Zeitraum von vier Jahren übersteigt (aaO Rn. 20). Diese Rechtsprechung ist hier schon deshalb nicht einschlägig, weil sie die Unwirksamkeit des zu Lasten des Mieters gehenden Kündigungsverzichts betrifft, nicht die Wirksamkeit der Staffelmietvereinbarung als solcher. Davon abgesehen unterliegt, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, die formularvertragliche Vereinbarung einer Staffelmiete gemäß § 307 Abs. 3 BGB nicht der Inhaltskontrolle, weil sie die Höhe der zu zahlenden Miete unmittelbar festlegt (Senatsbeschluss vom 7. Juli 2009 – VIII ZR 140/08, aaO).

22 2. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht auch die Wirksamkeit der Heizkostenabrechnungen für die Jahre 2006/2007 und 2007/2008 bejaht.

23 a) Eine Betriebskostenabrechnung ist nach der Rechtsprechung des Senats dann formell ordnungsgemäß und damit wirksam, wenn sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Soweit keine besonderen Abreden getroffen sind, sind in die Abrechnung bei Gebäuden mit mehreren Wohneinheiten regelmäßig folgende Mindestangaben in eine Betriebskostenabrechnung aufzunehmen: eine Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und – soweit erforderlich – die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Ab-

zug der geleisteten Vorauszahlungen (Senatsurteil vom 8. Dezember 2010 – VIII ZR 27/10, NJW 2011, 1867 [= WuM 2011, 101] Rn. 8 mwN).

24 Dabei hat der Senat mehrfach deutlich gemacht, dass an die Abrechnungen in formeller Hinsicht keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind. Die Anforderungen an die Wirksamkeit einer Abrechnung haben sich am Zweck der Abrechnung zu orientieren. Die Abrechnung soll den Mieter in die Lage versetzen, den Anspruch des Vermieters nachzuprüfen, also gedanklich und rechnerisch nachzuvollziehen. Erforderlich ist dafür, dass der Mieter erkennen kann, in welchen Rechenschritten die Umlage der Betriebskosten erfolgt ist (st. Rspr.; Senatsurteil vom 19. November 2008 – VIII ZR 295/07, NJW 2009, 283 [= WuM 2009, 42] Rn. 21 mwN). Etwaige Fehler – zu hoch oder zu niedrig angesetzte Vorauszahlungen, Ansatz der Soll- statt der Ist-Vorauszahlungen – stellen (nur) materielle Fehler der Abrechnung dar, die nicht zur Unwirksamkeit der Abrechnung aus formellen Gründen führen, weil der Mieter anhand seiner Unterlagen ohne weiteres nachprüfen kann, ob der Vermieter die geleisteten Zahlungen korrekt berücksichtigt hat (Senatsurteil vom 18. Mai 2011 – VIII ZR 240/10, NJW 2011, 2786 [= WuM 2011, 420] Rn. 16 mwN).

25 Das gilt ebenso, wenn der Vermieter – wie hier – überhaupt keine Vorauszahlungen in Ansatz gebracht hat. Auch in diesem Fall kann der Mieter anhand seiner Unterlagen ohne weiteres feststellen, ob dies zu Recht nicht geschehen ist. Die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung wird dadurch nicht in Frage gestellt. In einem solchen Fall wäre es, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, eine sinnlose Förmerei, wenn der Vermieter in der Abrechnung Vorauszahlungen des Mieters ausdrücklich mit „Null“ zu beziffern hätte.

26 b) Von diesen Maßstäben ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat die Heizkostenabrechnungen 2006/2007 und 2007/ 2008 rechtsfehlerfrei dahin gewürdigt, dass aus ihnen für die Beklagten zweifelsfrei hervorging, dass der Kläger keine Vorauszahlungen in Ansatz gebracht hat. Denn ein Abzug geleisteter Vorauszahlungen wird in diesen Abrechnungen – anders als in der vorangegangenen Abrechnung 2005/2006 – nicht vorgenommen. Ob der Kläger einen Abzug von Vorauszahlungen zu Recht unterlassen hat, das heißt ob die Beklagten tatsächlich keine Vorauszahlungen geleistet hatten, betrifft, wie ausgeführt, allein die materielle Richtigkeit der Abrechnungen, nicht deren Wirksamkeit.

27 Das Vorbringen der Revision rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Revision zieht nicht in Zweifel, dass aus den Heizkostenabrechnungen deutlich hervorgeht, dass der Kläger keine Vorauszahlungen in Ansatz gebracht hat, meint aber, er hätte gleichwohl eine Rubrik „geleistete Vorauszahlungen“ in die Abrechnung aufnehmen und diese mit „Null“ beziffern müssen, weil für die Beklagten nicht erkennbar sei, ob der Kläger geleistete Vorauszahlungen schlicht vergessen habe oder aber bewusst nicht in Ansatz gebracht habe. Auf die Motivationslage des Vermieters und deren Erkennbarkeit für den Mieter kommt es für die Nachvollziehbarkeit der Abrechnung nicht an.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 558 BGB

Mieterhöhung; Wohnraum; Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete durch den Tatrichter; Einzelvergleichsmiete innerhalb der Spanne; übliche Miete; Ausreißermiete

Zur Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete durch den Tatrichter.

(BGH, Urteil vom 29. 2. 2012 – VIII ZR 346/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten mieteten von der Rechtsvorgängerin der Klägerin mit Vertrag vom 1. Juni 2005 eine Sechs-Zimmer-Wohnung in der G.-Straße in Karlsruhe mit einer Wohnfläche von 193,6 qm zu einer monatlichen Kaltmiete

von 1250 €. Die Klägerin begehrte mit Schreiben vom 22. Juli 2009 unter Benennung von drei Vergleichswohnungen mit Mieten von 7,80 €/qm, 7,94 €/qm und 8,54 €/qm die Zustimmung der Beklagten zu einer Erhöhung der Kaltmiete um 200 € auf 1450 € ab dem 1. Oktober 2009. Die Beklagten verweigerten die Zustimmung.

2 Das Amtsgericht Karlsruhe hat der auf Zustimmung zu der vorgenannten Mieterhöhung gerichteten Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens und Anhörung des Sachverständigen stattgegeben. Das Berufungsgericht [LG Karlsruhe] hat die Berufung der Beklagten nach nochmaliger Anhörung des Sachverständigen zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten, mit der diese ihr Klageabweisungsbegehren weiterverfolgen.

3 Aus den Gründen: Die Revision hat Erfolg.

4 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, ausgeführt:

5 Mit zutreffenden Gründen habe das Amtsgericht der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht teile nach der ergänzenden Anhörung des Sachverständigen die Feststellung des Amtsgerichts, dass die von der Klägerin begehrte Mieterhöhung nicht über der ortsüblichen Miete liege. Zwar habe der Sachverständige in seinem schriftlichen Gutachten unter Heranziehung von elf Vergleichswohnungen einen „arithmetischen Mittelwert“ von 7 €/qm ermittelt, jedoch sei die Klägerin nicht an diesen Mittelwert gebunden; vielmehr könne sie eine Erhöhung auf 1450 € verlangen; dies entspreche 7,74 €/qm. Der Sachverständige habe nämlich in Bezug auf die ortsübliche Vergleichsmiete eine Mietspanne ermittelt, die zwischen 6,05 €/qm als unterstem und 8 €/qm als oberstem Wert liege. Dass er darüber hinaus einen arithmetischen Mittelwert ausgewiesen habe, sei ohne Belang. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs könne ein Vermieter, wenn ein Sachverständiger in einem Mietwertgutachten bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete keinen exakten Betrag, sondern eine Bandbreite (Spanne) ermittelt habe, grundsätzlich eine Erhöhung bis zum oberen Spannenwert verlangen.

6 Der Sachverständige habe in einem Vergleichsmietendiagramm dargestellt, welche Mietwerte er berücksichtigt habe. Im Einzelnen seien dies zwei Mieten aus dem Jahr 2005 und je drei Mieten aus den Jahren 2006 bis 2008 gewesen. Bezüglich einer Miete aus dem Jahr 2007 mit 7,50 €/qm und der Miete aus dem Jahr 2008 mit 8 €/qm handele es sich jeweils um Neuvermietungen. Damit habe der Sachverständige entsprechend den gesetzlichen Vorgaben aus Mieten innerhalb der letzten vier Jahre die ortsübliche Vergleichsmiete gebildet. Entgegen der Auffassung der Beklagten bedeute der Begriff „gebildet“ in § 558 BGB nicht, dass die ortsübliche Vergleichsmiete zwingend mit einem Durchschnittswert gleichzusetzen sei. In § 558 BGB werde lediglich gefordert, dass bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete Entgelte zu berücksichtigen seien, die in den letzten vier Jahren vereinbart oder geändert worden seien.

7 Dass sich der Sachverständige auf elf Vergleichswohnungen beschränkt habe, sei nicht zu beanstanden. Er habe insoweit nachvollziehbar ausgeführt, dass es statistisch gesehen im Rahmen der von ihm vorgenommenen Vergleichsmietenauswertung als empirische Zufallsstichprobe eigener Markterkenntnisse genüge, zwischen acht und zehn Vergleichswohnungen heranzuziehen, da im Gegensatz zu einem Mietspiegel nur Mietobjekte mit hinreichend genauer Übereinstimmung der Qualitätsmerkmale und mietwertrelevanten Faktoren herangezogen würden. Bei mehr als 15 Vergleichswohnungen würden sich kaum oder nur geringfügige Änderungen ergeben. Diese Ausführungen des Sachverständigen seien von den Parteien unangefochten geblieben.

8 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Ein Anspruch der Klägerin auf Zustimmung zu der geltend gemachten Mieterhöhung kann mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht bejaht werden.

9 Gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB kann ein Vermieter die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete seit 15 Monaten unverändert geblieben ist. Die ortsübliche Miete wird nach § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB gebildet aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe und Ausstattung, Beschaffenheit und Lage in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Veränderungen nach § 560 BGB abgesehen, geändert worden sind. Diese Voraussetzungen für den Klageanspruch hat das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner bisherigen Feststellungen zu Unrecht bejaht.

10 1. Zutreffend ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, dass es sich bei der ortsüblichen Vergleichsmiete nach der Rechtsprechung des Senats regelmäßig nicht um einen punktgenauen Wert handelt, sondern dass sich die ortsübliche Vergleichsmiete innerhalb einer gewissen Spanne bewegt (Senatsurteile vom 20. April 2005 – VIII ZR 110/04, NJW 2005, 2074 [= WuM 2005, 394] unter II 2 b; vom 21. Oktober 2009 – VIII ZR 30/09, WuM 2009, 746 Rn. 14 mwN).

11 Die Feststellung, ob die verlangte Miete innerhalb dieser Spanne liegt oder die ortsübliche Miete übersteigt, obliegt dem Tatrichter und erfordert im Prozess eine konkrete Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete im Sinne einer Einzelvergleichsmiete (Senatsurteil vom 20. April 2005 – VIII ZR 110/04, aaO). Diese Einzelvergleichsmiete kann ein Punktwert innerhalb der Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete sein (siehe Senatsurteil vom 20. April 2005 – VIII ZR 110/04), sie kann sich aber auch innerhalb einer gewissen Bandbreite bewegen, die ihrerseits innerhalb der umfassenderen, etwa durch einen Mietspiegel abgebildeten Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt (Senatsurteile vom 4. Mai 2011 – VIII ZR 227/10, NJW 2011, 2284 [= WuM 2011, 421] Rn. 16; vom 6. Juli 2005 – VIII ZR 322/04, NJW 2005, 2621 [= WuM 2005, 516] unter II 2 c). Stellt sich die Einzelvergleichsmiete nicht als Punkt, sondern als Bandbreite dar, kann der Vermieter die Miete bis zum oberen Wert der Bandbreite anheben (Senatsurteile vom 21. Oktober 2009 – VIII ZR 30/09, aaO Rn. 15; vom 4. Mai 2011 – VIII ZR 227/10, aaO Rn. 17). Sowohl die Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete als auch die Einzelvergleichsmiete werden, soweit wie hier kein Mietspiegel vorhanden ist, in der Regel durch Sachverständigengutachten festgestellt werden können. Maßstab für die Berechtigung des Mieterhöhungsverlangens ist dann die vom Sachverständigen ermittelte Einzelvergleichsmiete (Senatsurteile vom 6. Juli 2005 – VIII ZR 322/04, aaO; vom 20. April 2005 – VIII ZR 110/04, aaO; vom 21. Oktober 2009 – VIII ZR 30/09, aaO; vom 4. Mai 2011 – VIII ZR 227/10, aaO Rn. 20).

12 2. Die Auffassung der Revision, der arithmetische Mittelwert der von einem Sachverständigen ermittelten Vergleichsmieten sei die „üblichste“ Miete und damit ohne Weiteres als (punktgenaue) Einzelvergleichsmiete zugrunde zu legen, trifft nicht zu. Ist die Einzelvergleichsmiete als Bandbreite zutreffend ermittelt, so liegt auch der obere Wert dieser Bandbreite noch innerhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete, die die obere Grenze einer Mieterhöhung nach § 558 BGB darstellt; maßgeblich ist daher entgegen der Auffassung der Revision weder der Mittelwert noch der untere Wert dieser Bandbreite der Einzelvergleichsmiete (Senatsurteil vom 21. Oktober 2009 – VIII ZR 30/09, aaO mwN).

13 3. Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat jedoch rechtsfehlerhaft angenommen, dass die gesamte Mietspanne der vom Sachverständigen in das Gutachten einbezogenen Vergleichswohnungen zugleich die Bandbreite der konkreten Einzelvergleichsmiete darstelle. Das trifft nicht zu. Die Auffassung des Berufungsgerichts würde dazu führen, dass der Vermieter ohne weiteres die in einem Gebiet bezahlte Spit-

zenmiete verlangen könnte; das sieht das Gesetz nicht vor. Vielmehr kann der Vermieter nach § 558 Abs. 1 und 2 BGB nur die Miete verlangen, die als zu ermittelnde Einzelvergleichsmiete innerhalb der Spanne der durch Neuvermietungen und Bestandsmietenänderungen der letzten vier Jahre geprägten ortsüblichen Vergleichsmiete in dem betreffenden Gebiet liegt.

14 a) Auf das Senatsurteil vom 21. Oktober 2009 (VIII ZR 30/09, aaO) kann sich das Berufungsgericht für seine gegenläufige Auffassung nicht stützen. Dieser Entscheidung lag ein nicht vergleichbarer Sachverhalt zugrunde.

15 Der Senat hatte in seinem Urteil vom 21. Oktober 2009 (VIII ZR 30/09, aaO) über einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem wie hier kein Mietspiegel vorlag und die Sachverständige auf der Grundlage von 19 Vergleichswohnungen mit einer größeren Mietspanne eine Bandbreite der konkreten ortsüblichen Vergleichsmiete von 3,35 bis 3,59 €/qm ermittelt hatte. In diesem Fall hat der Senat das Mieterhöhungsverlangen in Höhe des oberen Wertes der Bandbreite der von der Sachverständigen festgestellten Einzelvergleichsmiete für gerechtfertigt gehalten. Er hat jedoch nicht entschieden, dass die Einzelvergleichsmiete mit der umfassenderen Spanne der Mieten der 19 Vergleichswohnungen oder gar mit deren höchstem Wert gleichzusetzen ist.

16 Im vorliegenden Fall hat das Berufungsgericht dagegen die Bandbreite der Einzelvergleichsmiete für die Wohnung der Beklagten mit der von 6,05 bis 8 €/qm reichenden Spanne aller Mieten gleichgesetzt, die für die vom Sachverständigen berücksichtigten (elf) Vergleichswohnungen gezahlt werden. Das Berufungsgericht hat damit den Begriff der „üblichen Entgelte“ (§ 558 Abs. 2 Satz 1 BGB) verkannt und ist infolge dessen zu einer korrekten Ermittlung der Einzelvergleichsmiete für die Wohnung der Beklagten nicht vorgegangen.

17 Die Revision weist mit Recht darauf hin, dass nicht alles, was am Markt für vergleichbare Wohnungen tatsächlich gezahlt wird, ohne weiteres üblich im Sinne des § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB ist. Das kann zwar zu bejahen sein, wenn die am Markt gezahlten Mieten nahe beieinander liegen, trifft aber nicht zu, wenn das Spektrum der am Markt vorgefundenen Mieten für vergleichbaren Wohnraum wie hier sehr weit auseinandergeht. Zu Unrecht beruft sich das Berufungsgericht für seine Auffassung auf die Äußerung des Sachverständigen bei dessen persönlichen Anhörung, dass auch der Spitzenwert von 8 € noch innerhalb der ortsüblichen Miete liege und nicht im Rahmen der Mieten, die unter § 5 WiStRG fielen. Dem liegt ein unzutreffendes Verständnis von der ortsüblichen Vergleichsmiete zugrunde. Nicht jede Miete, die nicht gegen § 5 WiStRG verstößt, ist als übliches Entgelt im Sinne des § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB zu bezeichnen.

18 b) Bei einer wie hier sehr weit auseinander gehenden Streuung der Vergleichsmieten hat der Tatrichter mit Unterstützung des Sachverständigen auf der Grundlage einer ausreichend großen, repräsentativen Stichprobe vergleichbarer Wohnungen (Senatsurteil vom 20. April 2005 – VIII ZR 110/04, aaO unter II 2 c aa) zunächst das breite Spektrum der am Markt tatsächlich gezahlten Mieten auf den engeren Bereich der Entgelte zu begrenzen, der als Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete anzusehen ist. Diese Eingrenzung auf den Bereich der „üblichen Entgelte“ (§ 558 Abs. 2 Satz 1 BGB) hat das Berufungsgericht versäumt.

19 aa) Zwar hat der Sachverständige in seinem Gutachten ausgeführt, dass er in einem ersten Schritt sogenannte „Ausreißermieten“ aussondere, die bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete keine Berücksichtigung fänden. Darunter verstehe er unter Berücksichtigung von § 5 WiStRG Mieten, die 20% oberhalb und unterhalb des arithmetischen Mittelwerts lägen. Im vorliegenden Fall habe er jedoch keine derartigen Mieten feststellen können.

20 Dieses Vorgehen des Sachverständigen ist im Ansatz nicht zu beanstanden. Wo die Grenze für von vornherein ausscheidende „Ausreißermieten“ zu ziehen ist, obliegt dem Tatrichter. Dass der Sachverständige die Grenze bei 20% gezogen und das Berufungsgericht dies gebilligt hat, wird von den Parteien nicht

angegriffen und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Eliminierung extrem abweichender Mieten, die unter § 5 WiStrG fallen, reicht aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts und des Sachverständigen nicht aus, um die Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete und – in deren Rahmen – die Einzelvergleichsmiete zu bestimmen.

21 bb) Der Begriff der Üblichkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Anwendung auf den konkreten Fall für den Tatrichter naturgemäß nicht einfach ist. Auf die Schwierigkeit einer Definition dessen, was üblich ist, hat bereits die von der damaligen Bundesregierung eingesetzte Expertenkommission „Wohnungspolitik“ im Jahr 1994 hingewiesen. Sie hat seinerzeit angeregt, die in der Praxis immer größer werdenden Interpretationsprobleme der ortsüblichen Vergleichsmiete durch gesetzliche Maßstäbe zu regeln, die einerseits konkret genug sind, um mit ihnen in der Praxis taugliche Ergebnisse zu erzielen, die andererseits aber weit genug gefasst sind, damit sie nicht zu einer ständigen Fehlerquelle werden (BT-Drucks. 13/159, S. 120). Diese Anregung hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen. Er hat die Konkretisierung, welche Entgelte als üblich anzusehen sind, weiterhin der Praxis überlassen.

22 Die Gesetzesmaterialien zu einer früheren Änderung des § 2 MHG durch das Gesetz zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen vom 20. Dezember 1982 (BGBl. I S. 1912) enthalten allerdings zur Erläuterung des Begriffs der Üblichkeit den Hinweis, dass Mieten, die außergewöhnlich stark nach der einen oder anderen Seite von der „großen Mehrheit“ der Mieten abweichen, als nicht üblich außer Betracht bleiben (BT-Drucks. 9/2079, S. 15). Diese Begrenzung der ortsüblichen Vergleichsmiete dient dazu, „Preisspitzen“ auf dem Wohnungsmarkt abzuschneiden (BVerfGE 37, 132, 143 [= WuM 1974, 169]).

23 Die Umschreibung der Üblichkeit unter Bezugnahme auf die „große Mehrheit“ der Mieten entspricht auch dem allgemeinen Sprachgebrauch. Die Revision weist mit Recht darauf hin, dass eine Miete nur dann als üblich angesehen werden kann, wenn sie innerhalb einer Spanne liegt, welche „zumindest“ die überwiegende Mehrheit der Vergleichsmieten umfasst (ähnlich SchmidtFutterer/Börstinghaus, Mietrecht, 10. Aufl., § 558 BGB Rn. 132: „erheblich mehr“ als 50%). Dieses breite Mittelfeld ist der Bereich der ortsüblichen Vergleichsmiete, innerhalb dessen die Einzelvergleichsmiete zu bestimmen ist.

24 cc) Die Begrenzung des vollen Spektrums der berücksichtigungsfähigen Vergleichsmieten auf die Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete kann, wenn ein Mietspiegel nicht vorliegt, vom Tatrichter mit Unterstützung des Sachverständigen in verschiedener Weise vorgenommen werden.

25 Unterschiedliche Ansätze kommen in Betracht. So befürwortet Börstinghaus unter Bezugnahme auf die Praxis bei der Erstellung von Mietspiegeln, die nach Eliminierung der „Ausreißermieten“ verbleibende Spanne der Vergleichsmieten dadurch auf das Mittelfeld der ortsüblichen Vergleichsmiete zu begrenzen, dass je ein Sechstel im oberen und unteren Bereich der erhobenen Daten gekappt wird (Schmidt-Futterer/Börstinghaus, aaO, zur Kritik näher SchmidtFutterer/Börstinghaus, aaO Rn. 133 mwN in Fn. 364 ff.). Auch kann die ortsübliche Vergleichsmiete durch eine prozentuale Abweichung vom arithmetischen Mittelwert, um den sich die Vergleichsmieten gruppieren, bestimmt werden.

26 Starre Maßstäbe zur Eingrenzung des Mittelfeldes der Vergleichsmieten für alle erdenklichen Fälle – etwa bestimmte Prozentsätze für die Abweichung vom arithmetischen Mittelwert – können von Rechts wegen nicht vorgegeben werden. Denn die Streuung der Mieten hängt von regionalen Marktgegebenheiten ab (vgl. Schmidt-Futterer/Börstinghaus, aaO Rn. 134). Diese lassen sich nicht durch starre Regelungen für die Ermittlung der Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete im konkreten Fall erfassen, sondern sind Gegenstand tatrichterlicher Würdigung. Es ist daher Aufgabe des Tatrichters, mit sachverständiger Hilfe die Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete sachgerecht zu be-

grenzen. Dies hat das Berufungsgericht versäumt, indem es das volle Spektrum der berücksichtigungsfähigen Vergleichsmieten mit der ortsüblichen Vergleichsmiete gleichgesetzt hat.

27 c) Wenn die Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete rechtsfehlerfrei ermittelt worden ist, dann ist in deren Rahmen die Einzelvergleichsmiete vom Tatrichter zu bestimmen. Auch diesen Schritt hat das Berufungsgericht nicht vorgenommen.

28 Die Einzelvergleichsmiete als „konkrete“ ortsübliche Vergleichsmiete wird in der Regel durch Einstufung der Wohnung innerhalb der Spanne aufgrund zusätzlicher qualitativer Kriterien näher bestimmt werden können. Ebenso mag es möglich sein, vom Mittelwert der Spanne auszugehen und aufgrund besonderer Qualitätsmerkmale der zu bewertenden Wohnung Zu- oder Abschläge vorzunehmen. Dabei kann der Tatrichter, wie ausgeführt, im Ergebnis zu einer punktgenauen Einzelvergleichsmiete, aber auch zu einer Bandbreite der Einzelvergleichsmiete gelangen. Bei geringer Marktstreuung kann die Bandbreite der Einzelvergleichsmiete auch mit der Spanne der ortsüblichen Vergleichsmiete übereinstimmen. Auch diese Beurteilung obliegt dem Tatrichter mit Unterstützung des Sachverständigen.

29 4. Das Berufungsgericht hat darüber hinaus nicht gesehen, dass gegen das Gutachten des Sachverständigen noch in anderer Hinsicht gewisse Bedenken bestehen.

30 a) Maßgebend für die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete ist der Zeitpunkt, zu dem das Erhöhungsverlangen dem Mieter zugeht (BayObLGZ 1992, 314 ff.). Daraus folgt, dass sich die Vierjahresfrist vom Zugang des Erhöhungsverlangens an vier Jahre zurück erstreckt (Schmidt-Futterer/Börstinghaus, aaO Rn. 107). Im vorliegenden Fall ist den Beklagten das Erhöhungsverlangen vom 22. Juli 2009 noch im selben Monat zugegangen. Zu berücksichtigen waren daher Mieten aus dem zweiten Halbjahr 2005 bis zum ersten Halbjahr 2009. Der Sachverständige hat ausweislich seines Vergleichsmietendiagramms Mieten nur aus den Jahren 2005 bis 2008 einbezogen. Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen er Mieten aus dem ersten Halbjahr 2009 unberücksichtigt gelassen hat, obwohl er über entsprechende Daten verfügt zu haben scheint. Denn nach seinen Ausführungen hat es im Jahr 2009 in dem betreffenden Gebiet nicht unerhebliche Mietsteigerungen gegeben.

31 b) In welchem Verhältnis Neuvermietungen und Bestandsmietenänderungen bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete zu berücksichtigen sind, ist in § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht ausdrücklich geregelt. Es obliegt deshalb dem Tatrichter, auf ein angemessenes Verhältnis von Neuvermietungen und Bestandsmietenänderungen zu achten. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass er in seine Mietenauswertung einen Neuvermietungsanteil pro Jahr von (nur) 5 bis 10% im Mittel 7,5% einbezogen habe. Ebenso ist er in einem dem Senat vorliegenden Gutachten in einem anderen Rechtsstreit verfahren. Der Sachverständige hat diesen geringen Neuvermietungsanteil lediglich damit begründet, dass er „gemäß führender Fachliteratur und den regionalen Markterfahrungen in diesem Marktsegment sachgerecht und angemessen“ sei. Dies bedarf näherer Erläuterung.

32 III. Da die Revision Erfolg hat, ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die nicht entscheidungsreife Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit das Berufungsgericht – auf der Grundlage eines ergänzenden oder neuen Gutachtens – nochmals prüfen und feststellen kann, ob die von der Klägerin verlangte Miete die ortsübliche Vergleichsmiete für die Wohnung der Beklagten übersteigt. Dabei wird das Berufungsgericht auch zu berücksichtigen haben, dass die verlangte Miete von 1450 € bei der vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei zugrunde gelegten Wohnfläche (193,76 qm) einer Miete von 7,48 €/qm und nicht, wie das Berufungsgericht angenommen hat, von 7,74 €/qm entspricht.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 566, 573 BGB; § 552a ZPO
Dauernutzungsvertrag;
Bindung des Grundstückserwerbers nach Insolvenz
der Genossenschaft

Der Ausschluss der ordentlichen Kündigung im Dauernutzungsvertrag mit der Wohnungsbaugenossenschaft bindet auch den Grundstückserwerber nach Erlöschen der Mitgliedschaft infolge der Insolvenz der Genossenschaft.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 21. 2. 2012 – VIII ZR 250/11)

1 **Aus den Gründen:** Ein Grund für die Zulassung der Revision liegt nicht vor (§ 552a Satz 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Nr. 2 ZPO). Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.

2 1. Die Frage, ob der Erwerber einer Genossenschaftswohnung an den im Mietvertrag vereinbarten Ausschluss der ordentlichen Kündigung auch dann gebunden ist, wenn die im Nutzungsvertrag vorausgesetzte Mitgliedschaft in der Genossenschaft infolge der Insolvenz der Genossenschaft erloschen ist, ist nicht grundsätzlicher Natur. Es versteht sich vielmehr von selbst, dass die im ursprünglichen Mietvertrag mit der Genossenschaft vorausgesetzte Mitgliedschaft des Mieters in der Genossenschaft nach der Veräußerung der Wohnung und dem Eintritt des Erwerbers in den Mietvertrag keine Bedeutung mehr für das Mietverhältnis hat.

3 2. Die Revision hat aus den zutreffenden Gründen des Berufungsurteils auch keine Aussicht auf Erfolg.

4 3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Berufungsurteil LG Freiburg vom 21. 7. 2011 – 3 S 103/11.

§§ 249, 254, 280, 286, 392, 535, 581, 1124, 1125 BGB
Pacht; Gewerbemiete;
Fälligkeit des Kautionsrückzahlungsanspruchs;
Kosten vorgerichtlich eingeschalteten Rechtsanwalts
zur Zahlungsaufforderung in einfach gelagertem Fall

1. **Zur Fälligkeit des Kautionsrückzahlungsanspruchs.**

2. **Dem gewerblichen Vermieter steht ein Schadenersatzanspruch auf Erstattung vorgerichtlich entstandener Rechtsanwaltskosten nicht zu, wenn die den berechneten Kosten zugrunde liegende anwaltliche Tätigkeit i.S. des §§ 249, 254 Abs. 2 BGB nicht erforderlich war. Das ist der Fall, wenn die Tätigkeit des Rechtsanwalts sich auf eine schlichte Zahlungsaufforderung beschränkt.**

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. 12. 2011 – I-10 U 118/11)

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung hat in der Sache nur in Höhe von 960,00 € Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht im Übrigen im Ergebnis weder auf einer Rechtsverletzung (§§ 513 Abs. 1, 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2, 546 ZPO) noch rechtfertigen die im Berufungsverfahren zu Grunde zu legenden Tatsachen (§§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3, 529 Abs. 1 ZPO) eine abweichende Entscheidung. Der Senat folgt den Gründen des angefochtenen Urteils nach Maßgabe der folgenden durch das Berufungsvorbringen veranlassten Ausführungen.

1. Das Landgericht [Düsseldorf] hat dem Kläger rückständige Pacht in Höhe von 5244,00 € (= 5855,53 € – 566,69 € RA-Kosten – 44,84 € Zinsen) zuerkannt. Anhand der getroffenen Feststellungen ergibt die Auslegung der Entscheidungsgründe, dass es sich hierbei um die unstreitig nicht gezahlte Pacht für die Monate Februar bis April 2009 in Höhe von je 1748 €

monatlich handelt. Aus § 4 der Anlage zum Pachtvertrag vom 21. 10. 2008 folgt, dass in dem zuerkannten Betrag anteilige Nebenkostenvorauszahlungen in Höhe von 960,00 € (= 3 × 320,00 €) enthalten sind, die der Kläger wegen Eintritts der Abrechnungsreife zum 31. 12. 2010 bereits im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung erster Instanz nicht mehr verlangen konnte (st. Rspr., zuletzt BGH, Beschl. v. 25. 10. 2011, VIII ZR 125/11 [= GuT 2011, 298 = WuM 2011, 700]). Der Kläger sieht dies in seiner Berufungserwiderung genauso. Dementsprechend verbleibt zu seinen Gunsten eine berechnete Pachtforderung in Höhe von 4284,00 €. Mehrwertsteuer auf die Nebenkostenvorauszahlungen ist weder vereinbart noch wird sie vom Kläger geltend gemacht. Auf die (Nicht-)Einhaltung der vertraglichen Schlichtungsklausel (§ 13 PV) hat sich keine Partei berufen.

Soweit die Berufung die vom Kläger zweitinstanzlich nicht mehr bestrittene Barzahlung über 5348,00 € auch hierauf verrechnen will, ist diese Zahlung vereinbarungsgemäß und mit Erfüllungswirkung gemäß § 362 Abs. 1 BGB auf die Miete Januar 2009 und den vertraglichen Kautionszahlungsanspruch zu verrechnen. Hierauf hat der Senat durch prozessleitende Verfügung des Vorsitzenden vom 30. 8. 2011 hingewiesen.

Soweit dem Berufungsvortrag eine konkludente Aufrechnungserklärung mit einem Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung der Kautions in Höhe von 3600,00 € (nebst bisher nicht bezifferter Zinsen) zu entnehmen sein sollte, hat diese nicht in dieser Höhe zum Erlöschen der Klageforderung geführt. Ungeachtet der Frage, ob nicht bereits die §§ 392, 1124 Abs. 2, 1125 BGB einer Aufrechnung entgegenstehen, hat die Beklagte bisher jedenfalls nicht schlüssig dargetan, dass ihr ein fälliger Kautionsrückzahlungsanspruch zusteht. Fällig wird der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautions nicht automatisch mit Ablauf des Mietverhältnisses. Dem Vermieter ist nach Beendigung des Mietvertrages vielmehr eine angemessene Frist einzuräumen, innerhalb derer er sich zu entscheiden hat, ob und in welcher Weise er die Kautions zur Abdeckung seiner Ansprüche verwenden will; erst danach wird der Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautions fällig (BGH, ZMR 2010, 94 [= WuM 2009, 587]; BGHZ 101, 244 [= WuM 1987, 310]; Senat, Urt. v. 1. 6. 2006, I-10 U 171/05). Bis zum Ablauf dieser Frist ist jeglicher Zugriff des Mieters auf die Kautions, insbesondere durch Aufrechnung gegen die Forderungen des Vermieters, ausgeschlossen (BGH, NJW 1972, 721).

Dem Vortrag der Beklagten ist nicht zu entnehmen, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind. Konkrete Angaben, auf welche Weise das gemäß § 2 Nr. 1 PV bis 2013 befristete Pachtverhältnis vorzeitig beendet worden ist, hat die Beklagte bisher nicht vorgetragen. Auch hierauf hat der Senat durch prozessleitende Verfügung des Vorsitzenden vom 30. 8. 2011 hingewiesen.

2. Vorgerichtliche Zinsen in erstinstanzlich zuerkannter Höhe von 44,84 € hat der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat mit Zustimmung der Beklagten zurückgenommen.

3. Der Klägerin steht entgegen der Auffassung des Landgerichts kein Anspruch aus § 280 Abs. 1 und 2, § 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB auf Erstattung vorgerichtlich entstandener Rechtsanwaltskosten in Höhe von 566,89 € zu. Der Ersatzanspruch scheidet bereits daran, dass die den berechneten Kosten zugrunde liegende anwaltliche Tätigkeit i.S. der §§ 249, 254 Abs. 2 BGB nicht erforderlich war. Der BGH hat mit Urt. v. 6. 10. 2010 (VIII ZR 271/09 [= GuT 2010, 370 KL = WuM 2010, 740]) entschieden, dass Kosten, die aus der Sicht des Vermieters zur Wahrung und Durchsetzung seiner Rechte nicht erforderlich und zweckmäßig sind, vom Mieter nicht als Verzugsschaden zu ersetzen sind. Sofern es sich wie in der entschiedenen Konstellation um einen tatsächlich und rechtlich einfach gelagerten Fall handelt, bedarf ein gewerblicher Großvermieter für die Abfassung einer auf Zahlungsverzug gestützten Kündigung danach keiner anwaltlichen Hilfe. Dies gilt auch dann, wenn der Großvermieter nicht über eine eigene Rechtsabteilung verfügt. Für einen Zwangsverwalter, der – wie hier – zudem selbst

Rechtsanwalt ist, gilt nichts anderes (Senat, Urt. v. 2. 12. 2010, I-10 U 37/10). Bei dem vorgerichtlichen Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 8. 4. 2009 handelt es sich um eine schlichte Zahlungsaufforderung, die der Kläger selbst hätte abfassen können und zu der es der Einschaltung seiner Prozessbevollmächtigten nicht bedurfte.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

§§ 566a, 578 BGB; § 57 ZVG

**Gewerberaumiete;
Rückgewähr der Mietkaution durch den Ersteher;
nicht insolvenzfest angelegte Mietsicherheit;
Versteigerungsbedingungen kraft Gesetzes**

Auf den Ersteher eines vermieteten Grundstücks geht die Verpflichtung zur Rückzahlung der Mietsicherheit an den Mieter kraft Gesetzes auch dann über, wenn der insolvent gewordene Voreigentümer die vom Mieter erhaltene Mietsicherheit nicht getrennt von seinem sonstigen Vermögen angelegt hatte.

(BGH, Urteil vom 7. 3. 2012 – XII ZR 13/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger mietete gewerbliche Räume. Er zahlte eine vereinbarte Mietsicherheit von 813,14 € an den Vermieter, die dieser nicht getrennt von seinem sonstigen Vermögen anlegte. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Vermieters erstand die Beklagte die durch den Insolvenzverwalter versteigerte Immobilie. Der Kläger verlangt von der Beklagten unter anderem die Auszahlung der inzwischen rückzahlungsreifen Mietsicherheit.

2 Das Amtsgericht Braunschweig hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht Braunschweig die Klage insoweit abgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Landgericht zugelassene Revision des Klägers.

3 **Aus den Gründen:** Die zulässige Revision hat Erfolg und führt zur Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

4 I. Das Landgericht hat zur Begründung seiner in ZMR 2010, 361 veröffentlichten Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt: Der Anspruch auf Rückzahlung der Mietsicherheit bestehe nicht oder sei wenigstens nicht fällig. Zwar sei die Beklagte gemäß § 566 a Satz 1 BGB in die Verpflichtung des Voreigentümers eingetreten; die Vorschrift gelte nach § 57 ZVG auch im Falle des Erwerbs im Wege der Zwangsversteigerung. Dieser Grundsatz erfahre aber eine Ausnahme, wenn die Mietsicherheit vom vorherigen Vermieter nicht insolvenzfest angelegt worden und der Rückzahlungsanspruch daher zu einer Insolvenzforderung geworden sei. Denn es sei grundsätzlich Sache des Mieters, auf eine vom sonstigen Vermögen des Vermieters getrennte, insolvenzfest angelegte Mietsicherheit zu achten. Demgegenüber habe der Erwerber keine Möglichkeit, die Mietsicherheit vom insolventen Voreigentümer heraus zu verlangen. Dem Mieter stehe gegenüber dem Erwerber zumindest insoweit und so lange kein Rückzahlungsanspruch zu, wie der Erwerber seinerseits an der Durchsetzung seines Anspruchs gegenüber dem Veräußerer auf Auskehrung der Mietsicherheit insolvenzrechtlich gehindert sei.

5 II. Diese Ausführungen halten einer revisionsgerichtlichen Nachprüfung nicht stand.

6 Nach § 44 Abs. 1 ZVG wird bei der Versteigerung nur ein solches Gebot zugelassen, durch welches die dem Anspruch des Gläubigers vorgehenden Rechte sowie die aus dem Versteigerungserlös zu entnehmenden Kosten des Verfahrens gedeckt werden (geringstes Gebot). Darüber hinaus stellen die Versteigerungsbedingungen fest, in welche weiteren Pflichten der Ersteher eintritt. Zu diesen Pflichten gehört gemäß § 57 ZVG die Verpflichtung zur Rückzahlung einer vom Mieter gewährten Sicherheit (§§ 566 a, 578 Abs. 1, 2 BGB). Das im Versteige-

rungstermin abzugebende Bargebot setzt die Erfüllung sämtlicher nach den Versteigerungsbedingungen zu übernehmenden Pflichten voraus.

7 Mit dem Zuschlag geht die Pflicht für die Rückzahlung der Mietsicherheit kraft Gesetzes auf den Ersteher über. Dieser hat die Verpflichtung bei eintretender Rückzahlungsreife zu erfüllen. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Ersteher seinerseits anschließend bei dem Voreigentümer Rückgriff nehmen kann (vgl. etwa BGH Urteil vom 9. Juni 2010 – VIII ZR 189/09 – NJW-RR 2010, 1237 [= WuM 2010, 518] Rn. 21), mag dahinstehen. Die Pflicht zur Erfüllung der in die Versteigerungsbedingungen fallenden Mieterrechte hängt davon nicht ab. Deswegen erübrigen sich die weiteren Erwägungen des Landgerichts.

8 Die mieterschützende Vorschrift des § 566 a BGB enthält die nach früherem Recht (§ 572 BGB aF) gegebene Tatbestandsvoraussetzung, dass die Sicherheit dem Erwerber ausgehändigt wird oder dieser dem früheren Vermieter gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr übernimmt, nicht mehr. Durch die geänderte Vorschrift wird der Erwerber dem Mieter gegenüber zur Rückzahlung der Sicherheit ohne Rücksicht darauf verpflichtet, ob er die Mietsicherheit vom früheren Vermieter ausgehändigt bekommen hat oder noch erhalten kann. Nach der gesetzlichen Wertung des § 566 a BGB übernimmt er damit auch das Insolvenzrisiko des früheren Vermieters, wenn dieser die Mietsicherheit weder insolvenzfest angelegt hat noch an den Erwerber aushändigt. Die ungeschmälerete Rückzahlungspflicht des Erwerbers besteht in einem solchen Fall fort (Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 9. Aufl. § 551 BGB Rn. 111; MünchKommBGB/Häublein 5. Aufl. § 566 a Rn. 13; Schmidt-Futterer/Gather Mietrecht 9. Aufl. § 566 a Rn. 24; Zipperer ZfIR 2007, 388, 392; Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 566 a Rn. 30; Löhnig/Gietel ZVG § 57 Rn. 27; Stöber ZVG 19. Aufl. § 57 Rn. 4, 6; Böttcher ZVG 5. Aufl. § 57 Rn. 3; Hintzen/Engels/Rellermeyer ZVG 13. Aufl. § 57 Rn. 14; Derleder WuM 2002, 239, 244), ebenso wie ein Erwerber, an den das Grundstück vom Insolvenzverwalter veräußert wird, für die Rückzahlung haftet (vgl. Staudinger/Emmerich BGB <2011> § 566 a Rn. 7; MünchKommInsO/Eckert 2. Aufl. § 111 Rn. 11; Franken/Dahl Mietverhältnisse in der Insolvenz 2. Aufl. Rn. 254; Derleder NZM 2004, 568, 578; aA Noltin NZI 2007, 149). Der Gesetzgeber hat damit der Sache nach eine Belastung des vermieteten Grundstücks geschaffen (MünchKommBGB/Häublein 5. Aufl. § 566 a Rn. 13).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 652 BGB

**Maklervertrag; Versicherungsmakler;
„unechte Verflechtung“; Provisionsanspruch;
institutionalisierter Interessenkonflikt; Handelsvertreter;
Verwendung von Vertragsformularen des Partners
des Hauptvertrags**

Zur „unechten Verflechtung“ zwischen einem Versicherungsmakler und dem Partner des vermittelten Hauptvertrags (hier: Lebensversicherer), wenn der – mit der Konzernmutter des Versicherers langfristig kooperierende – Makler Fondspolizen und Anlagestrategien des Versicherers allgemein mit seinem Firmennamen versieht und die so gekennzeichneten Produkte besonders bewirbt.

(BGH, Urteil vom 1. 3. 2012 – III ZR 213/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von dem Beklagten die Zahlung restlicher Provision für die Vermittlung einer am 15. April 2006 beginnenden fondsgebundenen Lebens- und Rentenversicherung der A. Lebensversicherung S.A. (L.). Der Beklagte unterzeichnete am 22. März 2006 eine vorformulierte Vermittlungsgebührenvereinbarung, in der er sich verpflicht-

tete, eine Vermittlungsgebühr von 2172,60 € (Teilzahlungspreis) in sechzig Raten zu je 36,21 € zu zahlen. Außerdem heißt es darin unter anderem:

„1. Der Handelsmakler wird vom Kunden beauftragt, ihm die nebenstehende fondsgebundene Lebens- und Rentenversicherung mit wählbaren Zusatzversicherungen zu vermitteln. Er erhält vom Kunden hierfür eine Vermittlungsgebühr. Der Handelsmakler erhält vom Versicherungsunternehmen für die Vermittlung des Versicherungsvertrages keine Abschlussprovision.

2. Die vom Handelsmakler zu erbringende Leistung ist auf die Vermittlung des Versicherungsvertrages und die hiermit im Zusammenhang stehende Beratung, Aufklärung und Betreuung beschränkt; eine darüber hinausgehende, nach der Erbringung der Vermittlungsleistung fortbestehende Beratungs-, Aufklärungs- oder Betreuungspflicht ist nicht Gegenstand dieser Vereinbarung und wird vom Handelsmakler nicht geschuldet.“

2 Zusätzlich unterschrieb der Beklagte einen ebenfalls von der Klägerin vermittelten „Zahlungsverkehr-Treuhandauftrag“ mit der F. P. S. GmbH, einem „Unternehmen der F.-Gruppe“, in dem unter anderem geregelt ist:

„Die Zahlungen von Versicherungsbeitrag und Vermittlungsgebühr können ausschließlich im Wege des Lastschriftinzugsverfahrens erfolgen. Aus diesem Grund ermächtigt hiermit der Treugeber den Treuhänder bis auf Widerruf, die jeweils fälligen Beträge vom nachstehend genannten Konto einzuziehen und an die Vertragspartner des Treugebers weiterzuleiten. Um die rechtzeitige Weiterleitung der Beträge zu gewährleisten, erfolgt der Einzug jeweils einige Tage vor Fälligkeit der Beträge.“

3 Zwischen der F. AG, der Konzernmutter der A. Lebensversicherung S.A., und der Klägerin besteht ein Kooperationsverhältnis, wonach diese berechtigt ist, als – nach ihrer Darstellung – freier und selbständiger Handelsmakler die Versicherungsanträge zu verwenden und diese bei den Versicherern einzureichen; zudem werden die von der Versicherungsgesellschaft ausgestellten Fondspolizen (M. InvestmentPolice mit Zusatzversicherungen) nebst den angebotenen Anlagestrategien (M. Globales Wachstum, M. Wert und Ertrag etc.) nach der Klägerin benannt. In Informationsbriefen der Klägerin (M. INFO, Ausgabe IV 2006, S. 8) wird darauf hingewiesen, dass die Versicherung bestimmt, welche Anteile des monatlichen Versicherungsbeitrags in die Anlagestrategie investiert werden. Der Beklagte erbrachte von April 2006 bis Februar 2007 die vereinbarten monatlichen Raten, stellte danach seine Zahlungen jedoch ein.

4 Das Amtsgericht München hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerin die nach ihrer Berechnung noch offene Vermittlungsgebühr von 1685,19 € nebst Zinsen, vorgerichtlichen Anwaltskosten und Auslagen zu zahlen. Auf die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten ist die Klage abgewiesen worden. Mit der vom Berufungsgericht [LG München I] zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter.

5 **Aus den Gründen:** Die Revision ist zulässig, in der Sache bleibt sie jedoch ohne Erfolg.

6 I. Das Berufungsgericht hat sich auf den Standpunkt gestellt, der geltend gemachte Anspruch auf Maklerlohn bestehe wegen einer Verflechtung der Klägerin mit der Versicherungsgesellschaft nicht. Für eine derartige (unechte) Verflechtung genüge, dass ein institutionalisierter Interessenkonflikt vorliege. Die durch das nicht offen gelegte Kooperationsverhältnis mit der Muttergesellschaft der A. Lebensversicherung S.A. begründete Interessenbindung werde belegt durch die Benennung von Produkten des Versicherers mit der Firma der Klägerin. Daraus ergebe sich für sie ein wirtschaftlicher Vorteil, weil damit eine besonders enge Verbindung zu dem Produkt hergestellt werden könne und dies nur den Sinn haben könne, den Absatz der Produkte der A. Lebensversicherung S.A. zu fördern. Es erscheine deshalb fernliegend, dass der als Makler Auftretende noch Alternativprodukte anzubieten bereit sei. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die Klägerin dem Kunden aufgrund der

besonderen Identifikation mit dem Versicherer vorrangig dessen Produkt vermitteln wolle. Dies sei auch der Vermittlungsgebührenvereinbarung zu entnehmen, in der sich die Klägerin ausschließlich zur Vermittlung eines Produkts der A. Lebensversicherung S.A. verpflichte. Bei der maßgebenden hypothetischen Betrachtung der Interessenlage sei auch bei dem vorliegend äußerst eingeschränkten Pflichtenfeld der Klägerin ein Interessenkonflikt möglich. Letztlich bestehe ein wirtschaftlicher Vorteil für sie auch durch die Vermittlung eines Treuhandvertrags, weil Forderungseinzug und -überwachung der F.P.S. GmbH überlassen werde und diese auch die Vermittlungsgebühren einziehe.

7 II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision stand.

8 Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen lässt die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass der Klägerin wegen Verflechtung mit dem Versicherungskonzern ein Maklerlohnanspruch nach § 652 BGB nicht zustehe, Rechtsfehler nicht erkennen.

9 1. In der Rechtsprechung ist seit langem anerkannt, dass dem Makler kein Vergütungsanspruch zusteht, wenn durch seine Tätigkeit ein Hauptvertrag mit einer Person oder Gesellschaft zustande kommt, mit der er, der Makler, gesellschaftsrechtlich oder auf andere Weise „verflochten“ ist. In Betracht kommt vorliegend nur ein Fall der so genannten unechten Verflechtung. Danach kann Makler auch derjenige nicht sein, der zum Vertragsgegner seines Kunden in einer solchen Beziehung steht, dass er sich im Falle eines Streits bei regelmäßigem Verlauf auf die Seite des Vertragsgegners stellen wird. Dass ein Interessenkonflikt allgemein besteht, reicht allerdings für den Ausschluss eines Provisionsanspruchs nicht aus. Die Interessenbindung auf Seiten des als Makler Auftretenden muss vielmehr so institutionalisiert sein, das heißt durch Übernahme einer tendenziell dauerhaften Funktion gefestigt sein, dass sie ihn – unabhängig von seinem Verhalten im Einzelfall – als ungeeignet für die dem gesetzlichen Leitbild entsprechende Tätigkeit des Maklers erscheinen lässt (vgl. z. B. BGH, Senatsurteile vom 19. Februar 2009 – III ZR 91/08, NJW 2009, 1809 [= GuT 2009, 118], Rn. 9, 12, und vom 12. März 1998 – III ZR 14/97, BGHZ 138, 170, 174; Urteil vom 1. April 1992 – IV ZR 154/91, NJW 1992, 2818, 2819; Staudinger/Reuter, BGB, Neubearb. 2010, § 652, Rn. 149 f; Ibold, Maklerrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 112; Schwerdtner/Hamm, Maklerrecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 654 f; MünchKommBGB/Roth, BGB, 5. Aufl. 2009, § 652, Rn. 121). Nach diesen Grundsätzen ist insbesondere in dem Fall, dass ein Handelsvertreter im Sinne des § 84 HGB vorgibt, Makler zu sein, ein institutionalisierter Interessenkonflikt zu bejahen. Denn der Handelsvertreter ist aufgrund seines Vertrags mit dem Unternehmen verpflichtet, die Interessen des Unternehmers wahrzunehmen, und kann deshalb nicht so, wie es ein Makler müsste, die Interessen des Kunden wahren (Urteil vom 1. April 1992 aaO; vgl. auch Staub/Thiessen, HGB, 5. Aufl. 2008, § 93, Rn. 116; Heidel/Schall/Thomale, HGB, § 93 Rn. 27).

10 2. Ausgehend vom Zweck der Verflechtungsrechtsprechung, eine Gefährdung der dem Makler vom Auftraggeber übertragenen Wahrung seiner Interessen infolge der bei einer Verflechtung auf der Hand liegenden Interessenkollision zu verhindern (vgl. Senatsurteil vom 19. Februar 2009, aaO, Rn. 12), ist die vorgenommene Würdigung des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die dagegen gerichteten Rügen der Revision greifen nicht durch.

11 a) Zunächst ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass zwar die Möglichkeit der Klägerin, im Rahmen des bestehenden Kooperationsverhältnisses mit der F. AG und der A. S.A. Antragsformulare des Versicherers zu verwenden und bei diesem einzureichen, für sich genommen einen institutionalisierten Interessenkonflikt nicht begründen kann. Die Verwendung solcher Formulare dient in erster Linie der organisatorischen Abwicklung beim Zustandekommen des Versicherungsvertrags, ohne dass daraus ein Schluss auf eine Interessenbindung gezogen werden könnte (vgl. BGH, Urteil vom 22.

September 1999 – IV ZR 15/99, NJW-RR 2000, 316, 317). In- des ist Ausfluss des bestehenden Kooperationsverhältnisses nicht nur die Möglichkeit der Verwendung von Antragsformularen, die auf die A. Lebensversicherung S.A. hinweisen, und deren Weiterleitung. Entgegen der Auffassung der Revision besteht im Hinblick auf die Handhabung der Klägerin, Anlagestrategien und Fondspolizen dieses Versicherers allgemein mit ihrem Namen zu versehen und dies in ihren Informations- briefen als eigene konzeptionelle Leistung für die private Altersversorgung herauszustellen, die gesteigerte Gefahr einer Interessenbindung zu Lasten ihres eigentlichen Auftraggebers. Im Streitfall sind sowohl die im Versicherungsantrag aufgeführten Anlagestrategien als auch die Fondspolice mit dem ehemaligen Firmenbestandteil der Klägerin „M.“ gekennzeichnet. Dafür, dass, wie die Revision einwendet, Versicherungsprodukte der A. Lebensversicherung S.A. nicht nach der Klägerin, sondern nach einer – den „Maklerkunden“ gegenüber nie in Erscheinung getretenen – als Versicherungsvertreterin der A. Lebensversicherung S.A. agierenden Schwessterfirma (M. E. GmbH) benannt worden seien, besteht kein Anhalt.

12 Auf dieser Grundlage ist deshalb die Annahme gerechtfertigt, dass diese so gekennzeichneten und werblich besonders herausgestellten Produkte für die Klägerin von ganz erheblichem wirtschaftlichem Interesse sind und für sie im Vordergrund stehen. Daher ist auch die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, bei dieser Sachlage bestehe kein Interesse der Klägerin daran, ihren Kunden Alternativprodukte anzubieten – was im Übrigen im konkreten Streitfall auch nicht geschehen ist –, nicht zu beanstanden. Infolgedessen kann aber die Klägerin ihrer Stellung als (unabhängiger) Versicherungsmaklerin nicht mehr in hinreichendem Maße gerecht werden. Der Versicherungsmakler, der als treuhänderischer Sachwalter des von ihm betreuten Kunden bezeichnet wird, hat diesem gegenüber grundsätzlich umfassende Pflichten zu erfüllen (vgl. Senatsurteil vom 14. Juni 2007 – III ZR 269/06, NJW-RR 2007, 1503, 1504, Rn. 9 mwN). Dazu gehört insbesondere, dem Kunden eine auf seine individuellen Wünsche und Bedürfnisse zugeschnittene „passende“ Versicherung anzupfehlen. Diese zentrale Beratungsleistung kann ein Versicherungsmakler aber nur erbringen, wenn er seine Empfehlungen auf eine hinreichende Zahl von auf dem Markt angebotenen Versicherungsverträgen und von Versicherern stützt beziehungsweise zu stützen vermag (so nunmehr ausdrücklich § 60 Abs. 1 Satz 1 VVG n. F.). Demgegenüber kann bei der vorliegenden Konstellation nicht erwartet werden, dass die Interessen des Kunden, hier des Beklagten, denen die Klägerin in erster Linie verpflichtet ist, ausreichende Beachtung finden. Zwar ist der Revision zuzugeben, dass der Kennzeichnung der vertriebenen Produkte der A. Lebensversicherung S.A. mit dem Namen der Klägerin keine rechtlich bindende Verpflichtung zugrunde liegt, etwa nach Art eines Handelsvertreters im Interesse dieses Versicherungsunternehmens tätig zu werden. Dies ist aber auch nicht erforderlich, weil für die Annahme eines institutionalisierten Interessenkonflikts alle Arten rechtlicher oder wirtschaftlicher Bindungen von erheblichem Gewicht in Betracht kommen, die – wie hier – auf Dauer angelegt sind und von denen ein maßgeblicher Einfluss auf die Verhaltensweise der Handelnden ausgeht.

13 b) Entgegen der Auffassung der Revision ist ebenfalls nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht bei seiner Gesamtwürdigung auch berücksichtigt hat, dass ein weiterer, im Zuge der institutionalisierten Zusammenarbeit liegender wirtschaftlicher Vorteil für die Klägerin in der zusätzlichen Vermittlung eines Treuhandvertrags zwischen dem Beklagten und der F. S. GmbH zu sehen sei. Durch die Einschaltung dieses Unterneh-

mens, das, wie die Klägerin einräumt, zur F.-Gruppe zählt, und dem der Forderungseinzug und die Forderungsüberwachung auch und gerade hinsichtlich der Provision der Klägerin obliegt, wird die Klägerin von eigener Inkassotätigkeit weitgehend entlastet. Darüber hinaus belegt der Umstand, dass die F. S. GmbH nach der (formulärmäßig) getroffenen Vereinbarung neben der Versicherungsprämie über sechzig Monate die Vermittlungsgebühr einziehen und an die Klägerin weiterleiten soll, dass die Kooperation mit der „F.-Gruppe“ auf Dauer angelegt und durch entsprechende Vertragsgestaltungen institutionell abgesichert wird und verfestigt ist. Die Hinzuziehung eines weiteren Konzernunternehmens verstärkt mithin die beschriebene Interessenausrichtung der Klägerin.

14 3. Insgesamt ist aufgrund des sich ergebenden Gesamtbildes und der vom Berufungsgericht festgestellten indiziellen Umstände nichts gegen dessen tatrichterliche Würdigung einzuwenden, dass die Klägerin im „Lager“ des Versicherers stehe und deshalb nach dem gesetzlichen Leitbild des Versicherungsmaklers die Interessen ihrer Auftraggeber nicht sachgemäß wahren könne. Die Verneinung eines Maklerlohnanspruchs wegen Vorliegens einer „unechten Verflechtung“ ist daher von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Zum Versicherungsmakler vgl. BGH GuT 2005, 222; GuT 2009, 215 KL; GuT 2009, 328 KL (OLG Karlsruhe GuT 2009, 42 KL); OLG Koblenz GuT 2007, 317 KL.

**§§ 1124, 1125 BGB; §§ 20, 146 ZVG;
§§ 543, 552a ZPO**
**Grundstücksmiete; Raummiete; Mietvorauszahlung zur
Sicherung des Erhalts des Mietgrundstücks im Falle der
Zwangsvollstreckung und Zwangsverwaltung**

Die erst aufgrund Nachtragsvereinbarung zum Mietvertrag mit dem Grundstückseigentümer (Zwangsvollstreckungsschuldner) an diesen für ein lebenslanges Nutzungsrecht des Mieters nicht nach periodischen Zeitabschnitten bemessene Zahlung eines Gesamtbetrags ist eine gegenüber einem Grundpfandgläubiger und dem Zwangsverwalter unwirksame Vorausverfügung über den Mietzins.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 11. 10. 2011 – VIII ZR 103/11)

1 **Aus den Gründen:** 1. Ein Grund für die Zulassung der Revision liegt nicht vor (§ 552a Satz 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat die Revision gemäß § 543 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ZPO ohne nähere Begründung und ohne Benennung einer der beiden in dieser Vorschrift genannten Alternativen zugelassen. Eine Zulassung der Revision ist jedoch weder zur Fortbildung des Rechts (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO) oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) noch wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) erforderlich.

2 a) Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass sich im Rahmen einer Zwangsverwaltung die Wirksamkeit von Vorausverfügungen des Vollstreckungsschuldners allein nach den Vorschriften der §§ 1124, 1125 BGB richtet, wenn – wie hier – ein Grundpfandgläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt; dies ergibt sich aus § 146 ZVG in Verbindung mit § 20 ZVG (BGH, Urteile vom 23. Juli 2003 – XII ZR 16/00, WuM 2003, 510 unter II 3 a [= GuT 2003, 192 KL]; vom 25. April 2007 – VIII ZR 234/06, NJW 2007, 2919 [= WuM 2007, 467 = GuT 2007, 317 KL] Rn. 21; vom 8. Dezember 2010 – XII ZR 86/09, NJW-RR 2011, 371 [= GuT 2010, 447] Rn. 15).

3 b) Durch die Rechtsprechung des Senats ist überdies sowohl für den Fall des Erwerbs eines Grundstücks als auch für den Fall der Zwangsverwaltung, wenn ein Grundpfandgläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt, geklärt, welche rechtli-

www.prewest.de

Februar 2007 – Februar 2012: 531 314 Zugriffe

chen Auswirkungen eine gemäß dem Mietvertrag als Einmalbetrag geleistete Mietvorauszahlung hat, je nachdem, ob diese Einmalzahlung auf der Grundlage periodischer Zeitabschnitte bemessen ist oder nicht (Senatsurteile vom 11. Juli 1962 – VIII ZR 98/61, BGHZ 37, 346; vom 5. November 1997 – VIII ZR 55/97, BGHZ 137, 106 [= WuM 1998, 104]; vom 25. April 2007 – VIII ZR 234/06, NJW 2007, 2919 [= WuM 2007, 467 = GuT 2007, 317 KL]). Auch hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass die Regelungen in § 1124 Abs. 2 BGB, § 566b BGB, § 56 Satz 2 und § 57b ZVG eine einander entsprechende Handhabung erfordern, da ihnen dieselbe Wertung zugrunde liegt (Senatsurteil vom 25. April 2007 – VIII ZR 234/06, aaO Rn. 27; BGH, Urteil vom 9. Juni 2005 – IX ZR 160/04, BGHZ 163, 201, 204 ff. [= GuT 2005, 229]). Hiervon ausgehend ist dem Senatsurteil vom 5. November 1997 (VIII ZR 55/97, aaO S. 115 [= WuM 1998, 104] – zu § 574 BGB aF) insbesondere zu entnehmen, dass die Unanwendbarkeit (auch) des § 1124 Abs. 2 BGB – zum Zwecke der Missbrauchsverhinderung – auf Fälle beschränkt ist, in denen die nicht nach periodischen Zeitabschnitten berechnete Vorauszahlung einer Gesamtmiete bereits im ursprünglichen Mietvertrag vereinbart wurde. Der vorliegende Fall weist keine Besonderheiten auf, die eine weitere höchstrichterliche Leitentscheidung erforderlich machten.

4 2. Die Revision hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsurteil hält rechtlicher Überprüfung anhand der oben genannten Rechtsprechung des Senats stand. Das Berufungsgericht [LG Osnabrück] ist bei seiner Entscheidung von den durch die Rechtsprechung des Senats aufgezeigten Grundsätzen ausgegangen und im Wege rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Auslegung (vgl. hierzu Senatsurteil vom 5. November 1997 – VIII ZR 55/97, aaO S. 113 f. [= WuM aaO]) der nach den Feststellungen zwischen der Beklagten und ihren Eltern, den Zwangsvollstreckungsschuldern, am 16. Dezember 2005 (Mietvertrag) und 26. Dezember 2005 (Nachtrag zum Mietvertrag) getroffenen Vereinbarungen zu dem Ergebnis gelangt, dass der gemäß dem Nachtrag zu zahlende, nicht nach periodischen Zeitabschnitten bemessene Gesamtbetrag von 450.000 € für das lebenslange Nutzungsrecht hier nicht im ursprünglichen Mietvertrag ausgewiesen und vereinbart worden sei und daher eine gegenüber dem Grundpfandgläubiger und dem Zwangsverwalter unwirksame Vorausverfügung vorliege (vgl. Senatsurteil vom 5. November 1997 – VIII ZR 55/97, aaO S. 115 [= WuM aaO]). Gegen diese rechtsfehlerfreie tatrichterliche Beurteilung wendet sich die Revision vergeblich.

5 Erfolglos bleibt auch die von der Revision vorsorglich erhobene Rüge, bei der vom Kläger ausgesprochenen außerordentlichen Kündigung handele es sich um eine unzulässige Teilkündigung. Denn jedenfalls hat der Kläger – aus der maßgeblichen Sicht des Empfängers der Kündigungserklärung – keine Teilkündigung ausgesprochen. Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Amtsgerichts [Osnabrück], auf die das Berufungsgericht Bezug genommen hat, sind dem Kläger sowohl der Mietvertrag vom 16. Dezember 2005 als auch der Nachtrag vom 26. Dezember 2005 erst nach dem Ausspruch der Kündigung übersandt worden. Vor diesem Hintergrund betrachtet war die vom Kläger ausgesprochene Kündigung (eines „vermeintlichen Mietvertrages“) für die Beklagte bei objektiver Betrachtung so zu verstehen, dass der Kläger als Zwangsverwalter ein etwaiges Mietverhältnis mit ihr vollständig beenden wollte. Dass der Kläger auch nach Erhalt des Mietvertrages seine Klage lediglich auf die Räumung und Herausgabe der Wohnung und nicht auf weitere Räumlichkeiten und Flächen des unter seiner Zwangsverwaltung stehenden Anwesens gerichtet hat, begegnet angesichts der Dispositionsmaxime keinen rechtlichen Bedenken (vgl. OLG Düsseldorf, WuM 2002, 481, 482 [= GuT 2002, 104]).

6 3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen nach Zustellung dieses Beschlusses.

Hinw. d. Gerichts: Das Revisionsverfahren ist durch Zurückweisungsbeschluss vom 13. Dezember 2011 erledigt worden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 242, 1124 BGB
Grundstücksmiete;
Mieterleistungen als abwohnbarer Baukostenzuschuss;
Zwangsvollstreckung; Räumungsklage; Mietzinsrückstand**

Zur Berücksichtigungsfähigkeit von Mieterleistungen als abwohnbarer Baukostenzuschuss.

(BGH, Urteil vom 15. 2. 2012 – VIII ZR 166/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger war im Zeitraum vom 2. Mai 2006 bis zur Aufhebung der Zwangsverwaltung durch Beschluss des Amtsgerichts Wolgast vom 20. Juni 2011, in dem er zugleich zur Fortsetzung des vorliegenden Rechtsstreits ermächtigt worden ist, Zwangsverwalter über das Grundstück S.-Straße in H. Er begehrt von der Beklagten die Räumung des Grundstücks. Diese hatte das mit einem Vorder- und einem Hinterhaus bebaute Grundstück durch Vertrag vom 28. Dezember 2001 zu einer monatlichen Miete von 1480 € von den damaligen Grundstückseigentümern (im Folgenden: Vermieter) gemietet. Bei Abschluss des Mietvertrages war allein das Hinterhaus nutzbar, während das Vorderhaus noch nicht saniert war. In einer Zusatzvereinbarung vom gleichen Tage heißt es unter anderem:

„Die Parteien vereinbarten, dass der Mieter die in der beigefügten Liste aufgeführten Arbeiten in der vorgegebenen wertmäßigen Größenordnung bis zum 31. Dezember 2005 ausführt. Die Verrechnung des Wertes erfolgt unter Berücksichtigung eines Zinssatzes von 5,5% mit der monatlichen Miete...“

2 Die in Bezug genommene Liste weist Arbeiten an den Außenanlagen und am Vorderhaus des Grundstücks in einer Gesamtsumme von 339.500 € aus. Die von der Beklagten in der Folgezeit vorgenommenen Arbeiten, die sie unter Einsatz eines Sparvermögens von 35.000 € sowie in Eigenleistung unter Mitwirkung von Familienangehörigen und Freunden getätigt haben will, sind im Einzelnen streitig. Nach den Behauptungen der Beklagten führten die Vermieter am 29. Oktober 2005 eine Schlussabnahme durch und stellten dabei Baukosten von 320.500 € fest. In einem als Ergänzung des Anhangs zum Mietvertrag vom 28. Dezember 2001 bezeichneten und von ihr und den Vermietern unterzeichneten Schriftstück heißt es dazu:

„– festgestellte Baukosten 320.500 €
– bereits abgewohnt zwei Jahre
– Mietzeit 18 Jahre + 3 Jahre wegen Nichtnutzbarkeit wegen der Bauzeit
– Das Abwohnen der Baukosten nach Anhang beginnt am 1. 1. 2004 und endet am 31. 12. 2023 <...>“

3 Nachdem die Beklagte unter Hinweis auf die von ihr vorgenommenen Arbeiten und die mit den Vermietern getroffenen Vereinbarungen eine Mietzahlung an den Kläger verweigert hatte, kündigte dieser unter dem 28. Juli 2006 das Mietverhältnis wegen der ausstehenden Mieten für die Monate Juni und Juli 2006 fristlos und wiederholte die Kündigung nochmals in der am 13. September 2006 eingereichten Klage.

4 Die auf diese Kündigungen gestützte Räumungsklage hatte in den Vorinstanzen [AG Wolgast; LG Stralsund] Erfolg. Die im Berufungsrechtszug erhobene Hilfswiderklage, den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte für die Zeit vom Tage der Räumung und Herausgabe der Mieträume bis zum Ablauf des 31. Dezember 2023 die gesamte erzielte, hilfsweise die erzielbare Nettomiete herauszugeben, hat das Berufungsgericht abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision.

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

6 I. Das Berufungsgericht hat – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – im Wesentlichen ausgeführt:

7 Dem Kläger stehe ein Räumungsanspruch zu, weil die Beklagte ihm gegenüber zur Mietzahlung verpflichtet gewesen sei und durch ihre Weigerung einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung im Sinne von § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a BGB

gesetzt habe. Denn die Vereinbarungen zwischen der Beklagten und den Vermietern seien als eine dem Kläger gegenüber unwirksame Vorausverfügung über künftige Mieten im Sinne von § 1124 Abs. 2 BGB anzusehen. Insbesondere könne sich die Beklagte dabei nicht auf das Vorliegen eines Baukostenzuschusses und eine daraus folgende fehlende Verpflichtung zur Mietzahlung berufen. Ein Baukostenzuschuss setze nämlich voraus, dass der Mieter vor Durchführung der Instandsetzung tatsächlich Beiträge zur Schaffung oder Instandsetzung des Mietobjekts erbracht habe, und zwar bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus seinem eigenen Vermögen. Soweit die Beklagte vorgetragen habe, eigenes Sparvermögen in Höhe von 35.000 € eingesetzt zu haben, habe sie nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass dieses Geld tatsächlich verwendet worden sei und für welche in die Baumaßnahmen geflossenen Anschaffungen dies geschehen sei. Die entsprechenden Abreden mit den Vermietern und die Vorlage einer Bestätigung über den Istzustand seien hierfür ungeeignet, da sie für den Grundpfandgläubiger nicht nachvollziehbar seien. Die von ihr zu den einzelnen Gewerken vorgetragene Pauschalierung der erbrachten Leistungen sei keinesfalls ausreichend. Schon nach ihrem eigenen Vortrag seien von ihr auch nicht Sachleistungen erbracht worden. Soweit andere Personen aus dem Familienkreis tätig geworden seien, habe die Beklagte nicht dargelegt, dass diese Sachleistungen aus ihren privaten Mitteln finanziert worden seien.

8 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

9 Das Berufungsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass der Räumungsanspruch (§ 546 Abs. 1 BGB), zu dessen Geltendmachung der Kläger weiterhin befugt ist (§ 152 ZVG, § 12 Abs. 2 Satz 1 ZwVwV), davon abhängt, ob die Beklagte zur Zahlung der Monatsmieten verpflichtet war, auf deren Ausbleiben der Kläger seine Kündigungen gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a, § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB gestützt hat. Es hat hierbei jedoch – wie die Revision mit Recht rügt – die Voraussetzungen verkannt, nach denen sich das Vorliegen eines Baukostenzuschusses und damit die Frage beurteilt, ob die von der Beklagten auf dem Mietgrundstück erbrachten Aus- und Umbauleistungen als eine dem Kläger gegenüber wirksame Mietvorauszahlung für die im Streit stehenden Monate anzusehen sind.

10 1. Nach § 1124 Abs. 2 BGB, der gemäß § 146 Abs. 1, § 148 Abs. 1 Satz 1, § 20 ZVG auch in der Zwangsverwaltung eines Grundstücks gegenüber dem eingesetzten Zwangsverwalter Anwendung findet, ist eine (Voraus-)Verfügung über Mietforderungen dem Grundpfandgläubiger gegenüber unwirksam und kann ihm deshalb nicht als Erfüllung entgegen gehalten werden, soweit sie sich auf die Miete für eine spätere Zeit als den zur Zeit der Beschlagnahme laufenden Kalendermonat bezieht. Eine Ausnahme von dieser Regel, die verhindern soll, dass Grundpfandrechte durch unerkannte Vorausverfügungen über Mietforderungen ausgehöhlt werden, bilden Baukostenzuschüsse. Diese Leistungen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sie zum Auf- oder Ausbau des Mietgrundstücks bestimmt sind, bestimmungsgemäß dazu verwendet werden und zu einer Erhöhung des Grundstückswertes führen (Senatsurteil vom 30. November 1966 – VIII ZR 145/65, WPM 1967, 74 unter I 2 mwN), muss sich ein Grundpfandgläubiger beziehungsweise ein für ihn tätiger Zwangsverwalter als Mietvorauszahlungen entgegenhalten lassen.

11 Die Vorzugsstellung derartiger abwohnbaren Baukostenzuschüsse liegt darin begründet, dass der Mieter durch tatsächliche Leistungen, die an sich vom früheren Eigentümer und Vollstreckungsschuldner hätten aufgebracht werden müssen, einen Sachwert schafft, der dem Grundpfandgläubiger in Form einer Wertsteigerung des Grundstücks zugutekommt. Denn es ist mit Treu und Glauben (§ 242 BGB) nicht zu vereinbaren, wenn der Grundpfandgläubiger sich gleichwohl auf eine durch § 1124 Abs. 2 BGB begrenzte Berücksichtigungsfähigkeit einer in solchen Leistungen liegenden Mietvorauszahlung berufen kann

(Senatsurteil vom 30. November 1966 – VIII ZR 145/65, aaO unter I 2 a; vgl. ferner BGH, Urteile vom 25. November 1958 – VIII ZR 151/57, WPM 1959, 120 unter 4 b; vom 30. März 1989 – IX ZR 276/88, NJW-RR 1989, 714 unter I 2 b bb <2>; vom 11. März 2009 – VIII ZR 83/08, WuM 2009, 367 Rn. 20; Beschluss vom 13. Juni 2002 – IX ZR 26/01, WPM 2002, 1689 [= GuT 2002, 141] unter <II> 2 a; jeweils zur gleich gelagerten Vorschrift des § 57c ZVG aF).

12 2. Voraussetzung für die Berücksichtigungsfähigkeit eines abwohnbaren Baukostenzuschusses als Mietvorauszahlung ist zum einen, dass er mit der Abrede geleistet wird, dass die als Vorauszahlung zu erbringenden Leistungen vom Mieter in dieser Eigenschaft, nämlich mit Rücksicht auf das Mietverhältnis, aufgebracht und zum Auf- oder Ausbau des Mietgrundstücks verwendet werden sollen (Senatsurteil vom 30. November 1966 – VIII ZR 145/65, aaO). Zum anderen müssen – unter Zugrundelegung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise – die erbrachten Leistungen tatsächlich, wenn auch nur mittelbar, zur Schaffung oder Instandsetzung des Mietobjekts verwandt worden sein, und zwar – bei der auch insoweit gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise – aus dem eigenen Vermögen des Mieters (BGH, Urteile vom 11. März 2009 – VIII ZR 83/08; vom 30. März 1989 – IX ZR 276/88; Beschluss vom 13. Juni 2002 – IX ZR 26/01; jeweils aaO).

13 a) Für die Berücksichtigungsfähigkeit einer Leistung als Baukostenzuschuss kommt es nicht darauf an, ob diese in Geld- oder Sachmitteln oder in Arbeitsleistungen besteht und wie sich im Falle unterschiedlicher Leistungsformen deren Verhältnis untereinander im Einzelnen bestimmt. Berücksichtigungsfähig ist vielmehr alles, was bei wirtschaftlicher Betrachtung als (vorausbezahlte) Miete oder als sonstiger, etwa in Eigenleistungen bestehender Beitrag, und sei es auch nur mittelbar, bis zum Eintritt der Beschlagnahmewirkung tatsächlich an Werterhöhendem zur Schaffung oder Instandsetzung des Mietgrundstücks erbracht worden ist (vgl. BGH, Urteile vom 30. März 1989 – IX ZR 276/88; vom 11. März 2009 – VIII ZR 83/08; vom 21. Dezember 1989 – IX ZR 234/88, WPM 1990, 695 unter II 2 c; Beschluss vom 13. Juni 2002 – IX ZR 26/01; jeweils aaO). Dies hat das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet.

14 Die Beklagte hat die von ihr im Zeitraum von Anfang 2002 bis Herbst 2005 erbrachten Sanierungs- sowie Aus- und Umbauarbeiten an den auf dem Grundstück aufstehenden Gebäuden sowie ihre Arbeiten an den Außenanlagen im Einzelnen und unter Beweisantritt vorgetragen. Unter weiterem Beweisantritt hat sie eine von ihr veranlasste und durch Bilddokumentation unterlegte Bestandsaufnahme vom baulichen Zustand der Gebäude vor Beginn und nach Abschluss dieser Arbeiten und der dafür zu veranschlagenden Baukosten vorgelegt sowie einen entsprechenden Wertzuwachs des Grundstücks behauptet. Darüber hinaus hat sie vorgetragen, die beschriebenen Baumaßnahmen unter Mitwirkung ihrer Familie und ihres Freundeskreises durchgeführt und zu deren Finanzierung ihre Ersparnisse sowie Geldzuwendungen aus dem Kreis ihrer Familie eingesetzt zu haben.

15 Das Berufungsgericht hat diesen Sachvortrag rechtsfehlerhaft nicht mit dem gebotenen wirtschaftlichen Blick auf den von der Beklagten vorgetragenen Aus- und Umbauerfolg ihrer Arbeiten gewürdigt. Insbesondere hätte es das nach den Behauptungen der Beklagten eingesetzte Sparvermögen nicht allein deshalb unberücksichtigt lassen dürfen, weil die Beklagte nicht hinreichend substantiiert dargelegt habe, dass und für welche in die Baumaßnahmen geflossenen Anschaffungen dieses Geld tatsächlich verwendet worden sei. Denn auf die Frage, in welchen Baumaßnahmen und Bauteilen sich das eingesetzte Geld im Einzelnen niedergeschlagen hat, kommt es wegen der Maßgeblichkeit des durch die Baumaßnahmen erreichten Gesamtergebnisses nicht an. Aus dem gleichen Grunde ist es unerheblich, ob und in welchem Umfang die Beklagte in eigener Person Sachleistungen auf das Mietgrundstück erbracht hat. Denn auch insoweit kommt es bei der gebotenen wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung nicht darauf an, von wem und in wel-

cher Form die in das Ergebnis der Baumaßnahmen eingeflossenen Aus- und Umbauleistungen erbracht worden sind, sofern sie der Beklagten als eigene Leistungen zugerechnet werden können.

16 b) Das Berufungsgericht hat ferner die von der Beklagten vorgetragene Sach- und Arbeitsleistungen sowie finanziellen Unterstützungen aus dem Kreis ihrer Familie und Freunde unberücksichtigt gelassen, weil sie nicht dargelegt habe, dass diese Sachleistungen aus ihren privaten Mitteln finanziert worden seien. Dem liegt ebenfalls ein Fehlverständnis der für eine Berücksichtigung von Mieterleistungen bestehenden Anforderung zugrunde, dass die vom Mieter erbrachten Beiträge aus seinem eigenen Vermögen stammen müssen.

17 Dieses Erfordernis einer jedenfalls bei wirtschaftlicher Betrachtung gegebenen Zurechenbarkeit der als Mietvorauszahlung zu berücksichtigenden Mittel zum Vermögen des Mieters hat seinen Grund darin, dass nur dann eine durch Treu und Glauben (§ 242 BGB) begründete Ausnahme von § 1124 Abs. 2 BGB veranlasst ist, wenn der Mieter anstelle des dafür an sich zuständigen Vermieters unter Übernahme einer Vorleistungspflicht aus eigenen Mitteln etwas zur Schaffung oder Instandhaltung des Mietgrundstücks und damit zu dessen Werterhöhung beigetragen hat (BGH, Urteil vom 30. März 1989 – IX ZR 276/88; Beschluss vom 13. Juni 2002 – IX ZR 26/01; jeweils aaO). Dagegen besteht kein Grund, einem Mieter die mit einem Baukostenzuschuss verbundene Vorzugsstellung gegenüber einem (künftigen) Grundpfandgläubiger einzuräumen, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht der Mieter, sondern entweder der Eigentümer die Baumaßnahme finanziert oder der Mieter nachträglich die Kosten für eine außerhalb der mietvertraglichen Abreden erbrachte, insbesondere eine bei Mietvertragsschluss bereits abgeschlossene und aus diesem Grunde nicht als Baukostenzuschuss berücksichtigungsfähige Leistung übernommen hat (vgl. BGH, Urteile vom 30. März 1989 – IX ZR 276/88; vom 30. November 1966 – VIII ZR 145/65; jeweils aaO). Allerdings ändert sich am Ursprung der eingesetzten Mittel aus dem Vermögen des Mieters nichts, wenn dieser sich die Mittel von Dritten beschaffen muss, sei es durch Darlehen (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Juni 2002 – IX ZR 26/01, aaO unter II 2 b) oder – wie hier – auf sonstige Weise. Denn woher der Mieter sich die von ihm für einen Baukostenzuschuss benötigten und eingesetzten Mittel beschafft, ist für eine Zubilligung der auch in diesem Fall gebotenen Vorzugsstellung unerheblich.

18 c) Das Berufungsgericht hätte deshalb – wie die Revision mit Recht rügt – auch das Vorbringen der Beklagten berücksichtigen müssen, dass sie insoweit von ihren Familienangehörigen in Naturalien wie auch finanziell beschenkt worden sei, dass ihr Bruder für sie Arbeitsleistungen als Ausgleich für erhaltene erbrechtliche Zuwendungen erbracht habe und dass sie ihren Helfern zeitlich begrenzte Wohnrechte als Gegenleistung für die erbrachten Dienstleistungen an dem sanierten Objekt eingeräumt habe. Das Berufungsgericht hätte auch diese Leistungen in die erforderliche Gesamtbetrachtung des von der Beklagten am Mietobjekt erbrachten Aus- und Umbauerfolgs einbeziehen und den dahingehenden Beweisantritten nachgehen müssen. Zumindest hätte das Berufungsgericht dann ungeachtet der Frage, ob und inwieweit die mit den Vermietern insoweit getroffenen Wertfestlegungen auch gegenüber dem Kläger Bindungswirkungen entfalten können, prüfen müssen, ob die von der Beklagten tatsächlich geleisteten Beiträge zum Auf- und Ausbau des Mietobjekts objektiv so hoch waren, dass sie jedenfalls zum Zeitpunkt der Kündigungen noch nicht abgeholt waren.

19 3. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus einem anderen Grunde als richtig (§ 563 ZPO). Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Amtsgerichts hat die Klägerin im Mietvertrag vom 28. Dezember 2001 mit den Vermietern die vorstehend wiedergegebene Abrede zur Durchführung näher bezeichneter Sanierungsarbeiten am Mietgrundstück und zur Verrechnung des Wertes dieser Arbeiten mit den künftigen Mietzahlungen getroffen. Soweit die

Revisionserwiderung geltend macht, dass die Beklagte nach ihrem Vorbringen schon vor Vertragsschluss gewisse Sanierungsaktivitäten entfaltet habe, die nach dem Senatssurteil vom 30. November 1966 (VIII ZR 145/65, aaO; ebenso BGH, Beschluss vom 13. Juni 2002 – IX ZR 26/01, aaO) nicht als Baukostenzuschuss berücksichtigungsfähig wären, ändert das nichts daran, dass der ganz überwiegende Teil der Arbeiten nach ihren Behauptungen erst nach Abschluss des Mietvertrages und der darin getroffenen Verrechnungsabrede stattgefunden und die Beklagte ihr Vorbringen auch entsprechend differenziert hat. Unerheblich ist entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ferner, dass die Beklagte diese Leistungen im Berufungsrechtszug in einen werkvertraglichen Bezug zu setzen versucht hat. Denn auch in diesem Fall hat nach den zuvor getroffenen mietvertraglichen Vereinbarungen von vornherein die Abrede bestanden, dass die von den Vermietern zu erbringende Gegenleistung in einer Verrechnung der Bauleistungen mit den künftigen monatlichen Mieten bestehen und dass nicht etwa ein Werklohn zur Auszahlung kommen sollte (vgl. Senatssurteil vom 30. November 1966 – VIII ZR 145/65, aaO).

20 III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die erforderlichen Feststellungen zur Berücksichtigungsfähigkeit der von der Beklagten behaupteten Aus- und Umbaumaßnahmen als Baukostenzuschuss getroffen werden können (§ 563 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 304 InsO

**Insolvenzverfahren; Regelinsolvenzverfahren;
selbständige Nebentätigkeit des Schuldners;
selbständige Erwerbstätigkeit; Restschuldbefreiung**

Der Grundsatz, dass ein Schuldner auch dann unter die Vorschriften des Regelinsolvenzverfahrens fällt, wenn er neben einer abhängigen Beschäftigung einer wirtschaftlich selbständigen Nebentätigkeit nachgeht, gilt nur dann, wenn die Nebentätigkeit einen nennenswerten Umfang erreicht und sich organisatorisch verfestigt hat; eine nur gelegentlich ausgeübte Tätigkeit, die sich nicht zu einer einheitlichen Organisation verdichtet hat, ist keine selbständige Erwerbstätigkeit.

(BGH, Beschluss vom 24. 3. 2011 – IX ZB 80/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die bei einer Vermögensverwaltungsgesellschaft mit einem monatlichen Bruttoeinkommen von 1360 € vollzeitbeschäftigte Schuldnerin beantragte zunächst das Verbraucherinsolvenzverfahren nebst Restschuldbefreiung. Am 28. Januar 2008 meldete sie ein Gewerbe für Schreibearbeiten an, mit dem sie 2009 einen Umsatz von 840 € erzielte. Am 28. März 2008 nahm ihr Verfahrensbevollmächtigter den Insolvenzantrag mit der Begründung zurück, dass es nicht gelungen sei, den ursprünglich vom hiesigen Versagungsantragsteller (fortan: auch Gläubiger) in Aussicht gestellten Verzicht auf die Qualifikation seiner Forderung als unerlaubte Handlung umzusetzen. Aufgrund eines im November 2009 gestellten Insolvenzantrags mit Antrag auf Restschuldbefreiung, mit dem sie zugleich einen Insolvenzplan vorlegte, eröffnete das Insolvenzgericht am 18. Februar 2010 das Regelinsolvenzverfahren. Der Plan sieht vor, dass die Schuldnerin gegen Zahlung eines Betrages von 20.000 € von dritter Seite, der nach Abzug der Kosten des Verfahrens an die Gläubiger verteilt werden soll, die Restschuldbefreiung erlangt. Im Abstimmungstermin am 10. November 2010 nahm die Mehrheit der Gläubiger gegen den Widerstand des Versagungsantragstellers den Plan an.

2 Auf Antrag des Gläubigers hat das Insolvenzgericht [AG Nürnberg] die Bestätigung des Insolvenzplans mit Beschluss vom 25. November 2010 versagt. Die hiergegen gerichtete Be-

schwerde der Schuldnerin hat Erfolg gehabt. Das Beschwerdegericht [LG Nürnberg-Fürth] hat die Entscheidung des Insolvenzgerichts aufgehoben und die Planbestätigung erteilt, weil der Gläubiger eine wirtschaftliche Schlechterstellung durch den Plan nicht glaubhaft gemacht habe. Mit seiner Rechtsbeschwerde, für deren Durchführung er Prozesskostenhilfe beantragt, möchte der Gläubiger die Aufhebung der Entscheidung des Beschwerdegerichts und Versagung der Planbestätigung erreichen.

3 **Aus den Gründen:** II. Der Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe ist abzulehnen, die Rechtsbeschwerde hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 4 InsO, § 114 ZPO).

4 Die vom Gläubiger zu 1 zunächst ohne weitere Begründung eingelegte Rechtsbeschwerde (§§ 6, 7 Abs. 1, § 253 InsO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO) ist unzulässig, weil kein Zulassungsgrund erkennbar ist (§ 574 Abs. 2 ZPO).

5 1. Der Beschwerdeführer macht in erster Linie geltend, der Schuldnerin hätte die Bestätigung des Insolvenzplans versagt werden müssen, weil sie den Weg des Regelinsolvenzverfahrens mit Vorlage eines Insolvenzplans rechtsmissbräuchlich gewählt habe, um die im Verbraucherinsolvenz- und Schuldenbereinigerungsverfahren aufgrund seines Widerstands nicht durchsetzbare Befreiung von seiner Forderung im Regelinsolvenzverfahren zu erlangen. Die Aufnahme der wirtschaftlich bedeutungslosen selbständigen Tätigkeit habe ausschließlich dazu gedient, in das Regelinsolvenzverfahren mit der dort möglichen Durchführung eines Insolvenzplans zu gelangen.

6 a) Nach Auffassung des Beschwerdegerichts drängt sich zwar auf, dass die Schuldnerin die selbständige Tätigkeit mit äußerst geringen Umsätzen nur aufgenommen habe, um die Voraussetzungen eines Regelinsolvenzverfahrens zu schaffen. Dies könne aber nicht zur Versagung der Planbestätigung ohne Glaubhaftmachung einer wirtschaftlichen Schlechterstellung des Gläubigers führen, weil es letztlich eine autonome Entscheidung der Gläubigermehrheit sei, ob sie den Insolvenzplan annehme. Rechtsmissbrauch sei in der Ausnutzung eines im Gesetz vorgesehenen Verfahrens nicht zu sehen.

7 b) Diese Ausführungen sind im Ergebnis nicht angreifbar. Grundsatzfragen, die nicht im Prozesskostenhilfverfahren entschieden werden könnten, stellen sich nicht. Dem Beschwerdeführer ist zuzugeben, dass vorliegend erhebliche Bedenken gegen die Eröffnung eines Regelinsolvenzverfahrens bestehen. Zwar entspricht es nahezu einhellig vertretener Auffassung, dass ein Schuldner auch dann unter die Vorschriften des Regelinsolvenzverfahrens fällt, wenn er neben einer abhängigen Beschäftigung einer selbständigen Nebentätigkeit nachgeht (vgl. AG Hamburg, ZInsO 2004, 1375; HK-InsO/Landfermann, 5. Aufl. § 304 Rn. 6; MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, 2. Aufl. § 304 Rn. 52; Uhlenbruck/Vallender, InsO 13. Aufl. § 304 Rn. 9; Wenzel in Kübler/Prütting/Bork, InsO § 304 Rn. 14; Pape/Sietz in Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 8. Aufl. § 16 Rn. 16). Einschränkung ist aber nach zutreffender Auffassung eine wirtschaftlich selbständige Tätigkeit, welche die Anwendung des Regelinsolvenzverfahrens rechtfertigt, erst dann gegeben, wenn die Nebentätigkeit einen nennenswerten Umfang erreicht und sich organisatorisch verfestigt hat (FK-InsO/Kohte, 6. Aufl. § 304 Rn. 9; Graf-Schlicker/Sabel, InsO 2. Aufl. § 304 Rn. 8; HK-InsO/Landfermann, aaO; Uhlenbruck/Vallender, aaO). Erreichen die Einkünfte aus der Tätigkeit nicht einmal die Bagatellgrenze des § 3 Nr. 26 EStG (derzeit 2100 €), spricht vieles für das Fehlen einer verfestigten organisatorischen Einheit (vgl. Graf-Schlicker/Sabel, aaO). Die Schuldnerin hat

2009 mit ihrer selbständigen Tätigkeit nur einen Umsatz von 840 € erzielt. Die Schwelle zur Erheblichkeit der Tätigkeit war folglich bei weitem nicht überschritten.

8 c) Der damit möglicherweise vorliegende Verstoß gegen die Zuordnung der Schuldnerin zum Regelinsolvenzverfahren kann aber nicht zur Versagung der Planbestätigung führen. Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass die Rechtskraft des Beschlusses über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens für sämtliche Beteiligten bindende Wirkung hat und auch dann hinzunehmen ist, wenn er verfahrensfehlerhaft ergangen ist, sofern nicht ausnahmsweise ein Mangel vorliegt, der zur Nichtigkeit des Eröffnungsbeschlusses führt (vgl. BGH, Urteil vom 22. Januar 1998 – IX ZR 99/97, BGHZ 138, 40, 44; BGH, Urteil vom 7. Juli 2008 – II ZR 37/07, ZInsO 2008, 973 Rn. 13; HK-InsO/Kirchhof, aaO § 27 Rn. 35; Pape in Kübler/Prütting/Bork, InsO § 27 Rn. 35; Uhlenbruck, aaO § 27 Rn. 19). Hier ist ein Mangel, der zur Nichtigkeit des Eröffnungsbeschlusses führen könnte, nicht ersichtlich. Die Eröffnung des Regelinsolvenzverfahrens ist ungeachtet der Bedenken am Vorliegen einer wirtschaftlich selbständigen Tätigkeit der Schuldnerin wirksam. Damit konnte diese einen Insolvenzplan vorlegen, für den die §§ 217 ff InsO gelten.

9 2. Nach § 251 Abs. 1 Nr. 2 InsO ist die Bestätigung des Insolvenzplans auf Antrag eines Gläubigers dann zu versagen, wenn dieser Gläubiger durch den Insolvenzplan schlechter gestellt würde, als er ohne den Plan stünde. Zu vergleichen ist die Position des Gläubigers bei Abwicklung des Insolvenzverfahrens nach den Vorschriften der Insolvenzordnung und bei Ausführung des Insolvenzplans. Bringt der Plan für den widersprechenden Gläubiger wirtschaftliche Nachteile, hat der Widerspruch Erfolg. Zulässig ist der Antrag, die Bestätigung des Insolvenzplans zu versagen, nur, wenn der Gläubiger die Verletzung seines wirtschaftlichen Interesses glaubhaft macht. Dazu muss er Tatsachen vortragen und glaubhaft machen, aus denen sich die überwiegende Wahrscheinlichkeit seiner Schlechterstellung durch den Insolvenzplan ergibt. Die Prüfung des Insolvenzgerichts ist auf die vom Gläubiger vorgebrachten und glaubhaft gemachten Tatsachen und Schlussfolgerungen beschränkt (BGH, Beschluss vom 29. März 2007 – IX ZB 204/05, ZInsO 2007, 491 Rn. 10; vom 19. Mai 2009 – IX ZB 236/07, ZInsO 2009, 1252, Rn. 12 f).

10 Entsprechend diesen Grundsätzen hat das Beschwerdegericht den Antrag des Rechtsbeschwerdeführers, der eine konkrete wirtschaftliche Schlechterstellung bei Durchführung des Insolvenzplanverfahrens weder dargelegt noch glaubhaft gemacht hat, als unzulässig verworfen. Fragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen sich auch hierbei nicht. Die in Betracht kommenden Rechtsfragen sind im Sinne der Entscheidung des Beschwerdegerichts geklärt.

11 3. Soweit der Rechtsbeschwerdeführer eine gleichheitswidrige Benachteiligung von Gläubigern natürlicher Personen durch das Insolvenzplanverfahren gegenüber dem Regelinsolvenzverfahren rügen könnte, weil Forderungen, die aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung des Schuldners herrühren (vgl. § 174 Abs. 2 InsO), von der Schuldbefreiung durch den erfüllten Insolvenzplan nur ausgenommen sind, wenn der Plan dies ausdrücklich bestimmt, steht dies mit dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte sowie dem Sinn und Zweck des Insolvenzplanverfahrens in Einklang. Das Insolvenzplanverfahren ist nur dann handhabbar und kann nur dann zu der im Interesse der Gläubigergesamtheit gewünschten zeitnahen Schuldenregulierung führen, wenn die Prüfung der behaupteten Schlechterstellung im Verfahrensabschnitt der gerichtlichen Bestätigung des Insolvenzplans (§ 247 Abs. 2, §§ 248 bis 251 InsO) an die Glaubhaftmachung durch den widersprechenden Gläubiger geknüpft wird. Dieses Erfordernis wird sonach durch die Besonderheiten dieser Verfahrensart gerechtfertigt; es erscheint sogar zwingend erforderlich (BGH, Beschluss vom 17. Dezember 2009 – IX ZR 32/08, Rn. 3).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

GuT

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

§ 116 ZPO

Prozesskostenhilfe PKH; parteifähige Vereinigungen; Rechtsverfolgungsinteressen und allgemeine Interessen

Eine als Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführte Rechtsanwaltssozietät ist eine parteifähige Vereinigung im Sinne des Prozesskostenhilferechts. Die Durchsetzung von Gebührenforderungen rechtsberatender Berufe berührt keine allgemeinen Interessen.

(BGH, Beschluss vom 10. 2. 2011 – IX ZB 145/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin ist eine in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts geführte Rechtsanwaltssozietät, deren beide Gesellschafter zugelassene Rechtsanwälte sind. Wegen der Beratung im Zusammenhang mit einem Sicherungs- und Übereignungsvertrag macht die Klägerin eine Vergütungsforderung in Höhe von 14.404,71 € gegen die Beklagten gerichtlich geltend. Ihr Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe ist in den Vorinstanzen [LG Potsdam; OLG Brandenburg] ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

5 **Aus den Gründen:** II. 2. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Rechtsbeschwerde statt. Prozesskostenhilfe ist bereits deshalb zu versagen, weil die Unterlassung der Rechtsverfolgung durch die Klägerin keinen allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde (§ 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO).

6 a) Die Klägerin ist eine parteifähige Vereinigung im Sinne von § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO.

7 Diese Vorschrift knüpft die Gewährung von Prozesskostenhilfe für juristische Personen und parteifähige Vereinigungen an besondere rechtliche Voraussetzungen. Zu den parteifähigen Vereinigungen gehören neben der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft (§ 124 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB) insbesondere die nicht rechtsfähigen Vereine (§ 50 Abs. 2 ZPO; vgl. bereits BGH, Urt. v. 2. Juli 2007 – II ZR 111/05, WPM 2007, 1932 Rn. 54 ff). Infolge der ihr durch die Rechtsprechung zugebilligten Rechtsfähigkeit (BGHZ 146, 341 ff [= WuM 2001, 134]) ist auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet, als parteifähige Vereinigung im Sinne des § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO anzusehen (vgl. OLG Dresden MDR 2008, 818; MünchKomm-ZPO/Motzer, 3. Aufl. § 116 Rn. 20; Zöller/Geimer, ZPO 27. Aufl. § 116 Rn. 11a; Musielak/Fischer, ZPO 7. Aufl. Rn. 11; P/G/Völker/Zempel, ZPO 2. Aufl. § 116 Rn. 16). Als Außengesellschaft bürgerlichen Rechts erweist sich die klagende Rechtsanwaltssozietät somit als parteifähige Vereinigung. Es wäre mit dem eindeutigen Wortlaut des § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht zu vereinbaren, Rechtsanwaltssozietäten im Unterschied zu anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts – wie dies die Rechtsbeschwerde fordert – vom Geltungsbereich der Vorschrift freizustellen. Eine solche Rechtsanwendung würde überdies mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) kollidieren, weil selbst juristische Personen und parteifähige Vereinigungen, die gemeinnützige Zwecke verfolgen, der Regelung des § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO unterliegen (BGH, Beschl. v. 29. Januar 1987 – V ZR 160/85, KostRSpr. ZPO § 116 Nr. 7; KG NJOZ 2007, 55, 56; Musielak/Fischer, aaO § 116 Rn. 18).

8 b) Das nach dem Willen des Gesetzgebers auf besondere Ausnahmefälle (BGH, Beschl. v. 20. Januar 1965 – VIII ZR 304/62, NJW 1965, 585) zugeschnittene Tatbestandsmerkmal des § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO, wonach die Unterlassung der Rechtsverfolgung allgemeinen Interessen zuwiderlaufen würde, ist im Streitfall nicht erfüllt.

9 aa) Der Gesetzgeber hat die Gewährung von Prozesskostenhilfe an juristische Personen oder parteifähige Vereinigungen durch § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO in Einklang mit der Verfassung an das spezielle Erfordernis geknüpft, dass die Unterlassung der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung allgemei-

nen Interessen zuwiderlaufen würde. Diese Beschränkung trägt den besonderen Verhältnissen der juristischen Personen und rechtsfähigen Vereinigungen Rechnung. Diese Rechtsformen bieten den dahinter stehenden Personen wirtschaftliche Vorteile, bei Kapitalgesellschaften zusätzlich eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen. Die Rechtsträgerschaft parteifähiger Vereinigungen ist an ein ausreichendes Gesellschaftsvermögen gebunden. Dieses ist die Voraussetzung sowohl für ihre Gründung als auch für ihre weitere Existenz. Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung bilden für Gesellschaften Insolvenzgründe. Mit der Insolvenzeröffnung werden die Vereinigungen aufgelöst. Die Vereinigungen besitzen demnach nur dann eine von der Rechtsordnung anerkannte Existenzberechtigung, wenn sie in der Lage sind, ihre Ziele aus eigener Kraft zu verfolgen (BT-Drucks. 8/3068 S. 26 unter Hinweis auf BVerfGE 35, 348 ff, 356). Vor diesem Hintergrund will die Regelung des § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO Vorsorge dagegen treffen, dass mittellose Vereinigungen wirtschaftliche Interessen auf Kosten der Allgemeinheit verwirklichen (OLG Hamburg MDR 1988, 782, 783; MünchKomm-ZPO/Motzer 3. Aufl. § 116 Rn. 25).

10 bb) Der Anwendungsbereich der Vorschrift beschränkt sich mithin auf Sachverhalte, die größere Kreise der Bevölkerung oder des Wirtschaftslebens ansprechen und soziale Wirkungen nach sich ziehen können (BGH, Beschl. v. 20. September 1957 – VII ZR 62/57, BGHZ 25, 183, 185; Beschl. v. 5. November 1985 – X ZR 23/85, NJW 1986, 2058, 2059; Beschl. v. 20. Dezember 1989 – VIII ZR 139/89, NJW-RR 1990, 474). Ein allgemeines Interesse kann angenommen werden, wenn außer den an der Führung des Rechtsstreits wirtschaftlich Beteiligten ein erheblicher Kreis von Personen durch die Unterlassung der Rechtsverfolgung in Mitleidenschaft gezogen würde (BFH, RPfleger 1993, 290). Danach läuft die Unterlassung der Rechtsverfolgung allgemeinen Interessen zuwider, wenn die Vereinigung ohne die Durchführung des Rechtsstreits gehindert wäre, der Allgemeinheit dienende Aufgaben zu erfüllen. Gleiches kann gelten, wenn von der Durchführung des Prozesses die Existenz eines Unternehmens abhängt, an dessen Erhaltung wegen der großen Zahl von Arbeitsplätzen ein allgemeines Interesse besteht (BGH, Beschl. v. 20. September 1957, aaO S. 184 f; Beschl. v. 24. Oktober 1990 – VIII ZR 87/90, NJW 1991, 703 im Anschluss an BT-Drucks., aaO S. 26 f). Der Gesichtspunkt der Existenzsicherung eines Unternehmens greift jedoch nicht durch, wenn die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hat und ihre Liquidation ohnehin zum Wegfall von Arbeitsplätzen führen wird (BFH, aaO; OLG Hamm NJW-RR 1989, 382, 383). Die Unterlassung der Rechtsverfolgung kann auch dann allgemeinen Interessen zuwiderlaufen, wenn eine große Zahl von Kleingläubigern betroffen ist (BGH, Beschl. v. 5. November 1985, aaO S. 2059; Beschl. v. 24. Oktober 1990, aaO). Allein die Gemeinnützigkeit einer Vereinigung begründet noch kein allgemeines Interesse an der Rechtsverfolgung (BGH, Beschl. v. 29. Januar 1987, aaO; KG, aaO; Musielak/Fischer, aaO § 116 Rn. 18). Ohne Bedeutung ist das – bereits im Rahmen des § 114 Satz 1 ZPO zu berücksichtigende – Einzelinteresse an einer richtigen Entscheidung (BGH, Beschl. v. 20. September 1957, aaO S. 185; Beschl. v. 20. Januar 1965, aaO). Ebenso wenig reicht der Umstand aus, dass bei der Entscheidung des Rechtsstreits Rechtsfragen von allgemeiner Bedeutung zu beantworten sind (BGH, Beschl. v. 20. Januar 1965, aaO; Beschl. v. 20. Dezember 1989, aaO). Außer Betracht hat schließlich zu bleiben, ob die Vereinigung auf der Grundlage eines ihr günstigen Urteils in die Lage versetzt wird, rückständige Steuern und Abgaben zu begleichen (OLG Köln JurBüro 1985, 1259; VersR 1989, 277).

11 cc) Berücksichtigt man alle hier in Betracht kommenden Umstände, läuft die Unterlassung der Rechtsverfolgung durch die Klägerin keinen allgemeinen Interessen zuwider.

12 (1) Durch die Unterlassung einer Rechtsverfolgung wird nicht ein erheblicher Kreis von Personen in Mitleidenschaft gezogen. Rückwirkungen auf größere Teile der Bevölkerung oder des Wirtschaftslebens sind nicht zu erwarten, wenn die Streit-

sache nicht durchgeführt wird. Es droht nicht der Verlust einer erheblichen Zahl von Arbeitsplätzen, zumal sich die Klägerin nach dem Rechtsbeschwerdevorbringen in Liquidation befindet und ihre Gesellschafter ihre Berufstätigkeit unter dem Dach einer neu gegründeten Rechtsanwalts-GmbH, die neben der Liquidationsgesellschaft besteht, fortsetzen. Auch eine Gefährdung einer Vielzahl von Gläubigern scheidet aus.

13 (2) Die Durchsetzung von Gebührenforderungen rechtsberatender Berufe berührt auch sonst keine allgemeinen Interessen.

14 Die Vorschrift des § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO knüpft das Merkmal der allgemeinen Interessen nicht an den Charakter des von einer Vereinigung geförderten Gesellschaftszwecks (vgl. § 705 BGB), sondern an die konkrete Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung. Deswegen ist gemeinnützigen Vereinigungen nicht schlechthin mit Rücksicht auf die von ihnen wahrgenommenen Aufgaben Prozesskostenhilfe zu gewähren (BGH, Beschl. v. 29. Januar 1987, aaO; KG, aaO; Musielak/Fischer, aaO). Ebenso werden allgemeine Interessen nicht berührt, wenn ein günstiger Prozessausgang die Partei mittelbar in den Stand setzen würde, rückständige öffentliche Abgaben zu entrichten (OLG Köln JurBüro 1985, 1259; VersR 1989, 277). Eine funktionierende Rechtsberatung dient zwar in ihrer Gesamtheit Belangen des Allgemeinwohls. Mit der Tätigkeit der Rechtsberatung im Einzelfall verfolgen die Angehörigen der rechtsberatenden Berufe jedoch lediglich ihre individuellen Erwerbsinteressen. Eine der Allgemeinheit dienende Aufgabe wird – abgesehen von Fällen der Beiordnung eines Anwalts kraft hoheitlicher Anordnung – durch die Rechtsberatung eines einzelnen Mandanten nicht wahrgenommen. Folgerichtig werden aus einer solchen Rechtsberatung resultierende anwaltliche Gebührenansprüche wie sonstige Vergütungen für Dienstleistungen auch jedenfalls in aller Regel im alleinigen Interesse des Anspruchstellers geltend gemacht. Daher betrifft die von der Klägerin im Streitfall beabsichtigte Verwirklichung einer anwaltlichen Gebührenforderung ausschließlich ihre Individualinteressen.

15 (3) Dieses Auslegungsergebnis ist nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen zu korrigieren.

16 Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung der jeweiligen Gebührenordnung für die anwaltliche Tätigkeit auch die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts zu beachten. Art. 12 Abs. 1 GG umfasst jedoch keinen Anspruch auf beruflichen Erfolg im Rahmen einer wettbewerblich strukturierten Ordnung (BVerfGE 118, 1, 19). Demgemäß besteht keine Verpflichtung des Staates, jedem einzelnen Angehörigen der rechtsberatenden Berufe eine wirtschaftlich auskömmliche Berufsausübung zu ermöglichen. Ebenso kann keine verfassungsrechtliche Verpflichtung anerkannt werden, rechtsberatenden Berufen im Unterschied zu anderen Berufsgruppen durch die erleichterte Gewährung von Prozesskostenhilfe zur Durchsetzung der gegen ihre Mandanten gerichteten Gebührenforderungen zu verhelfen. Insoweit können nicht zuletzt die Berufsträger selbst Vorsorge treffen, indem sie ihre Tätigkeit von einer Vorschusszahlung abhängig machen. Soweit die Rechtsbeschwerde die unterschiedliche Behandlung von Einzelanwälten und Rechtsanwaltssozialitäten bei der Gewährung von Prozesskostenhilfe rügt, lässt sie den wesentlichen Gesichtspunkt außer Betracht, dass ein gesellschaftsrechtlicher Zusammenschluss den beteiligten Berufsträgern wirtschaftliche Vorteile bietet, welche die Anwendung des § 116 Satz 1 Nr. 2 ZPO rechtfertigen (BT-Drucks., aaO S. 26). Darum berührt die Verfolgung anwaltlicher Gebührenforderungen über die Belange des Anspruchsinhabers hinaus grundsätzlich keine allgemeinen Interessen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2010, 367; GuT 2010, 371 f. m. w. Hinw. d. Red.; GuT 2010, 254 (Wohnungseigentümergeinschaft); GuT 2011, 398.

§ 148 ZPO

Musterprozess im Revisionsverfahren; Aussetzung eines zweiten Rechtsstreits vor Instanzgerichten; Massenverfahren

a) Der Umstand, dass beim Bundesgerichtshof ein Revisionsverfahren anhängig ist, in dem über eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, von deren Beantwortung auch die Entscheidung eines zweiten Rechtsstreits ganz oder teilweise abhängt, rechtfertigt die Aussetzung der Verhandlung des zweiten Rechtsstreits grundsätzlich auch dann nicht, wenn bei dem zur Entscheidung berufenen Gericht eine Vielzahl von gleich gelagerten Fällen anhängig ist.

b) Es bleibt offen, ob eine Aussetzung ausnahmsweise dann erfolgen darf, wenn die Zahl der bei dem Gericht anhängigen Verfahren die Grenze erreicht, bei der eine angemessene Bewältigung schlechthin nicht mehr möglich ist (Anschluss an BGH, Beschlüsse vom 30. März 2005 – X ZB 26/04, BGHZ 162, 373, 377 [= GuT 2005, 183 KL] und X ZB 20/04, juris Rn. 13, 15).

(BGH, Beschluss vom 28. 2. 2012 – VIII ZB 54/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin begehrt von dem beklagten Sonderkunden die Zahlung restlichen Entgelts für Gaslieferungen; insoweit streiten die Parteien über die Berechtigung von Gaspreiserhöhungen. Das Amtsgericht Hamburg-Harburg hat die Klage abgewiesen. Das Landgericht Hamburg (Zivilkammer 4) hat das Berufungsverfahren analog § 148 ZPO bis zur Entscheidung der beim Senat anhängigen Revisionsverfahren VIII ZR 93/11 und VIII ZR 94/11, die Parallelverfahren der Klägerin gegen andere Kunden betreffen, ausgesetzt. Hiergegen richtet sich die vom Landgericht zugelassene Rechtsbeschwerde des Beklagten.

2 **Aus den Gründen:** II. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

3 1. Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

4 Zwar sei eine Vorgeiflichkeit im Sinne des § 148 ZPO nicht gegeben. Das vorliegende Verfahren könne aber analog § 148 ZPO ausgesetzt werden, da es sich hierbei um einen Teil eines „Massenverfahrens“ handle und die Unmöglichkeit einer angemessenen Bewältigung der Gesamtheit der Verfahren das Gewicht verfahrenswirtschaftlicher Erwägungen so erhöhe, dass hierdurch ein qualitativ anderer Wertungsgesichtspunkt als die „normale“ Prozessökonomie begründet werde. Bei dem Landgericht Hamburg seien mehrere Hundert gleichgelagerte Berufungen anhängig. Nach Abschluss der beim Bundesgerichtshof anhängigen Revisionsverfahren sei zu erwarten, dass entweder die Klägerin ihre Berufung zurücknehme oder die Beklagtenseite den Klageanspruch anerkenne. Eine streitige Fortsetzung des vorliegenden Verfahrens zum gegenwärtigen Zeitpunkt würde daher zu einer erheblichen Mehrbelastung des Gerichts führen. Sie wäre insbesondere auch für die betroffenen Parteien in einem Maße unwirtschaftlich, dass es gerechtfertigt erscheine, dem Wertungsgesichtspunkt der Prozessökonomie das erforderliche Gewicht beizumessen.

5 2. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

6 a) Nach § 148 ZPO kann das Gericht, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen Rechtsstreits bildet, anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits auszusetzen ist. Die Aussetzung der Verhandlung setzt damit die Vorgeiflichkeit der in dem anderen Rechtsstreit zu treffenden Entscheidung im Sinne einer (zumindest teilweise) präjudiziellen Bedeutung voraus, also dass die Entscheidung in dem einen Rechtsstreit die Entscheidung des anderen rechtlich beeinflussen kann (BGH, Beschluss vom 30. März 2005 – X ZB 26/04, BGHZ 162, 373, 375). Diese Voraussetzung ist – wie

das Landgericht auch erkannt hat – vorliegend nicht erfüllt, da die beim Senat anhängigen Revisionsverfahren VIII ZR 93/11 und VIII ZR 94/11 im Hinblick auf das der Rechtsbeschwerde zu Grunde liegende Verfahren weder materielle Rechtskraft entfalten noch Gestaltungs- oder Interventionswirkung haben (vgl. Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 148 Rn. 23 ff.). Es genügt nicht, dass die in den genannten Revisionsverfahren zu erwartenden Entscheidungen (lediglich) geeignet sind, einen rein tatsächlichen Einfluss auf die zu treffende Entscheidung zu haben (vgl. BGH, Beschlüsse vom 30. März 2005 – X ZB 26/04, aaO; vom 25. Januar 2006 – IV ZB 36/03, juris Rn. 2; BAG, NJOZ 2005, 2318, 2324).

7 b) Allein die Tatsache, dass in einem anderen Verfahren über einen gleich oder ähnlich gelagerten Fall nach Art eines Musterprozesses entschieden werden soll, rechtfertigt für sich genommen ebenfalls noch keine Aussetzung analog § 148 ZPO (BGH, Beschlüsse vom 30. März 2005 – X ZB 26/04, aaO S. 376, und X ZB 20/04, juris Rn. 11; vgl. auch BGH, Beschluss vom 25. Januar 2006 – IV ZB 36/03, aaO; Senatsurteil vom 21. Februar 1983 – VIII ZR 4/82, NJW 1983, 2496 unter II 2 a; OLG Stuttgart, OLGR 1999, 134 f.). Insbesondere enthält § 148 ZPO keine allgemeine Ermächtigung, die Verhandlung eines Rechtsstreits zur Abwendung einer vermeidbaren Mehrbelastung des Gerichts auszusetzen (BGH, Beschluss vom 30. März 2005 – X ZB 26/04, aaO). Denn die Vorschrift stellt nicht auf sachliche oder tatsächliche Zusammenhänge zwischen verschiedenen Verfahren, sondern auf die Abhängigkeit vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses ab. Allein die tatsächliche Möglichkeit eines Einflusses genügt dieser gesetzlichen Voraussetzung nicht, so dass die bloße Übereinstimmung in einer entscheidungserheblichen Rechtsfrage die Aussetzung noch nicht erlaubt (BGH, Beschlüsse vom 30. März 2005 – X ZB 26/04, aaO S. 377, und X ZB 20/04, juris Rn. 15; BFH, BFH/NV 2010, 1847). Dem entsprechend hat auch der Gesetzgeber mit § 7 KapMuG und § 93a VwGO eigens spezialgesetzliche Grundlagen für eine von § 148 ZPO beziehungsweise der parallelen Vorschrift des § 94 VwGO an sich nicht mehr gedeckte Aussetzung von Musterverfahren geschaffen (vgl. BTDrucks. 11/7030 S. 28; 15/5091 S. 14).

8 c) Die vom Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang bislang ausdrücklich offen gelassene Frage, ob bei „Massenverfahren“ die Unmöglichkeit der angemessenen Bewältigung der Gesamtheit der Verfahren das Gewicht verfahrenswirtschaftlicher Erwägungen so zu erhöhen vermag, dass hierin ein nicht nur quantitativ, sondern qualitativ anderer Wertungsgesichtspunkt als die „normale“ Prozessökonomie hervortritt (BGH, Beschlüsse vom 30. März 2005 – X ZB 26/04, aaO S. 377, und X ZB 20/04, aaO Rn. 13; vgl. auch Stürner, JZ 1978, 499), bedarf auch vorliegend keiner Entscheidung. Voraussetzung für die Annahme eines derartigen „Massenverfahrens“ wäre jedenfalls, dass das Gericht mit einer schlechthin nicht zu bewältigenden Vielzahl von gleichgelagerten Verfahren befasst ist (BGH, Beschluss vom 30. März 2005 – X ZB 20/04, aaO Rn. 15). Dazu hat das Landgericht bislang keine zureichenden Feststellungen getroffen.

9 Der Beschluss lässt bereits nicht erkennen, wie viele der bei dem Landgericht Hamburg anhängigen gleichgelagerten Berufungsverfahren, deren Zahl mit mehreren Hundert angegeben ist, gerade bei der Zivilkammer 4 anhängig sind. Diese Angabe ist jedoch erforderlich, um beurteilen zu können, ob das Gericht mit einer schlechthin nicht zu bewältigenden Vielzahl von gleichgelagerten Verfahren befasst ist, die es gegebenenfalls rechtfertigen könnte, aus besonderen verfahrenswirtschaftlichen Erwägungen eine Aussetzung jedenfalls eines Teils der anhängigen Verfahren in Betracht zu ziehen. Allein der Umstand, dass auch bei anderen Spruchkörpern desselben Gerichts weitere gleichgelagerte Verfahren anhängig sind, lässt eine solche Aussetzung in entsprechender Anwendung des § 148 ZPO nicht zu, da dies für die Belastung des zur Entscheidung beru-

fenen Spruchkörpers und dessen Fähigkeit zur angemessenen Bewältigung der bei ihm anhängigen Verfahren ohne Aussagekraft ist.

10 Ebenso wenig wird eine solche Aussetzung durch die Überlegung des Berufungsgerichts gerechtfertigt, dass eine streitige Fortsetzung des vorliegenden Verfahrens zum gegenwärtigen Zeitpunkt zu einer erheblichen Mehrbelastung des Gerichts führen würde und auch für die betroffenen Parteien in besonderer Weise unwirtschaftlich wäre. Zu einer solchen erheblichen Mehrbelastung der Zivilkammer 4 ist – wie ausgeführt – nichts Näheres festgestellt, so dass sich auch schon deshalb der Hinweis auf die Unwirtschaftlichkeit einer Verfahrensfortsetzung noch im Bereich „normaler“ Prozessökonomie bewegt, die die vorgenommene Verfahrensaussetzung nicht trägt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 30. März 2005 – X ZB 26/04, und X ZB 20/04; jeweils aaO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: In der Parallelsache VIII ZB 55/11 (Berufungsgericht LG Hamburg, Zivilkammer 20) heißt es in den Gründen des Beschlusses vom 28. 2. 2012 unter II. 2. c:

»8 c) Die vom Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang bislang ausdrücklich offen gelassene Frage, ob bei „Massenverfahren“ die Unmöglichkeit der angemessenen Bewältigung der Gesamtheit der Verfahren das Gewicht verfahrenswirtschaftlicher Erwägungen so zu erhöhen vermag, dass hierin ein nicht nur quantitativ, sondern qualitativ anderer Wertungsgesichtspunkt als die „normale“ Prozessökonomie hervortritt (BGH, Beschlüsse vom 30. März 2005 – X ZB 26/04, aaO S. 377, und X ZB 20/04, aaO Rn. 13; vgl. auch Stürner, JZ 1978, 499), bedarf auch vorliegend keiner Entscheidung. Voraussetzung für die Annahme eines derartigen „Massenverfahrens“ wäre jedenfalls, dass das Gericht mit einer schlechthin nicht zu bewältigenden Vielzahl von gleichgelagerten Verfahren befasst ist (BGH, Beschluss vom 30. März 2005 – X ZB 20/04, aaO Rn. 15). Dazu hat das Landgericht bislang keine zureichenden Feststellungen getroffen.

9 Der Umstand, dass 98 gleichgelagerte Berufungsverfahren bei der Zivilkammer 20 anhängig sind, hat für sich allein keine Aussagekraft zur Beantwortung der Frage, ob dieser Spruchkörper mit einer schlechthin nicht zu bewältigenden Vielzahl von gleichgelagerten Verfahren befasst ist. Zur Geschäftsbelastung dieses Spruchkörpers durch sonstige Verfahren ist nichts festgestellt. Insbesondere verhält sich das Berufungsgericht nicht zu der Frage, ob und inwieweit bei dem Landgericht Hamburg – etwa durch Verteilung der eingehenden Sachen im Rotationssystem – ein Verfahren eingerichtet ist, um die Geschäftsbelastung möglichst gleichmäßig auf alle Spruchkörper zu verteilen. Im Übrigen liegt es auch nicht auf der Hand, dass bei 98 gleichgelagerten Berufungsverfahren innerhalb eines landgerichtlichen Spruchkörpers, dessen Mitglieder sich bereits in den Streitstoff eingearbeitet haben, oder bei 280 gleichgelagerten Berufungsverfahren innerhalb eines großen Landgerichts eine Verfahrenserledigung binnen angemessener Zeit schlechthin nicht zu bewältigen ist.

10 Ebenso wenig wird eine solche Aussetzung durch die Überlegung des Berufungsgerichts gerechtfertigt, dass eine streitige Fortsetzung des vorliegenden Verfahrens zum gegenwärtigen Zeitpunkt zu einer erheblichen Mehrbelastung des Gerichts führen würde und auch für die betroffenen Parteien in besonderer Weise unwirtschaftlich wäre. Auch zu einer solchen Mehrbelastung ist nichts Näheres festgestellt. Zudem läge eine solche, unterhalb der Schwelle einer nicht mehr hinnehmbaren Erschöpfung gerichtlicher Kapazität liegende Mehrbelastung genauso wie der damit verbundene Hinweis auf die Unwirtschaftlichkeit einer Verfahrensfortsetzung noch im Bereich „normaler“ Prozessökonomie, welche die vom Berufungsgericht vorgenommene Verfahrensaussetzung nicht trägt (vgl. BGH, Beschlüsse vom 30. März 2005 – X ZB 26/04, und X ZB 20/04; jeweils aaO).«

**§§ 234, 238, 522 ZPO
Berufungsfrist; Wiedereinsetzungsfrist;
Prüfpflichten des Berufungsgerichts;
Rückzahlung restlicher Mietkaution**

a) Die Wiedereinsetzungsfrist beginnt spätestens mit dem Zeitpunkt, in dem der verantwortliche Anwalt bei Anwendung der unter den gegebenen Umständen von ihm zu erwartenden Sorgfalt die eingetretene Säumnis hätte erkennen können und müssen (Senatsbeschluss vom 7. Februar 1996 XII ZB 107/94 – FamRZ 1996, 934).

b) Wird dem Anwalt die Handakte zur Fertigung der Berufungsbegründung vorgelegt, muss er anhand der Handakte auch prüfen, ob die Berufungsfrist eingehalten worden ist.

(BGH, Beschluss vom 6. 7. 2011 – XII ZB 88/11)

1 Zum Sachverhalt: Der Kläger wendet sich mit der Rechtsbeschwerde gegen die Zurückweisung seines Antrages auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die damit einhergehende Verwerfung seiner Berufung.

2 Das Amtsgericht Oldenburg i. Holstein hat die Klage auf Rückzahlung restlicher Mietkaution abgewiesen und der auf Zahlung bzw. Feststellung gerichteten Widerklage stattgegeben. Das Urteil ist dem Kläger am 30. Oktober 2009 zugestellt worden. Die Berufungsschrift des Klägers ist beim Berufungsgericht [LG Lübeck] am 2. Dezember 2009 eingegangen, worauf das Gericht die Parteien mit Schreiben gleichen Datums hingewiesen hatte. Bereits am 30. November 2009 war die Berufungsschrift in Form eines Telefaxes an das Amtsgericht gesandt worden. Dieses hatte sie an das Berufungsgericht weitergeleitet, wo das Telefax am 3. Dezember 2009 schließlich eingegangen war. Nachdem das Berufungsgericht den Kläger am 12. Januar 2011 darauf hingewiesen hatte, dass die Berufungsfrist nicht eingehalten sei, hat er am 14. Januar 2011 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt.

3 Diesen Antrag hat das Berufungsgericht mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen und zugleich die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen. Dem Antrag des Klägers sei nicht zu entsprechen, da er nicht innerhalb der Ausschlussfrist des § 234 Abs. 3 ZPO gestellt worden sei. Die Kammer sei nicht gehalten gewesen, vor Ablauf dieser Jahresfrist über die Zulässigkeit der Berufung zu entscheiden. Besondere Umstände, bei deren Vorliegen die Ausschlussfrist nicht eingreife, lägen nicht vor. Zudem hätte auch der Klägervertreter Kenntnis von den Tatsachen, aus denen sich die Unzulässigkeit der Berufung ergäbe. Hiergegen wendet sich der Kläger mit der Rechtsbeschwerde.

4 Aus den Gründen: II. Die Rechtsbeschwerde ist unzulässig. Sie ist zwar gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 1 i. V.m. §§ 522 Abs. 1 Satz 4, 238 Abs. 2 ZPO statthaft und frist- sowie formgerecht eingelegt worden. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde fehlt es jedoch an den Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO. Namentlich ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich.

5 Es kann dahingestellt bleiben, ob die Begründung der angefochtenen Entscheidung zur Anwendung der Ausschlussfrist des § 234 Abs. 3 ZPO den entsprechenden Angriffen der Rechtsbeschwerde standhielte.

6 Die angefochtene Entscheidung beruht jedenfalls nicht auf einer möglicherweise fehlerhaften Anwendung der Ausschlussfrist des § 234 Abs. 3 ZPO. Nach den getroffenen Feststellungen war der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bereits gemäß § 234 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO unzulässig.

7 a) Nach § 234 Abs. 1 Satz 1 ZPO muss die Wiedereinsetzung innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden. Nach § 234 Abs. 2 ZPO beginnt die Frist mit dem Tag, an dem das Hindernis – hier also die Unkenntnis von dem verspäteten Eingang der Berufungsschrift beim Berufungsgericht – beho-

ben ist. Dabei ist ein Hindernis nicht erst bei Kenntnis des wahren Sachverhalts entfallen; es ist im Sinne von § 234 Abs. 2 ZPO auch behoben, sobald die Unkenntnis und damit die Verhinderung nicht mehr unverschuldet ist (BGH Beschlüsse vom 16. September 2003 – X ZR 37/03 – NJW-RR 2004, 282, 283; vom 13. Juli 2004 – XI ZB 33/03 – NJW-RR 2005, 76, 77 und Senatsbeschluss vom 7. Februar 1996 – XII ZB 107/94 – FamRZ 1996, 934). Die Wiedereinsetzungsfrist beginnt deshalb spätestens mit dem Zeitpunkt, in dem der verantwortliche Anwalt bei Anwendung der unter den gegebenen Umständen von ihm zu erwartenden Sorgfalt die eingetretene Säumnis hätte erkennen können und müssen (Senatsbeschluss vom 7. Februar 1996 – XII ZB 107/94 – FamRZ 1996, 935; vgl. auch BGH Beschluss vom 28. Oktober 2009 – IV ZB 10/09 – NJW-RR 2010, 1000 Rn. 9).

8 b) Gemessen hieran war die zweiwöchige Frist des § 234 Abs. 1 Satz 1 ZPO im Zeitpunkt der Antragstellung bereits abgelaufen.

9 Spätestens bei Vorlage der Handakte zur Fertigung der Berufungsbegründung, deren Frist am 30. Dezember 2009 abließ, hatte der Prozessbevollmächtigte des Klägers Anlass gehabt, auch die Einhaltung der Berufungsfrist zu überprüfen. Hierbei hätte er namentlich anhand der gerichtlichen Eingangsbestätigung vom 2. Dezember 2009 bemerken müssen, dass die Berufung beim Gericht erst am gleichen Tag eingegangen war. Im Übrigen hatte der Beklagtenvertreter (unzutreffend die Bezeichnung durch das Berufungsgericht als Klägervertreter) mit Schriftsatz vom 22. Februar 2010, also rund 11 Monate vor Eingang des Wiedereinsetzungsantrages, auf eine mögliche Fristversäumnis hingewiesen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.**

Art. 14 GG; §§ 3, 124 BBergG; § 8 ThürEG – Enteignungsentschädigung; Autobahn-Straßenbau; bergfreie Bodenschätze; Kalksteinvorkommen

Zur Bemessung der Enteignungsentschädigung, wenn sich in den zum Neubau einer Bundesautobahn benötigten Grundstücken bergfreie Bodenschätze befinden, die infolge des Straßenbauvorhabens nicht mehr gewonnen werden können.

(BGH, Urteil vom 14. 4. 2011 – III ZR 30/10)

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2008, 132 (Landwirtschaftliche Pacht; Verkehrsprojekt „Deutsche Einheit“); vgl. auch nachfolgend BGH – III ZR 229/09.

Art. 14 GG; §§ 3, 124 BBergG; § 8 ThürEG – Enteignungsentschädigung; Neubau einer Bundesautobahn; Ausgleichsflächen mit grundeigenen Bodenschätzen

Bei der Bemessung der Enteignungsentschädigung für Grundstücke, die als Ausgleichsflächen für den Neubau einer Bundesautobahn in Anspruch genommen werden, ist der Wert der unter ihrer Oberfläche befindlichen grundeigenen Bodenschätze mit zu berücksichtigen. Die aus § 124 Abs. 4 BBergG folgende Beschränkung der Entschädigung ist in dieser Fallkonstellation nicht anwendbar.

(BGH, Urteil vom 14. 4. 2011 – III ZR 229/09)

Hinw. d. Red.: Vgl. vorstehend BGH – III ZR 30/10.

§ 3 AusglLeistG a. F.; § 5 FlERwV a. F.; § 194 BauGB – Ermittlung des Verkehrswerts von Grundstücken bei Ausgleichsleistung

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 22. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 18. November 2010 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen, weil die Rechtsache 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). Insbesondere 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 (vgl. Senatsurteil vom 28. April 2011 – V ZR 192/10, juris [= GuT 2011, 76] Rn. 6 ff.). Die Voraussetzungen für eine Vorlage an den EuGH (zu den Kriterien vgl. etwa Senatsurteil vom 18. Juli 2008 – V ZR 11/08, NJW 2008, 3502, 3503 f. Rn. 12 mwN) liegen nicht vor. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

(BGH, Beschluss vom 15. 9. 2011 – V ZR 276/10)

§§ 535, 252, 278, 280 BGB – Gewerbemiete; Grundstücksfläche; Obhutspflicht; Abholzen des Baumbestands; Schadenersatzpflicht des Mieters

1. Ein Mieter verletzt seine vertraglichen Pflichten aus dem Mietvertrag, wenn er eine Abholzung von 55 Bäumen auf dem angemieteten Grundstück nicht unterbindet, bevor nicht der Vermieter hierüber informiert ist und zu dieser Maßnahme sein Einverständnis gegeben hat.

2. Im Rahmen des entgangenen Gewinns ist der Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden ist, dass ein beabsichtigter Grundstücksverkauf nicht durchgeführt wurde, wenn der potentielle Käufer das fragliche Grundstück vor den Hiebarbeiten kaufen wollte und wegen der Baumfällarbeiten an dem Erwerb kein Interesse mehr hatte.

(OLG Oldenburg, Urteil vom 25. 3. 2010 – 14 U 77/09)

§ 638 BGB; §§ 4, 8, 13 VOB/B (1998) – VOB-Vertrag; Verjährung; Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten

Die Verjährung des vor der Abnahme des Bauwerks aufgrund eines VOB-Vertrages entstandenen Anspruchs des Auftraggebers auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten (§ 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B) beginnt grundsätzlich nicht vor der Abnahme.

(BGH, Urteil vom 12. 1. 2012 – VII ZR 76/11)

§ 59 ZVG – Zwangsversteigerung; Doppelausgebot; abweichende Bedingungen

Werden im Falle eines Doppelausgebots Gebote nur auf die abweichenden Bedingungen abgegeben, denen der Schuldner nicht zugestimmt hat, darf der Zuschlag erteilt werden, wenn keine konkreten Anhaltspunkte für eine Beeinträchtigung des Schuldners bestehen.

(BGH, Beschluss vom 8. 12. 2011 – V ZB 197/11)

§ 32 InsO; § 38 GBO – Grundbuch; Miterbe; Insolvenzvermerk; Erbengemeinschaft

Ein Insolvenzvermerk ist auch dann in das Grundbuch einzutragen, wenn das Grundstück im Eigentum einer Erbengemeinschaft steht und das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines der Miterben eröffnet wird.

(BGH, Beschluss vom 19. 5. 2011 – V ZB 197/10)

§§ 45, 46, 48 ZPO – Selbstablehnung eines Richters; private Bekanntschaft; freundschaftlicher Umgang der Familien

Die Selbstablehnung des Richters am Bundesgerichtshof Dr. L. wird für begründet erklärt.

1. Gründe: Mit dienstlicher Äußerung vom 14. Dezember 2011 hat Richter am Bundesgerichtshof Dr. L. darauf hingewiesen, dass er mit einem Mitglied des Vorstands der Klägerin privat bekannt sei und die Familien seit Jahren einen freundschaftlichen Umgang pflegten.

2. Auf die dienstliche Äußerung des Richters, mit der dieser von einem Verhältnis Anzeige gemacht hat, das seine Ablehnung rechtfertigen könnte, hat der Senat gemäß § 48 Alt. 1 ZPO i. V. m. §§ 45 Abs. 1, 46 ZPO zu entscheiden. Die – vom Gesetz so bezeichnete – Selbstablehnung ist begründet.

3. Aus der Sicht der Beklagten liegt bei vernünftiger Würdigung aller Umstände ein Grund vor, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters Dr. L. zu rechtfertigen. Dazu reicht zwar die private Bekanntschaft zwischen dem anzeigenden Richter und einem Mitglied des Organs der Klägerin nicht aus. Hier kommt aber hinzu, dass die Familien seit Jahren einen freundschaftlichen Umgang pflegten. Das belegt eine persönliche in das familiäre Umfeld des Richters hineinwirkende Verbundenheit, die bei vernünftiger Würdigung Anlass zu Zweifeln an seiner Unparteilichkeit geben kann.

(BGH, Beschluss vom 20. 2. 2012 – KZR 23/11)

§§ 42, 406 ZPO – Unzulänglichkeiten im Sachverständigen Gutachten; Sachverständigenablehnung IV

Lücken oder Unzulänglichkeiten im schriftlichen Gutachten rechtfertigen für sich allein nicht die Ablehnung eines gerichtlichen Sachverständigen wegen Befangenheit.

(BGH, Beschluss vom 27. 9. 2011 – X ZR 142/08)

§ 91 ZPO – Prozesskosten; Reisekosten des vom Insolvenzverwalter beauftragten Rechtsanwalts der eigenen Kanzlei

Beauftragt ein Insolvenzverwalter einen Anwalt der eigenen Kanzlei mit der Führung eines Rechtsstreits vor einem auswärtigen Gericht, sind die Reisekosten des beauftragten Anwalts vom Prozessgegner nicht zu erstatten (Fortführung BGH, Beschluss vom 13. Juni 2006 – IX ZB 44/04, ZIP 2006, 832).

(BGH, Beschluss vom 8. 3. 2012 – IX ZB 174/10)

§ 91 ZPO – Prozesskosten; auswärtiger Rechtsanwalt; „Rechtsanwalt am dritten Ort“

a) Klagt eine Partei im eigenen Gerichtsstand, so sind die Reisekosten ihres Rechtsanwalts, der weder am Gerichtsort noch am Wohn- oder Geschäftsort der Partei ansässig ist („Rechtsanwalt am dritten Ort“), zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung grundsätzlich nicht erforderlich. Es sind deshalb nur diejenigen Reisekosten zu erstatten, die aus dem Auseinanderfallen von Gerichtsort einerseits und Geschäfts- oder Wohnsitz der Partei andererseits entstehen (Fortführung von BGH, Beschlüsse vom 22. Februar 2007 – VII ZB 93/06, NJW-RR 2007, 1071 [= WuM 2007, 207] Rn. 11 und vom 22. April 2008 – XI ZB 20/07, juris Rn. 8).

b) Die Beauftragung eines spezialisierten auswärtigen Rechtsanwalts am dritten Ort ist zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nur dann ausnahmsweise notwendig, wenn ein vergleichbarer ortsansässiger Rechtsanwalt nicht beauftragt werden kann (Fortführung von BGH, Beschluss vom 12. Dezember 2002 – 1 ZB 29/02, NJW 2003, 901, 902).

(BGH, Beschluss vom 20. 12. 2011 – XI ZB 13/11)

Hinw. d. Red.: Parallelverfahren: XI ZB 11/11; XI ZB 12/11.

§ 91 ZPO – Prozesskosten; Rechtsanwalt an einem dritten Ort

Beauftragt ein Unternehmen, das bei einem auswärtigen Gericht klagt oder verklagt wird, einen Rechtsanwalt mit der Prozessführung, der weder am Gerichtsort noch am Unternehmenssitz der Partei und auch nicht an dem Ort der unternehmensinternen Bearbeitung der Sache ansässig ist, sind die Reisekosten des Rechtsanwalts regelmäßig nur bis zur Höhe der fiktiven Reisekosten vom Unternehmenssitz zum Gerichtsort erstattungsfähig.

(BGH, Beschluss vom 21. 12. 2011 – I ZB 47/09)

§ 91 ZPO – Prozesskosten; ausländischer Verkehrsanwalt

a) Für die Frage, ob die Kosten des ausländischen Verkehrsanwalts einer ausländischen Partei erstattungsfähig sind, bedarf es einer Notwendigkeitsprüfung im Einzelfall. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine ausländische Partei typischerweise etwa wegen sprachlicher Barrieren, kultureller Unterschiede oder mangelnder Vertrautheit mit dem deutschen Rechtssystem eher auf einen Verkehrsanwalt an ihrem Wohn- oder Geschäftssitz angewiesen sein wird als eine inländische Partei.

b) Die Mitwirkung eines ausländischen Verkehrsanwalts ist jedenfalls nicht erforderlich, wenn der deutsche Verfahrensbevollmächtigte bereits über alle nötigen Informationen verfügt oder wenn es für die ausländische Partei möglich, zumutbar und kostengünstiger ist, den inländischen Prozessbevollmächtigten unmittelbar zu informieren.

(BGH, Beschluss vom 28. 9. 2011 – I ZB 97/09)

§§ 233, 522 ZPO – Faxzusendung an das Berufungsgericht; Übermittlungsversuche nach 17.30 Uhr

Scheitert der Versuch, die Berufungsbegründung per Telefax an das Berufungsgericht zu übersenden, und lässt sich nicht ausschließen, dass der Grund hierfür ist, dass das Empfangsgerät mit anderen Telefaxsendungen belegt ist, darf der Berufungsführer seine Übermittlungsversuche nicht vorschnell aufgeben (im Anschluss an BGH Beschluss vom 11. Januar 2011 – VIII ZB 44/10 – juris).

(BGH, Beschluss vom 6. 4. 2011 – XII ZB 701/10)

§§ 291, 355 ZPO – Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme; Transportschaden

Es verstößt gegen den zivilprozessualen Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, wenn ein Gericht Aussagen, die Zeugen vor ihm in einem anderen Verfahren gemacht haben, als gerichtsbekannt verwertet.

(BGH, Urteil vom 4. 11. 2010 – I ZR 190/08)

§§ 412, 485, 492, 567 ZPO – Obergutachten im selbständigen Beweisverfahren

Gegen die Ablehnung der Einholung eines weiteren Gutachtens gemäß § 412 ZPO ist auch im selbständigen Beweisverfahren kein Rechtsmittel gegeben (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 9. Februar 2010 – VI ZB 59/09, BauR 2010, 932 = ZfBR 2010, 449).

(BGH, Beschluss vom 20. 4. 2011 – VII ZB 42/09)

§§ 204, 242 BGB; §§ 690, 691 ZPO – Verjährungshemmung; wahrheitswidrige Erklärung im Mahnbescheidsantrag

Die Berufung auf eine durch Erlass eines Mahnbescheids eingetretene Verjährungshemmung kann im Einzelfall rechtsmissbräuchlich sein, wenn der Mahnbescheidsantrag die bewusst wahrheitswidrige Erklärung enthält, dass die Gegenleistung bereits erbracht sei.

(BGH, Urteil vom 21. 12. 2011 – VIII ZR 157/11)

§ 127a BGB; § 794 ZPO – Übertragung des ideellen Miteigentumsanteils an dem gemeinsamen Grundstück; Familiensache; Protokollierung des gerichtlichen Vergleichs

a) Ein Anspruch auf Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs nach § 127 a BGB besteht lediglich insoweit, als die Prozessparteien den Streitgegenstand des Verfahrens teilweise oder abschließend regeln.

b) Soweit die Einigung der Parteien darüber hinausgeht, aber noch in einem inneren Zusammenhang mit dem Streitgegenstand steht, liegt es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, ob und in welchem Umfang es die Einigung als gerichtlichen Vergleich im Sinne von § 127 a BGB protokolliert.

(BGH, Beschluss vom 3. 8. 2011 – XII ZB 153/10)

§ 807 ZPO – Zwangsvollstreckung; eidesstattliche Versicherung; Inhalt des Vermögensverzeichnisses

a) Der Schuldner muss in der eidesstattlichen Versicherung grundsätzlich auch Ansprüche auf Beitragsrückerstattung und auf Leistungsansprüche aus Sachversicherungen sowie auf Erstattung von überzahlten Abschlägen auf Verträge mit Energieversorgern angeben.

b) Ob der Schuldner Fragen des Gläubigers zu diesen Themen beantworten muss, die über diejenigen hinausgehen, die im herkömmlich verwendeten Formblatt zur Erstellung des Vermögensverzeichnisses enthalten sind, hängt allerdings weiter davon ab, ob die zusätzlichen Fragen auf die konkrete Schuldnersituation abstellen oder aber ohne erkennbaren Zusammenhang mit dem konkreten Lebenssachverhalt lediglich der allgemeinen Ausforschung im Wege der Befragung auf Verdacht dienen.

(BGH, Beschluss vom 12. 1. 2012 – I ZB 2/11)

GuT

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

Teileigentum

§§ 876, 877 BGB Begründung von Wohnungseigentum; Zustimmung von Grundpfandgläubigern

Auch nach Einführung des Rangklassenprivilegs für Wohngeldansprüche (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG) bedarf die Begründung von Wohnungseigentum nicht der Zustimmung der Gläubiger, deren Grundpfandrechte auf dem ganzen Grundstück lasten.

(BGH, Beschluss vom 9. 2. 2012 – V ZB 95/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Mit Erklärung vom 24. November 2010 teilte der Antragsteller ein ihm gehörendes, mit Grundpfandrechten belastetes Grundstück nach § 8 WEG in Wohnungseigentum und beantragte die Eintragung der Aufteilung in das Grundbuch.

2 Das Grundbuchamt [AG Bensheim] hat die Zustimmung der Grundpfandgläubiger zu der Aufteilung verlangt. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Antragsteller den Antrag auf Vollzug der Teilung weiter.

3 **Aus den Gründen:** II. Das Beschwerdegericht [OLG Frankfurt/Main] hält die Zustimmung der Grundpfandgläubiger zur Vollziehung der Teilungserklärung für erforderlich. Da bei einer Vollstreckung in das Grundstück Forderungen wegen rückständigen Wohngelds im Umfang von 5% des festgesetzten Verkehrswerts Vorrang vor den Grundpfandrechten hätten (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG), führe die Aufteilung in Wohnungseigentum zu einer Änderung des Haftungsobjekts und erfordere deshalb gemäß den §§ 876, 877 BGB die Zustimmung der Grundpfandgläubiger.

4 III. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Der Vollzug der Teilungserklärung des Antragstellers ist nicht von der Zustimmung der Grundpfandgläubiger abhängig.

5 1. Richtig ist, dass die Eintragung einer Rechtsänderung die Bewilligung der dinglich Berechtigten gemäß § 19 GBO erfordert, welche nach materiellem Recht der Änderung zustimmen müssen (Senat, Beschluss vom 14. Juni 1984 – V ZB 32/82, BGHZ 91, 343, 347). Unzutreffend ist aber die Annahme des Beschwerdegerichts, bei der Begründung von Wohnungseigentum nach § 8 WEG handele es sich um die Inhaltsänderung eines Rechts, die in entsprechender Anwendung der §§ 876, 877 BGB der Zustimmung der Grundpfandgläubiger bedürfe.

6 a) Die Bestimmungen der §§ 876, 877 BGB schützen in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich den Inhaber eines Rechts an einem Grundstück (Zweigrecht), welches ein anderes an diesem Grundstück bestehendes Recht (Hauptrecht) belastet, indem sie die rechtsgeschäftliche Aufhebung und Änderung des Hauptrechts von seiner Zustimmung abhängig machen. Der Grundgedanke der Vorschrift ist einleuchtend: Ein Recht darf nicht ohne Zustimmung seines Inhabers geändert werden, wobei eine solche Änderung schon darin liegt, dass der Gegenstand, auf den sich das Recht bezieht, verändert wird (BGH, Urteil vom 9. Juni 1969 – III ZR 231/65, MDR 1969, 916).

7 Ein Recht an einem Grundstück kann allerdings nur ein beschränktes dingliches Recht sein, nicht dagegen das Eigentum selbst (Senat, Beschluss vom 14. Juni 1984 – V ZB 32/82, BGHZ 91, 343, 346). Auf die – reale oder ideelle – Teilung des Eigentums finden die §§ 876, 877 BGB daher keine Anwendung. Auch bedürfen Grundpfandgläubiger in einem solchen Fall keines Schutzes durch ein Zustimmungserfordernis; denn ihr Interesse an der Erhaltung des Gegenstands, auf den sich ihr Recht bezieht, ist dadurch gewährleistet, dass das Grundpfandrecht an den neu entstandenen (realen oder ideellen) Teilen als

Gesamtrecht und damit in der Summe an dem gesamten Grundstück fortbesteht (§ 1132 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. §§ 1114, § 1192 Abs. 1 BGB).

8 b) Nach zutreffender, allerdings nicht unumstrittener Auffassung ist auch die Aufteilung eines Grundstücks nach § 8 WEG ebenso wie die Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG als Teilung des Vollrechts anzusehen, auf welche die Vorschriften über die Änderungen eines belasteten Rechts weder unmittelbar noch entsprechend anzuwenden sind (BayObLGZ 1958, 273, 278 f.; OLG Stuttgart NJW 1954, 682, 683; OLG München, NJW 2011, 3588; Staudinger/Rapp, BGB <2005>, § 8 Rn. 3; Briesemeister in Weitnauer, WEG, 9. Aufl., § 3 Rn. 74; Elzer in Riecke/Schmid, WEG, 3. Aufl., § 8 Rn. 23; Krause in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 8 Rn. 1; Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl., § 8 Rn. 10; Timme/Kral, WEG, § 8 Rn. 23; Heinemann, ZfIR 2011, 255, 256). Der Schutz der Grundpfandgläubiger wird auch hier dadurch bewirkt, dass sich ihr Recht kraft Gesetzes in ein Gesamtgrundpfandrecht an den entstehenden Wohnungseigentumseinheiten umwandelt und damit an dem gesamten, in seiner Substanz unveränderten Haftungsobjekt fortbesteht (vgl. Senat, Urteil vom 28. Mai 1976 – V ZR 203/75, NJW 1976, 2340, 2341; BGH, Urteil vom 30. Januar 1992 – IX ZR 64/91, NJW 1992, 1390; für die Unterteilung von Wohnungseigentum: Senat, Beschluss vom 17. Januar 1968 – V ZB 9/67, BGHZ 49, 250).

9 Die Gegenauffassung, die eine entsprechende Anwendung der §§ 876, 877 BGB befürwortet (so insbesondere Staudinger/Gursky, BGB <2007>, § 877 Rn. 43; RGRK-BGB/Augustin, 12. Aufl., § 3 WEG Rn. 9; Becker/Schneider, ZfIR 2011, 545, 548; Kesseler, NJW 2010, 2317; ders., ZNotO 2010, 335; vgl. auch BayObLG 1957, 102, 115), vermag nicht zu überzeugen. Für einen Gläubiger, dessen Grundpfandrecht auf dem gesamten Grundstück lastet, wirkt die Begründung von Wohnungseigentum wie eine gemischt reale-ideelle Aufteilung des Vollrechts in Alleineigentum an bestimmten Raumeinheiten und Bruchteilsmiteigentum an dem übrigen Grundstück (vgl. Senat, Beschluss vom 17. Januar 1968, V ZB 9/67, BGHZ 49, 250, 251 u. 253; siehe auch Weitnauer, DNotZ 1960, 115, 123). Sie lässt die Möglichkeit der Vollstreckung in das gesamte Grundstück – in Gestalt des Zugriffs auf alle Wohnungseigentumsrechte – unberührt. Demgemäß bedürfen, solange ein Recht als Gesamtpfandrecht auf allen Einheiten lastet, auch nachfolgende Änderungen im Verhältnis von Sonder- und Gemeinschaftseigentum nicht der Zustimmung des Pfandgläubigers (vgl. BayObLGZ 1991, 313, 317; BayObLGZ 1993, 166, 168 f. [= WuM 1993, 480]).

10 c) Anders verhält es sich nur, wenn selbständig belastete Miteigentumsanteile nach § 3 WEG umgewandelt werden. Hier hat die Begründung von Wohnungseigentum zur Folge, dass sich das Belastungsobjekt von einem Miteigentumsanteil im Sinne von § 1008 BGB in einen Anteil am Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an einer bestimmten Raumeinheit wandelt, welcher durch das zugunsten der übrigen Miteigentümer begründete Sondereigentum beschränkt ist. Demgemäß entspricht es allgemeiner Auffassung, dass bei einer selbständigen Belastung eines Miteigentumsanteils die Begründung von Wohnungseigentum in entsprechender Anwendung der §§ 876, 877 BGB der Zustimmung des Grundpfandgläubigers bedarf (vgl. BayObLGZ 1958, 273, 279; MünchKomm-BGB/Commichau, 5. Aufl., § 3 WEG Rn. 9; Armbrüster in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 2 Rn. 26).

11 d) Aus demselben Grund sind die genannten Vorschriften entsprechend anzuwenden, wenn der Gegenstand oder der Inhalt von selbständig belastetem Wohnungseigentum verändert wird. Hierzu zählen die Begründung von Sondernutzungsrechten (vgl. Senat, Beschluss vom 14. Juni 1984 – V ZB 32/82, BG-

HZ 91, 343 sowie Beschluss vom 24. November 1978 – V ZB 11/77, BGHZ 73, 145), die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum oder umgekehrt (vgl. BayObLGZ 1991, 313) und die Änderung der mit dem Sondereigentum verbundenen Miteigentumsanteile (vgl. BayObLGZ 1993, 166, 168 [= WuM aaO]).

12 2. Daran, dass die Begründung von Wohnungseigentum nicht der Zustimmung der Grundpfandgläubiger bedarf, deren Rechte auf dem gesamten Grundstück lasten, hat sich durch die Einführung des Rangklassenprivilegs für rückständiges Wohngeld in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG durch das Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26. März 2007 (BGBl I S. 370) nichts geändert (im Ergebnis ebenso: KG, ZfIR 2011, 254; OLG Oldenburg, Rpfleger 2011, 318; OLG München, NJW 2011, 3588; Schneider, ZNotP 2010, 299; Heinemann, ZfIR 2011, 255, 256; aA Kessler in Timme, WEG, § 3 Rn. 30; ders., NJW 2010, 2317; wohl auch Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl., § 8 WEG Rn. 1). Zwar führt dieses Privileg zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung der Grundpfandgläubiger, weil sie nach der Aufteilung des Grundstücks im Fall der Zwangsvollstreckung mit vorrangigen Ansprüchen aus der Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG rechnen müssen. Einer entsprechenden Anwendung der §§ 876, 877 BGB steht aber das Fehlen einer planwidrigen Regelungslücke entgegen (zu deren Notwendigkeit: Senat, Beschluss vom 14. Juni 2007 – V ZB 102/06, NJW 2007, 3124 Rn. 11 m.w.N.). Das Vorrecht für Wohngeldansprüche betrifft nach dem Willen des Gesetzgebers auch Grundpfandrechte, die vor der Gesetzesänderung begründet worden sind (vgl. BT-Drucks. 16/887 S. 44). Es wirkt somit – da es vor der Gesetzesänderung einhelliger Auffassung entsprach, dass ein Grundstückseigentümer zur Teilung seines Grundstücks gemäß § 8 WEG nach materiellem Recht nicht der Zustimmung der Grundpfandgläubiger bedurfte (vgl. Staudinger/Gursky, BGB <2007>, § 877 Rn. 62; Armbrüster in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 2 Rn. 23 jeweils mwN) – auch zu Lasten von Gläubigern, die der Umwandlung des ursprünglich ungeteilten Haftungsobjekts in Wohnungseigentum nicht zugestimmt haben. Das lässt den Schluss zu, dass der Gesetzgeber das Recht des Eigentümers, sein Grundstück ohne Zustimmung der dinglichen Gläubiger in Wohnungseigentum aufzuteilen (vgl. BayObLGZ 1958, 273, 278 f.), nicht beschränken wollte. Andernfalls stünden die Grundpfandgläubiger eines erst nach Inkrafttreten des Rangklassenprivilegs geteilten Grundstücks besser als die von einer früheren Aufteilung betroffenen, ohne dass sich hierfür ein sachlicher Grund fände (so zutreffend OLG München, NJW 2011, 3588, 3589).

13 IV. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Der nach § 131 Abs. 4, § 30 Abs. 2 KostO festgesetzte Gegenstandswert bemisst sich nach dem Wert des Vorrechts gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG (5% von 340.000 €).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 16, 28 WEG
Erwerb von Wohnungseigentum;
Haftung für die Wohngeld-Abrechnungsspitze

Der Erwerber von Wohnungseigentum haftet auf die Abrechnungsspitze aus der Einzelabrechnung, die nach seiner Eintragung im Wohnungsgrundbuch beschlossen worden ist.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Versäumnisurteil vom 2. 12. 2011 – V ZR 113/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Beklagte erwarb Anfang 2005 fünf Wohnungen in einer Wohnungseigentumsanlage. Der wirtschaftliche Übergang der Wohnungen von der Voreigentümerin auf den Beklagten fand im Februar 2005 und im Mai 2005 statt. Die Eigentumsumschreibung erfolgte im Juni 2005. Die Klägerin ist die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer.

2 Im Frühjahr 2005 verklagte die Klägerin die Voreigentümerin der Wohnungen auf Zahlung der Wohngelder für 2004 und 2005. Aufgrund eines dinglichen Arrests wurde die Kaufpreisforderung der Voreigentümerin aus dem Verkauf der Wohnungen bis zu einem Höchstbetrag von 20.177,94 € gepfändet und der Betrag im April 2005 an die Klägerin gezahlt. Diese verrechnete die Forderung mit dem rückständigen Wohngeld der Voreigentümerin für 2004 sowie mit deren Wohngeldverbindlichkeiten bis zum wirtschaftlichen Übergang der Wohnungen auf den Beklagten im Jahr 2005. Außerdem nahm die Klägerin eine Verrechnung mit den festgesetzten Kosten des Wohngeldverfahrens und weiteren Verfahrenskosten vor.

3 In der Eigentümerversammlung vom 17. Oktober 2006 wurden die Abrechnungen für das Wirtschaftsjahr 2004 und 2005 beschlossen, aus denen sich, weil die Kosten höher waren als die nach dem Wirtschaftsplan beschlossenen Vorschüsse, Nachforderungen an die Wohnungseigentümer ergaben. Die Einzelabrechnungen für die fünf verkauften Wohnungen sind für das Jahr 2004 und für das Jahr 2005 bis zum wirtschaftlichen Übergang auf den Beklagten an die Voreigentümerin adressiert. Sie weisen als Abrechnungsspitze Nachforderungen für 2004 in Höhe von 5716,69 € und für 2005 in Höhe von 659,32 € aus. Für die Zeit nach dem wirtschaftlichen Übergang der Wohnungen auf den Beklagten sind die Abrechnungen an diesen adressiert und weisen einen Nachzahlungsbetrag von 1382,13 € aus.

4 Die Klägerin verlangt von dem Beklagten – unter Verrechnung eines Überschusses von 4290,70 € aus der damaligen Pfändung bei der Voreigentümerin – Zahlung von 3467,44 € nebst Zinsen aus den Abrechnungen 2004 und 2005. Das Amtsgericht Siegburg hat, nachdem es gegen den Beklagten zunächst ein Versäumnisurteil erlassen hatte, die Klage abgewiesen. Das Landgericht Köln hat den Beklagten zur Zahlung von 1382,13 € verurteilt. Gegen die Klageabweisung im Übrigen richtet sich die zugelassene Revision der Klägerin. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

5 **Aus den Gründen:** I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts haftet der Beklagte nicht für die Forderungen aus den an die Voreigentümerin adressierten Jahresabrechnungen. Die Genehmigungsbeschlüsse der Eigentümergemeinschaft seien dahingehend auszulegen, dass die Nachzahlungsbeträge entsprechend der Adressierung in den Abrechnungen für 2004 sowie in den Teilabrechnungen für 2005 gegenüber der Voreigentümerin geltend gemacht werden sollen. Angesichts des langen Zeitablaufs zwischen der Eintragung des Beklagten als Eigentümer und der Beschlussfassung handle es sich nicht um eine rechtlich nicht zu beachtende Falschbezeichnung. Zudem trage die Klägerin selbst vor, sie habe die Abrechnungen auf Wunsch des Beklagten ausdrücklich an die Voreigentümerin adressiert.

6 II. Der Beklagte war trotz rechtzeitiger Bekanntmachung im Verhandlungstermin nicht vertreten. Deshalb ist über den Revisionsantrag der Klägerin durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil beruht jedoch inhaltlich nicht auf einer Säumnisfolge, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. Senat, Urteil vom 4. April 1962 – V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 82).

7 Die Revision ist begründet. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht einen Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zahlung des noch offenen Abrechnungsbetrages in Höhe von 2085,31 € aus den Abrechnungen für das Wirtschaftsjahr 2004 und aus den (Teil-) Abrechnungen für das Wirtschaftsjahr 2005 verneint.

8 1. Die Beschlüsse der Wohnungseigentümer über die Jahresabrechnungen 2004 und 2005 begründen, auch soweit die Einzelabrechnungen an die Voreigentümerin adressiert sind, eine Zahlungsverpflichtung des Beklagten.

9 a) Nach § 16 Abs. 2 WEG ist jeder Wohnungseigentümer den anderen gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Kosten der Instandhaltung,

Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen. Nach § 28 WEG hat der Verwalter für jeweils ein Kalenderjahr einen Wirtschaftsplan aufzustellen und nach Ablauf des Kalenderjahres eine Abrechnung zu erstellen; über Wirtschaftsplan und Abrechnung beschließen die Wohnungseigentümer durch Stimmenmehrheit. Ihre Verpflichtung im Innenverhältnis erfolgt nicht bereits mit Entstehung der Lasten und Kosten, sondern erst durch den Beschluss. Daraus folgt zugleich, dass ein solcher Beschluss Verbindlichkeiten nur für und gegen die bei Beschlussfassung eingetragenen Wohnungseigentümer, nicht aber für deren Rechtsvorgänger begründen kann, denn sonst läge insoweit ein – unzulässiger – Gesamttakt zu Lasten Dritter vor. Umgekehrt rechtfertigt sich die Verpflichtung der aktuellen Wohnungseigentümer im Zeitpunkt der Beschlussfassung aus § 16 Abs. 2 WEG (Senat, Beschluss vom 21. April 1988 – V ZB 10/87, BGHZ 104, 197, 203 [= WuM 1989, 95]; Beschluss vom 30. November 1995 – V ZB 16/95, BGHZ 131, 228, 230 [= WuM 1996, 237]; Beschluss vom 23. September 1999 – V ZB 17/99, BGHZ 142, 290, 296 f. [= WuM 2000, 28]).

¹⁰ b) Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht an, abweichend von diesen Grundsätzen seien im vorliegenden Fall die Beschlüsse über die Genehmigung der Gesamt- und Einzelabrechnungen dahingehend auszulegen, dass die Nachzahlungsbeträge, soweit die Abrechnungen an die Voreigentümerin adressiert sind, nicht gegenüber dem Beklagten, sondern gegenüber der Voreigentümerin geltend gemacht werden sollen. Diese tatrichterliche Würdigung ist revisionsrechtlich zwar nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. nur Zöller/Heßler, ZPO, 29. Aufl., § 546 Rn. 9 mwN), in diesem Rahmen aber zu beanstanden.

¹¹ Welche Zahlungspflichten durch den Beschluss der Wohnungseigentümer begründet werden sollen, bestimmt sich nach dem darin zum Ausdruck gebrachten rechtsgeschäftlichen Willen der sie beschließenden Mehrheit. Inhalt und Umfang der gewollten Rechtsbindung können deshalb nur im Wege einer Auslegung des gefassten Beschlusses ermittelt werden (vgl. Senat, Beschluss vom 23. September 1999 – V ZB 17/99, BGHZ 142, 290, 296 [= WuM 2000, 28]). Das Berufungsgericht hat wesentliche Auslegungsgesichtspunkte nicht berücksichtigt. Es stellt allein darauf ab, dass zwischen der Eintragung des Beklagten als Wohnungseigentümer und der Beschlussfassung über die Abrechnungen ein längerer Zeitraum gelegen habe und die Adressierung – nach dem Vortrag der Klägerin auf Wunsch des Beklagten – bewusst an die Voreigentümerin erfolgt sei. Nicht in den Blick genommen hat das Berufungsgericht den bereits angesprochenen Umstand, dass die Verpflichtung der aus der Eigentümergemeinschaft ausgeschiedenen Voreigentümerin ein unzulässiger Gesamttakt zu Lasten eines Dritten wäre (vgl. Senat, Beschluss vom 24. Februar 1994 – V ZB 43/93, NJW 1994, 2950, 2953 [= WuM 1994, 343]). Bereits dies spricht dafür, dass die Wohnungseigentümer dem Beklagten lediglich den internen Forderungsausgleich gegenüber der Voreigentümerin erleichtern und sie nicht entgegen der Rechtsordnung eine Schuld der Voreigentümerin begründen wollten. Hinzu kommt, dass die Wohnungseigentümer die Voreigentümerin wegen der Verpflichtungen aus den Wirtschaftsplänen, die durch die Abrechnung nicht berührt werden (Senat, Beschluss vom 30. November 1995 – V ZB 16/95, BGHZ 131, 228, 231 f. [= WuM 1996, 237]), erfolgreich gerichtlich in Anspruch genommen, diese Einnahmen in der Abrechnung berücksichtigt und sie keine rechtliche Möglichkeit hatten, die durch die Vorschüsse nicht gedeckten Mehrkosten nach deren Ausscheiden aus der Gemeinschaft gegen die Voreigentümerin durchzusetzen. Unter diesen Umständen erscheint die Annahme, dass sie abweichend von § 16 Abs. 2 WEG den Beklagten nicht in die Haftung nehmen und stattdessen unter Überschreitung ihrer Kompetenz eine – nichtige – Abrechnungsforderung gegen die Voreigentümerin begründen wollten, wenig lebensnah. Schließlich macht auch die Regelung in § 9 Nr. 12 der Teilungserklärung, wonach Käufer und Verkäufer im Jahr des Wohnungswechsels als Gesamtschuldner haften, deutlich, dass das Inter-

esse der Wohnungseigentümer darin besteht, den neuen Wohnungseigentümer möglichst weitgehend in die Zahlungspflicht für die Kosten und Lasten einzubeziehen. Auch dies spricht dagegen, dass die Wohnungseigentümer den rechtsgeschäftlichen Willen hatten, anstelle des Wohnungseigentümers die Voreigentümerin mit den Kosten zu belasten.

¹² 2. Unerheblich ist der Einwand des Beklagten, die Einzelabrechnungen seien unzutreffend, da die Klägerin bei der Ermittlung der Abrechnungsspitze, d.h. des anteilig auf die einzelnen Wohnungseigentümer umgelegten Betrages, um den die mit dem Wirtschaftsplan beschlossenen (Soll-)Vorschüsse hinter den tatsächlich entstandenen Lasten und Kosten zurückbleiben (BGH, Urteil vom 10. März 1994 – IX ZR 98/93, NJW 1994, 1866, 1867 [= WuM 1994, 346]), zu Unrecht den der Voreigentümerin aufgrund der Pfändung gutgeschriebenen Betrag nicht in vollem Umfang berücksichtigt, sondern ihn in Höhe von 3397,30 € mit den festgesetzten Kosten des Wohngeldverfahrens und weiteren Verfahrenskosten verrechnet habe. Der Eigentümerbeschluss über die Jahres- und Einzelabrechnungen für 2004 und 2005 ist bestandskräftig geworden. Auf eine eventuelle Fehlerhaftigkeit des Beschlusses kommt es daher nicht an, da auch eine fehlerhafte, aber bestandskräftig beschlossene Abrechnung verbindlich ist. Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit der Beschlüsse liegen nicht vor, insbesondere führt die Adressierung der für die Wohnungen des Beklagten bestimmten Abrechnung an den Voreigentümer nicht zur Nichtigkeit der Beschlussfassung (vgl. Senat, Beschluss vom 24. Februar 1994 – V ZB 43/93, NJW 1994, 2950, 2953 [= WuM 1994, 343]).

¹³ III. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen einer Rechtsverletzung bei der Anwendung des Gesetzes erfolgt und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dies führt dazu, dass das von dem Amtsgericht erlassene Versäumnisurteil auch insoweit aufrechtzuerhalten ist, als der Beklagte zur Zahlung von 2085,31 € nebst Zinsen (§ 280 Abs. 1 und 2 BGB i.V.m. §§ 286, 288 BGB) verurteilt worden ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 28 WEG; § 3 HeizkV
Wohnungseigentümergeinschaft;
Bindung an die Heizkostenverordnung HeizkV;
Jahresabrechnung; Verteilung in den
Einzelabrechnungen nach Verbrauchskosten**

Die Regelungen der Heizkostenverordnung gelten für die Wohnungseigentümergeinschaft unmittelbar; einer Vereinbarung oder eines Beschlusses über ihre Geltung bedarf es nicht.

In die Jahresgesamtabrechnung sind alle im Abrechnungszeitraum geleisteten Zahlungen, die im Zusammenhang mit der Anschaffung von Brennstoff stehen, aufzunehmen. Für die Verteilung in den Einzelabrechnungen sind dagegen die Kosten des im Abrechnungszeitraum tatsächlich verbrauchten Brennstoffs maßgeblich. Der Unterschiedsbetrag ist in der Abrechnung verständlich zu erläutern.

(BGH, Urteil vom 17. 2. 2012 – V ZR 251/10)

¹ **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind die Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Auf der Eigentümerversammlung vom 7. Juli 2009 wurde die Abrechnung für das Wirtschaftsjahr 2008 durch Mehrheitsbeschluss genehmigt. Bei den Heiz- und Warmwasserkosten wurden in die Abrechnung nicht die Kosten für die im Jahr 2008 tatsächlich bezogene Fernwärmeenergie aufgenommen, sondern alle Zahlungen, die im Jahr 2008 an den Energieversorger geleistet worden sind. Die Kläger haben beantragt, die Beschlüsse, soweit die Gesamt- und Einzelabrechnungen für die Heiz- und Warmwasserkosten genehmigt wurden, für ungültig zu erklären. Das Amtsgericht Lud-

wigshafen am Rhein hat die Klage abgewiesen, da sie nicht innerhalb der Frist des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG hinreichend begründet worden sei. Das Landgericht Landau i. d. Pfalz hat der Klage stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision möchten die Beklagten die Abweisung der Klage erreichen. Die Kläger beantragen die Zurückweisung der Revision.

2 **Aus den Gründen:** I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts haben die Kläger ihre Klage innerhalb der Zwei-Monatsfrist des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG ausreichend begründet. Der Angriff der Kläger richte sich gegen die Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten nach dem Abflussprinzip. Der angefochtene Beschluss sei auch fehlerhaft. Die Heizkostenverordnung fordere eine periodengerechte und verbrauchsabhängige Abrechnung. Maßgebend seien daher die in dem Abrechnungszeitraum angefallenen Verbrauchskosten und nicht die in dem Abrechnungszeitraum gezahlten Rechnungen. Dem entsprächen die angegriffenen Abrechnungen nicht, da die in dem Kalenderjahr 2008 getätigten Zahlungen umgelegt worden seien, unabhängig davon, ob diese den Verbrauch in dem Abrechnungsjahr betrafen oder einen solchen aus dem Vorjahr.

3 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung überwiegend stand.

4 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass der innerhalb der Begründungsfrist eingegangene Schriftsatz der Kläger die an eine Klagebegründung nach § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG zu stellenden Anforderungen erfüllt.

5 Die Begründungsfrist des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG soll bewirken, dass für die Wohnungseigentümer und für den zur Ausführung von Beschlüssen berufenen Verwalter zumindest im Hinblick auf Anfechtungsgründe alsbald Klarheit darüber besteht, ob, in welchem Umfang und aufgrund welcher tatsächlichen Grundlage gefasste Beschlüsse einer gerichtlichen Überprüfung unterzogen werden (Senat, Urteil vom 16. Januar 2009 – V ZR 74/08, BGHZ 179, 230 [= WuM 2009, 190] Rn. 20). Deshalb muss sich der Lebenssachverhalt, auf den die Anfechtungsklage gestützt wird, zumindest in seinem wesentlichen Kern aus den innerhalb der Frist eingegangenen Schriftsätzen selbst ergeben (Senat, aaO); eine Substantiierung im Einzelnen ist nicht erforderlich (Senat, Urteil vom 27. März 2009 – V ZR 196/08, NJW 2009, 2132 [= WuM 2009, 373] Rn. 14). Dem genügt der Schriftsatz der Kläger. Als Anfechtungsgrund führen sie an, dass die für das Abrechnungsjahr 2008 beschlossenen Gesamt- und Einzelabrechnungen fehlerhaft seien, da sie entgegen der Heizkostenverordnung von den tatsächlich gezahlten Rechnungsbeträgen im Zeitraum 2008 ausgingen, statt den auf das Jahr entfallenden Brennstoffkostenanteil zu ermitteln und auf dieses Jahr umzulegen. Damit ist der zur Überprüfung gestellte Sachverhalt zumindest in Umrissen vorgetragen.

6 2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht jedoch den Beschluss der Eigentümergeinschaft, soweit die Gesamtabrechnung genehmigt wurde, wegen Verstoßes der Abrechnung gegen die Heizkostenverordnung für ungültig erklärt.

7 a) Dies folgt allerdings nicht daraus, dass es – wie die Revision meint – an einem schlüssigen Sachvortrag der Kläger dazu fehlt, ob die Wohnungseigentümer die Anwendung der Vorschriften der Heizkostenverordnung für ihre Gemeinschaft überhaupt eingeführt haben. Eines solchen Vortrages bedurfte es nicht.

8 Nach § 3 Satz 1 Heizkostenverordnung (HeizkV) sind deren Vorschriften unabhängig davon anzuwenden, ob die Wohnungseigentümer durch Vereinbarung oder Beschluss abweichende Bestimmungen getroffen haben. Die Heizkostenverordnung ist ihrem Inhalt nach allerdings nicht für eine unmittelbare Anwendung innerhalb einer Wohnungseigentümergeinschaft geeignet. Sie gibt kein festes Abrechnungssystem vor, sondern nur einen Rahmen (vgl. §§ 4, 5, 7, 8 HeizkV). Dieser Rahmen muss von der Wohnungseigentümergeinschaft erst durch Vereinbarung oder Beschluss ausgefüllt werden, bevor eine Abrechnung nach der Heizkostenverordnung möglich

ist. Der Verwalter kann eine derart weitreichende Auswahlentscheidung nicht eigenständig treffen (Lammel, Heizkostenverordnung, 3. Aufl., § 3 Rn. 6; Danner/Theobald/Schuhmacher, Energierecht <2011>, § 3 HeizkV Rn. 4; Jennißen, Die Verwalterabrechnung nach dem Wohnungseigentumsgesetz, 6. Aufl., Rn. 114). Daraus wird in Rechtsprechung und Literatur gefolgert, dass die Regelungen der Heizkostenverordnung für die Wohnungseigentümergeinschaft keine unmittelbare Geltung hätten, sondern erst durch Vereinbarung oder Beschluss eingeführt werden müssten (BayObLG, ZMR 1988, 349 [= WuM 1988, 332]; OLG Karlsruhe, WuM 2001, 458, 460; OLG Köln, NZM 2005, 20 [= WuM 2004, 686]; Bärmann/Becker, WEG, 11. Aufl., § 16 Rn. 57; Staudinger/Bub, BGB <2005>, § 16 WEG Rn. 238; Schmid in Riecke/Schmid, WEG, 3. Aufl., § 3 HeizkV Rn. 1; Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 5. Aufl., 6. Teil Rn. 156; Lammel, Heizkostenverordnung, 3. Aufl., § 3 Rn. 4 ff.; Danner/Theobald/Schuhmacher, Energierecht <2011>, § 3 HeizkV Rn. 4).

9 Dieser Schlussfolgerung ist nicht beizutreten. Die von den Wohnungseigentümern zu treffende Entscheidung über die Ausführung des von der Heizkostenverordnung vorgegebenen Rahmens betrifft die Frage, wie die Wohnungseigentümer die vorgeschriebene verbrauchsabhängige Abrechnung vornehmen, insbesondere welchen der möglichen Verteilungsmaßstäbe sie wählen. Insoweit bedarf es für eine Abrechnung auf der Grundlage der Heizkostenverordnung einer Regelung durch die Wohnungseigentümergeinschaft. Eine Beschlussfassung oder Vereinbarung darüber, ob nach den Vorschriften der Heizkostenverordnung abzurechnen ist, ist hingegen nicht erforderlich. Diese Verpflichtung ergibt sich bereits unmittelbar aus § 3 Satz 1 HeizkV, der die Anwendung der Vorschriften der Heizkostenverordnung im Verhältnis der Wohnungseigentümer zwingend vorschreibt (LG Itzehoe, ZMR 2011, 236; LG Lübeck, ZMR 2011, 747 f.; OLG Hamburg, ZMR 2007, 210; Jennißen in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 16 Rn. 103;). Daher entspricht allein eine den Anforderungen der Heizkostenverordnung genügende Abrechnung den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung (vgl. Senat, Urteil vom 16. Juli 2010 – V ZR 221/09, NJW 2010, 3298, 3299 [= WuM 2010, 591], Rn. 15). Genehmigen die Wohnungseigentümer eine Heizkostenabrechnung, die verbrauchsunabhängig orientiert ist, ist der Beschluss auf Anfechtung für unwirksam zu erklären. Dies gilt auch dann, wenn die Wohnungseigentümer (noch) keine der Heizkostenverordnung entsprechende Regelung eingeführt haben (OLG Karlsruhe, WuM 2001, 458; aA Danner/Theobald/Schuhmacher, Energierecht <2011>, § 3 HeizkV Rn. 4). Dann müssten sie eine solche Regelung nachholen, damit auf ihrer Grundlage die Heizkosten verteilt werden können.

10 b) Ein Verstoß gegen die Heizkostenverordnung liegt jedoch nur vor, soweit die Einzelabrechnungen betroffen sind, nicht dagegen im Hinblick auf die Gesamtabrechnung.

11 aa) Die Verwaltung einer Wohnungseigentümergeinschaft hat gemäß § 28 Abs. 3 WEG nach Ablauf des Kalenderjahres eine Abrechnung zu erstellen. In dieser sind die gesamten im Kalenderjahr angefallenen tatsächlichen Einnahmen und Ausgaben auszuweisen (Senat, Urteil vom 4. Dezember 2009 – V ZR 44/09, NJW 2010, 2127, 2128 [= WuM 2010, 178 = GuT 2010, 131 KL], Rn. 10). Die Abrechnung soll den Wohnungseigentümern aufzeigen, welche Ausgaben und welche Einnahmen die Wohnungseigentümergeinschaft im Abrechnungszeitraum wirklich hatte. Deshalb dürfen in ihr nur tatsächlich erzielte Einnahmen und tatsächlich erfolgte Ausgaben gebucht werden (Senat, aaO, Rn. 17).

12 bb) Demgegenüber schreibt die Heizkostenverordnung eine verbrauchsabhängige Verteilung der Heiz- und Warmwasserkosten vor. Dem würde eine Ermittlung dieser Kosten nach dem Abflussprinzip, also nach den im Abrechnungsjahr bezahlten Rechnungen, nicht gerecht.

13 Nach § 6 Abs. 1 HeizkV hat der Gebäudeeigentümer die Kosten der Versorgung mit Wärme und Warmwasser auf der

Grundlage der Verbrauchserfassung nach Maßgabe der §§ 7 bis 9 HeizkV auf die einzelnen Nutzer zu verteilen. Nach § 7 Abs. 2, § 8 Abs. 2 HeizkV gehören zu den Kosten der zentralen Heizungs- und Warmwasserversorgungsanlage „die Kosten der verbrauchten Brennstoffe“. Daraus folgt, dass nicht die in der Abrechnungsperiode bezahlten Rechnungen, sondern die Kosten des in diesem Zeitraum tatsächlich erfolgten Verbrauchs auf die Wohnungseigentümer umzulegen sind (einhellige Meinung in Rspr. und Lit.; vgl. etwa BayOblG, NJW-RR 2003, 1666; NJW-RR 1993, 1166, 1167 [= WuM 1993, 485]; OLG Hamm, ZWE 2001, 446, 448; OLG Karlsruhe, WuM 2001, 458, 460; LG Hamburg, ZMR 2009, 530, 531; Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 28 Rn. 71; Jennißen in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 28 Rn. 80; Jennißen, ZWE 2011, 153, 154; Weitnauer, WEG, 9. Aufl., Anh. II Rn. 24; MünchKommBGB/Engelhard, 5. Aufl., § 28 WEG Rn. 17; Staudinger/Bub, BGB <2005>, § 16 WEG Rn. 206 und § 28 WEG Rn. 348 f.; Niedenführ, DWE 2005, 58, 61; Drasdo, ZWE 2002, 166, 168; für die Betriebskostenabrechnung des Vermieters BGH, Urteil vom 1. Februar 2012 – VIII ZR 156/11, juris [= GuT 2012, 36]). Die Anwendung des Abflussprinzips würde vor allem bei der Versorgung mit Heizöl zu Ergebnissen führen, die mit den Vorgaben der Heizkostenverordnung nicht in Einklang zu bringen sind. Wird ein größerer Heizölvorrat gekauft, der im Folgejahr eine Auffüllung des Tanks entbehrlich macht, würden die Nutzer im jeweiligen Abrechnungsjahr auch nicht annähernd mit den Kosten des tatsächlichen Verbrauchs belastet. Unabhängig von der Art der bezogenen Energie führt eine Kostenverteilung nach dem Abflussprinzip aber auch in den Fällen eines Nutzerwechsels, etwa bei Verkauf der Wohnung, zu nicht sachgerechten Ergebnissen. Nach § 9b Abs. 2 HeizkV sind die nach dem erfassten Verbrauch zu verteilenden Kosten auf Vor- und Nachnutzer zu verteilen. Ein verbrauchsabhängiger Kostenausgleich zwischen Veräußerer und Erwerber ist jedoch nicht möglich, wenn Bezugsgröße der Abrechnung nicht die Kosten des im Abrechnungszeitraum tatsächlich erfolgten Verbrauchs, sondern die bezahlten Rechnungen sind. Dies wäre vor allem in Fällen, in denen – witterungsbedingt – die Abschlagszahlungen nicht dem tatsächlichen Verbrauch entsprechen, oder etwa beim Kauf eines Heizölvorrats, mit der Heizkostenverordnung nicht vereinbar.

14 cc) Im Hinblick auf die von der Heizkostenverordnung vorgeschriebene verbrauchsabhängige Abrechnung macht die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur für die Heiz- und Warmwasserkosten vom Prinzip der Jahresabrechnung der Wohnungseigentümergeinschaft als reiner Einnahmen- und Ausgabenabrechnung (§ 28 Abs. 3 WEG) eine Ausnahme. In die Jahresgesamtabrechnung dürfen danach die in dem Abrechnungszeitraum tatsächlich angefallenen Verbrauchskosten für Heizung und Warmwasser auch dann eingestellt werden, wenn sie mit den in diesem Zeitraum geleisteten Zahlungen nicht übereinstimmen. Die Nachvollziehbarkeit der Jahresabrechnung und die Prüfbarkeit der Vermögensentwicklung würden dadurch gewährleistet, dass die gegenüber den Verbrauchskosten entstandenen Mehr- oder Minderbeträge aufgrund der geleisteten Ausgaben als „Abgrenzungsposten“ in der Jahresgesamtabrechnung Berücksichtigung finden. Unterschiedliche Vorstellungen bestehen darüber, an welcher Stelle der Gesamtabrechnung die Abgrenzungen vorzunehmen sind, ob dies bei der Kontenentwicklung zu erfolgen hat oder in Form von Ausgleichsposten bei der Einnahmen-/Ausgabenrechnung (BayOblG, NJW-RR 2003, 1666; NJW-RR 1993, 1166, 1167 [= WuM 1993, 485]; OLG Hamm, ZWE 2001, 446, 448; OLG Karlsruhe, WuM 2001, 458, 460; LG Nürnberg-Fürth, ZMR 2009, 74; Merle in Bärmann, 11. Aufl., § 28 Rn. 71; Jennißen in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 28 Rn. 80; Jennißen, ZWE 2011, 153, 154; Weitnauer, WEG, 9. Aufl., § 28 Rn. 25 f.; MünchKomm-BGB/Engelhard, 5. Aufl., § 28 WEG Rn. 17; Staudinger/Bub, BGB <2005>, § 28 WEG Rn. 348 f.; Spielbauer/Then, WEG, § 28 Rn. 38).

15 dd) Nach einer Gegenauffassung ist in der Gesamtabrechnung ausnahmslos am Einnahmen-Ausgaben-Prinzip festzuhalten. Die Heizkostenverordnung erfordere keine Abweichung, da die dort vorgeschriebene verbrauchsabhängige Verteilung lediglich die Einzelabrechnungen betreffe. In die Gesamtabrechnung müssten daher alle tatsächlichen Zahlungsflüsse, die im Zusammenhang mit der Anschaffung und dem Verbrauch von Brennstoff stehen, eingestellt werden, während in den Einzelabrechnungen die auf den konkreten Verbrauch entfallenden Kosten zu verteilen sind. Dass insoweit dann keine Deckungsgleichheit zwischen Einzel- und Gesamtabrechnung mehr bestehe, sei in deren unterschiedlichen Zielrichtungen begründet. Die Gesamtabrechnung diene der Kontrolle des Verwalters, die Einzelabrechnungen hingegen der Kostenverteilung im Innenverhältnis der Wohnungseigentümer. Die Differenz zur Gesamtabrechnung sei aus Gründen der Übersichtlichkeit und Nachvollziehbarkeit der Abrechnung zu erläutern (Häublein, ZWE 2010, 237, 245; Niedenführ, DWE 2005, 58, 61 und in Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 9. Aufl., § 28 Rn. 53; Drasdo, ZWE 2002, 166, 168 f., NZM 2005, 721 ff. und NZM 2010, 681 ff.).

16 ee) Der Senat hält die unter dd) dargestellte Auffassung für zutreffend. Die Verwaltung hat eine geordnete und übersichtliche Einnahmen- und Ausgabenabrechnung vorzulegen, die für einen Wohnungseigentümer auch ohne Hinzuziehung fachlicher Unterstützung verständlich ist (Senat, Urteil vom 4. Dezember 2009 – V ZR 44/09, NJW 2010, 2127, 2128 [= WuM 2010, 178 = GuT 2010, 131 KL], Rn. 10). Diesen Anforderungen genügt eine Abrechnung, wenn alle in dem betreffenden Wirtschaftsjahr tatsächlich erzielten Einnahmen und erfolgten Ausgaben eingestellt werden. Die Darstellung der tatsächlichen Geldflüsse ermöglicht durch einen Abgleich mit den Gesamtkontoständen ohne Weiteres die Überprüfung der rechnerischen Richtigkeit der Abrechnung. Diese einfache Prüfung ließe sich im Falle der Vornahme von Abgrenzungen nicht oder nur erschwert durchführen (Drasdo, NZM 2005, 721, 723). Ein sachlicher Grund, hiervon bei der Darstellung der Heiz- und Warmwasserkosten in der Gesamtabrechnung abzuweichen, besteht nicht, insbesondere lässt sich ein solcher nicht aus den Bestimmungen der Heizkostenverordnung herleiten. Diese erfordert lediglich eine Verteilung der tatsächlich angefallenen Heiz- und Warmwasserkosten auf der Grundlage des gemessenen Verbrauchs. Den Vorgaben der Heizkostenverordnung ist daher bereits dann Genüge getan, wenn zwar nicht in der Gesamtabrechnung, aber in den Einzelabrechnungen eine verbrauchsabhängige Abrechnung vorgenommen wird, dort also die Kosten des im Abrechnungszeitraum tatsächlich verbrauchten Brennstoffs verteilt werden. Der Umstand, dass sich insoweit ausnahmsweise die Einzelabrechnung nicht unmittelbar aus der Gesamtabrechnung herleitet, ist hinzunehmen, sofern die in der Einzelabrechnung enthaltene Abweichung deutlich ersichtlich und mit einer verständlichen Erläuterung versehen ist. An welcher konkreten Stelle der Gesamt- oder Einzelabrechnung diese Erläuterung erfolgt (vgl. etwa Casser/Schultheiss, ZMR Sonderheft, Januar 2011, 1, 7 ff.), bleibt dem Verwalter überlassen. Entscheidend ist allein, dass die Darstellung verständlich und nachvollziehbar ist.

17 Hinsichtlich der Umlage der verausgabten Gelder für die angeschafften, aber noch nicht verbrauchten Brennstoffe enthält die Heizkostenverordnung keine Regelung. Diese Kosten sind daher zunächst nach dem allgemeinen, in § 16 Abs. 2 WEG bestimmten oder nach einem ansonsten vereinbarten Kostenverteilungsschlüssel zu verteilen (vgl. Drasdo, NZM 2010, 681, 683).

18 ff) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht den Beschluss der Eigentümergeinschaft, soweit die Einzelabrechnungen genehmigt wurden, wegen Verstoßes der Abrechnungen gegen die Heizkostenverordnung für ungültig erklärt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind in den Einzelabrechnungen für 2008 die an das Versorgungsunternehmen geleistete Abschlagszahlung für den Monat Januar 2008, die Zah-

lung auf die Schlussabrechnung des Versorgers für den Versorgungszeitraum 10. Februar 2007 bis 13. Februar 2008 und die Abschlagszahlungen für die Monate März bis Dezember 2008 erfasst. Die Einzelabrechnungen legen somit nicht den im Abrechnungsjahr 2008 erfolgten Verbrauch, sondern lediglich die geleisteten Zahlungen zugrunde. Dies ist mit der von der Heizkostenverordnung vorgeschriebenen verbrauchsabhängigen Abrechnung nicht vereinbar. Der Beschluss über die Genehmigung der Gesamtabrechnung ist hingegen nicht zu beanstanden.

19 III. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben, soweit der Beschluss der Eigentümergemeinschaft über die Genehmigung der Gesamtabrechnung für Heiz- und Warmwasserkosten für unwirksam erklärt worden ist (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen einer Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 26 WEG
Wohnungseigentümergeinschaft; Stimmrecht;
Majorisierung;
Kopfprinzip; Objektprinzip; Wertprinzip;
Bestellung oder Abberufung des WEG-Verwalters

Auch nach dem Wohnungseigentumsgesetz in der ab dem 1. Juli 2007 geltenden Fassung stellt es keine unzulässige Beschränkung der Bestellung oder Abberufung des Verwalters dar, wenn das Kopfprinzip durch Vereinbarung zugunsten des Objekt- oder des Wertprinzips abbedungen worden ist (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 19. September 2002 – V ZB 30/02, BGHZ 152, 46 ff. [= GuT 2003, 27 f. KL = WuM 2003, 47 ff.]).

(BGH, Urteil vom 28. 10. 2011 – V ZR 253/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Die Klägerin ist Eigentümerin von 27 der insgesamt 45 Wohnungen, was einem Miteigentumsanteil von 580/1000stel entspricht. In der Teilungserklärung vom 20. November 1996 ist die Beschlussfassung für Abstimmungen in der Eigentümerversammlung geregelt. § 13 Nr. 4 Satz 1 lautet „Jeder Eigentümer einer der 45 Wohnungen hat für jede in seinem Eigentum stehende Wohnung eine Stimme.“ In ihrer Versammlung vom 7. August 2009 stimmte die nach Kopffzahlen gemessene Mehrheit der Eigentümer dafür, die Beigeladene für die Zeit vom 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2014 weiterhin zur Verwalterin zu bestellen und den Verwaltungsbeirat zum Abschluss des Verwaltervertrages zu bevollmächtigen. Die Klägerin befürwortete nur eine Bestellung für ein Jahr und stimmte dagegen. Weil die Verwalterin sich an § 13 Nr. 4 Satz 1 der Teilungserklärung nicht gebunden sah, stellte sie das Zustandekommen des Beschlusses fest und verkündete das Beschlussergebnis. Auf die Anfechtungsklage der Klägerin hin hat das Amtsgericht Dresden den Beschluss für ungültig erklärt. Die Berufung der Beklagten hat das Landgericht Dresden in der Hauptsache zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, wollen die Beklagten die Aufhebung des angefochtenen Urteils und Abweisung der Klage erreichen.

2 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil in ZWE 2011, 121 f. abgedruckt ist, hält die Abstimmung nach Köpfen für unzulässig, weshalb die erforderliche Mehrheit nicht erreicht sei. Das gesetzlich vorgesehene Kopfprinzip sei durch § 13 Nr. 4 Satz 1 der Teilungserklärung auch für die Verwalterbestellung wirksam abbedungen. § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG stehe dem nicht entgegen. Diese Vorschrift betreffe materielle Beschränkungen der Bestellung oder Abberufung des Verwalters, nicht aber die Stimmengewichtung. Die Anfechtungsklage bie-

te einen ausreichenden Schutz gegen die mit dem Objektprinzip verbundene Gefahr der Majorisierung einer Mehrheit durch einen oder eine kleine Gruppe von Wohnungseigentümern.

3 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

4 1. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass der Beschluss über die Verwalterbestellung nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist. Das gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 25 Abs. 2 Satz 1 WEG vorgesehene Kopfprinzip ist durch die in der Teilungserklärung enthaltene Regelung der Abstimmung nach dem Objektprinzip wirksam abbedungen worden mit der Folge, dass die erforderliche Stimmenmehrheit nicht zustande gekommen ist. Darin liegt keine Beschränkung im Sinne von § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG. Der Senat hat für die gleichlautende Vorschrift des § 26 Abs. 1 Satz 4 WEG in der bis zum 30. Juni 2007 geltenden Fassung entschieden, dass sie einer von dem Kopfstimmrecht abweichenden Vereinbarung des Objektprinzips (Stimmrecht nach der Anzahl der Wohnungseigentumsrechte) oder des Wert- bzw. Anteilstimmrechts (Stimmrecht nach der Größe der Miteigentumsanteile) nicht entgegensteht (Senat, Beschluss vom 19. September 2002 – V ZB 30/02, BGHZ 152, 46, 53 f. [= GuT 2003, 27 f. KL = WuM 2003, 47 ff.]).

5 2. Allerdings ist umstritten, ob daran auch nach dem Wohnungseigentumsgesetz in der ab dem 1. Juli 2007 geltenden Fassung festzuhalten ist.

6 a) Teils wird mit Blick auf die in § 12 Abs. 4 Satz 2, § 16 Abs. 5 WEG und § 22 Abs. 2 Satz 2 WEG enthaltenen Bestimmungen geltend gemacht, zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen müsse § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG dahingehend ausgelegt werden, dass die Vereinbarung eines von dem Kopfprinzip abweichenden Stimmprinzips unzulässig sei (so insbesondere Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 25 Rn. 32, § 26 Rn. 39; ders., ZWE 2009, 15, 19 ff.). Dagegen sieht die überwiegende Ansicht dies weiterhin als zulässig an (Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl., § 26 Rn. 8; Rüscher, in: Bärmann/Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, 5. Aufl., Rn. 750 f.; Scheel in Hügel/Scheel, Rechts Handbuch Wohnungseigentum, 3. Aufl., Teil 9, Rn. 20; Jennißen in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 26 Rn. 37; Münch-Komm-BGB/Engelhardt, 5. Aufl., § 26 WEG Rn. 8; Greiner, ZWE 2011, 118, 120; Häublein, ZMR 2010, 805, 806).

7 b) Der Senat hält für § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG in der seit dem 1. Juli 2007 geltenden Fassung daran fest, dass diese Vorschrift einer Vereinbarung des Objekt- oder Wertprinzips nicht entgegensteht. Die für eine Unabdingbarkeit des Kopfprinzips angeführten Argumente überzeugen nicht.

8 aa) Gemäß § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG sind solche Beschränkungen der Bestellung oder Abberufung des Verwalters unzulässig, die nicht in § 26 Abs. 1 Satz 1 bis 4 WEG vorgesehen sind. § 26 Abs. 1 Satz 1 WEG schreibt lediglich das Mehrheitsprinzip als solches fest mit der Folge, dass die Bestellung oder Abberufung des Verwalters nicht durch Vereinbarung etwa von dem Erreichen einer qualifizierten Mehrheit oder von einem einstimmigen Beschluss abhängig gemacht werden kann. Der Regelungsgehalt von § 26 Abs. 1 Satz 1 und 5 WEG erstreckt sich dagegen nicht auf die Frage, ob die erforderliche Mehrheit nach Köpfen, Objekten oder Miteigentumsanteilen zusammengesetzt sein muss. Dies kann zwar wie auch hier entscheidende Auswirkung auf das Abstimmungsergebnis haben. Es handelt sich aber nicht um eine „Beschränkung“ im Sinne von § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG, sondern um die Definition der Stimmenmehrheit (unzutreffend daher Merle, ZWE 2009, 15, 16). Insoweit verweist § 26 Abs. 1 Satz 1 WEG auf § 25 Abs. 2 Satz 1 WEG. Das dort im Grundsatz vorgesehene Kopfprinzip ist gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG abdingbar (Senat, Beschluss vom 19. September 2002 – V ZB 30/02, BGHZ 152, 46, 53 [= WuM aaO]; Elzer in Jennißen, aaO, § 25 Rn. 12 jeweils mwN). Den dispositiven Charakter verliert § 25 Abs. 2 Satz 1 WEG aufgrund der Verweisung nicht.

9 bb) Die von der Gegenauffassung herangezogenen, in § 12 Abs. 4 Satz 2, § 16 Abs. 5 WEG und § 22 Abs. 2 Satz 2 WEG enthaltenen Bestimmungen sind für die Auslegung von § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG unergiebig.

10 (1) In diesen Vorschriften ist seit der am 1. Juli 2007 in Kraft getretenen Reform des Wohnungseigentumsrechts jeweils vorgesehen, dass bestimmte Befugnisse der Wohnungseigentümer durch Vereinbarung „nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen“ werden können, wie beispielsweise die Aufhebung einer Veräußerungsbeschränkung durch Stimmenmehrheit (§ 12 Abs. 4 Satz 1 WEG) oder die Beschlussfassung über bestimmte Modernisierungsmaßnahmen durch qualifizierte Mehrheit (§ 22 Abs. 2 Satz 1 WEG). Damit bezweckte der Gesetzgeber eine Hinwendung zum Mehrheitsprinzip in Abkehr von dem Prinzip der Einstimmigkeit (vgl. BT-Drucks. 16/887 S. 10 f., 22, 25, 32). Ob damit allerdings nur das Mehrheitsprinzip als solches oder wovon das Berufungsgericht ausgeht auch die Unabdingbarkeit des Kopfprinzips verankert worden ist, ist ohnehin unklar und umstritten. Während eine verbreitete Ansicht letzteres annimmt (Becker in Bärmann, aaO, § 16 Rn. 136; Merle in Bärmann aaO, § 22 Rn. 349, § 25 Rn. 31; Timme/Bonifacio, WEG, § 16 Rn. 228; Timme/Hogenschurz, WEG, § 12 Rn. 65; Drasdo, RNotZ 2007, 264, 265; Häublein, FS Bub (2007) S. 113, 118 ff.; ders., ZMR 2007, 409, 410 ff.), hält die Gegenauffassung die Vereinbarung des Objekt- oder Wertprinzips für zulässig (Klein in Bärmann, aaO, § 12 Rn. 52; Löffler in Jennißen, aaO, § 12 Rn. 43; Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 3. Aufl., § 12 Rn. 68 c; Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, 463). Andere nehmen nur für die eine qualifizierte Mehrheit erfordernden Beschlüsse nach § 16 Abs. 4 WEG und § 22 Abs. 2 Satz 1 WEG einen gesetzlich angeordneten Vorrang des Kopfprinzips an (Rüscher, in: Bärmann/Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, 5. Aufl., Rn. 751; Derleder, ZWE 2008, 253, 256 f.; Greiner, ZWE 2011, 118, 120). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts enthält die Gesetzesbegründung insoweit keine Vorgaben. Dort heißt es zwar, dass die „Beschlusskompetenz einschließlich der Mehrheitsmacht“ nicht abbedungen werden kann (BT-Drucks. 16/887 S. 25, S. 32, vgl. auch S. 22). Vorgaben zu der Stimmkraft sind damit aber gerade nicht gemacht worden (so zutreffend Derleder, ZWE 2008, 253, 256; Greiner, ZWE 2011, 118, 120).

11 (2) Ob die in § 12 Abs. 4 Satz 2, § 16 Abs. 5 WEG und § 22 Abs. 2 Satz 2 WEG enthaltenen Bestimmungen dahingehend auszulegen sind, dass das Kopfprinzip unabdingbar ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn schon dem Wortlaut nach hat § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG nicht zwingend den gleichen Regelungsgehalt wie die genannten Vorschriften. Zudem verweist die Revisionserwiderung zutreffend darauf, dass die Bestimmung gegenüber § 26 Abs. 1 Satz 4 WEG aF unverändert geblieben ist. Dies erlaubt den Schluss, dass der Gesetzgeber sich in Kenntnis der gefestigten Rechtsprechung und nahezu einhelligen Auffassung in der Literatur nicht veranlasst gesehen hat, das Kopfprinzip bei der Bestellung oder Abberufung des Verwalters nunmehr gesetzlich für unabdingbar zu erklären. Einer solchen ausdrücklichen Anordnung des Gesetzgebers bedürfte es schon aus praktischen Gründen, weil der Verwalter die Bestimmungen der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung beachten muss, solange gesetzliche Vorgaben nicht entgegenstehen (Greiner, ZWE 2011, 118, 120). Zudem zielt die Vorschrift ihrem Zweck nach nicht darauf ab, über die Festlegung des Mehrheitsprinzips hinausgehende Vorgaben für die interne Willensbildung zu machen, sondern soll in erster Linie die Einflussnahme Dritter – etwa Kreditgeber oder Bauträger – auf die Verwalterbestellung oder -abberufung verhindern (Senat, Beschluss vom 20. Juni 2002 – V ZB 39/01, BGHZ 151, 164, 177 f. [= GuT 2002, 191 KL = WuM 2002, 628 ff.] mwN).

12 cc) Schließlich ist der Sache nach die unbedingte Durchsetzung des Kopfprinzips nicht geboten, weil es dem Objekt- oder Wertprinzip nicht generell überlegen ist (vgl. Derleder, ZWE 2008, 253, 256; Hügel/Elzer, NZM 2009, 457, 463). Immerhin bestimmen sich die mit der Verwaltung verbundenen wirtschaftlichen Lasten im Regelfall nach den Miteigen-

tumsanteilen und nicht nach Köpfen. Nicht zu verkennen ist zwar die Gefahr der Majorisierung durch einzelne Eigentümer zu Lasten einer rechnerischen Mehrheit nach Kopffzahlen. Den erforderlichen Minderheitenschutz gewährleistet aber das Prinzip ordnungsmäßiger, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer entsprechender Verwaltung (§ 21 Abs. 5 WEG) und dessen gerichtliche Kontrolle im Wege der Anfechtungsklage. Daraufhin sind Beschlüsse sorgfältig zu überprüfen (vgl. Senat, Beschluss vom 19. September 2002 – V ZB 30/02, BGHZ 152, 46, 53 f. [= WuM 2003 aaO]; Jennißen in Jennißen, aaO, § 26 Rn. 40 bis 42; Derleder, ZWE 2008, 253, 256).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 21, 26 WEG; § 49a GKG
Wohnungseigentümergeinschaft; Verlangen einzelnen
Wohnungseigentümers auf Abberufung des
WEG-Verwalters aus wichtigem Grund;
Beurteilungsspielraum; Verpflichtungsklage; Streitwert

a) Ein einzelner Wohnungseigentümer kann die Abberufung des Verwalters nicht schon deshalb verlangen, weil ein wichtiger Grund im Sinne von § 26 Abs. 1 Satz 3 und 4 WEG hierfür besteht; den Wohnungseigentümern steht insoweit ein Beurteilungsspielraum zu, der erst dann überschritten ist, wenn die Ablehnung der Abberufung aus objektiver Sicht nicht vertretbar erscheint.

b) Bei der Festsetzung des Streitwerts einer auf Abberufung des Verwalters gerichteten Verpflichtungsklage ist im Regelfall das Gesamtinteresse nach dem in der restlichen Vertragslaufzeit anfallenden Verwalterhonorar und das Interesse des klagenden Wohnungseigentümers nach seinem Anteil hieran zu bemessen.

(BGH, Urteil vom 10. 2. 2012 – V ZR 105/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Mit Beschluss vom 30. Juli 2008 bestellten die Wohnungseigentümer die Beigeladene, deren Rechtsvorgängerin die Anlage bereits seit 1970 verwaltet hatte, für die Dauer von fünf Jahren als Verwalterin. Im September 2009 forderte der Kläger die Beklagten erfolglos auf, der Einberufung einer außerordentlichen Eigentümerversammlung zuzustimmen, die der vorzeitigen Abberufung der neuen Verwalterin dienen sollte. Seine auf die sofortige Abberufung gerichtete Klage ist in den Tatsacheninstanzen [AG Hamburg-Bergedorf; LG Hamburg] ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt er seinen in der Berufungsinstanz gestellten Antrag weiter.

2 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, es bedürfe zwar keiner Vorbefassung der Eigentümerversammlung mit dem Antrag des Klägers, der erkennbar keine Mehrheit finde. Der Kläger habe aber keinen Anspruch auf die Abberufung der Verwalterin. Es könne offen bleiben, ob diverse Mängel der Amtsführung insbesondere bei der Führung der Beschluss-Sammlung einen wichtigen Grund gemäß § 26 Abs. 1 Satz 3 und 4 WEG darstellten. Denn den übrigen Wohnungseigentümern stehe jedenfalls ein Beurteilungsspielraum zu. Die festgestellten Pflichtverletzungen seien nicht so gravierend, dass nur die sofortige Abberufung vertretbar wäre. Soweit sich der Kläger auf erst im Berufungsverfahren gerügte Verstöße stütze, fehle es an der Vorbefassung der Eigentümerversammlung, weil er seinen Antrag auf Einberufung einer Eigentümerversammlung nur mit Fehlern der Beschluss-Sammlung begründet habe.

3 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

4 1. Aus dem Umstand, dass die übrigen Wohnungseigentümer auf das Schreiben des Klägers mit der Bitte um Einberufung einer außerordentlichen Eigentümerversammlung nicht reagiert haben, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei gefol-

gert, dass ein Antrag des Klägers in der Eigentümerversammlung erkennbar aussichtslos wäre, soweit er auf die in diesem Schreiben genannten Gründe gestützt werde. Eine Vorbefassung der Eigentümerversammlung mit dem Antrag des Klägers konnte es auf dieser Grundlage ausnahmsweise als entbehrlich ansehen (vgl. Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 [= WuM 2010, 175] Rn. 15).

5 2. Ein Anspruch des Klägers auf Abberufung der Verwalterin kommt nur dann in Betracht, wenn – was das Berufungsgericht offen gelassen hat – hierfür ein wichtiger Grund im Sinne von § 26 Abs. 1 Satz 3 und 4 WEG besteht. Denn die Verwalterin ist für die Dauer von fünf Jahren bestellt worden; dies erlaubt den Schluss darauf, dass eine vorzeitige Abberufung an diese Voraussetzung gebunden sein soll (Jennißen in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 26 Rn. 143). Im Rahmen des Revisionsverfahrens ist als für den Kläger günstig zu unterstellen, dass ein wichtiger Grund für die Abberufung der Verwaltung besteht, wie es bei einer nicht ordnungsmäßigen Führung der Beschluss-Sammlung gemäß § 26 Abs. 1 Satz 4 WEG regelmäßig der Fall ist.

6 3. Gleichwohl kann der Kläger die Abberufung der Verwalterin nicht verlangen. Ein solcher Anspruch kann sich aus § 21 Abs. 4 WEG ergeben (Senat, Urteil vom 10. Juni 2011 – V ZR 146/10, NZM 2011, 630 f. [= GuT 2011, 179 = WuM 2011, 545 KL]), wenn die Abberufung dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht. Dies hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint.

7 a) Allerdings besteht Uneinigkeit darüber, ob ein Anspruch eines einzelnen Wohnungseigentümers ohne weiteres anzunehmen ist, wenn ein wichtiger Grund für die vorzeitige Abberufung des Verwalters besteht. Überwiegend wird dies verneint. Es bestehe ein Beurteilungsspielraum der Wohnungseigentümer, der nur dann überschritten werde, wenn eine andere Entscheidung als die Abberufung nicht mehr vertretbar sei (OLG Celle, NZM 1999, 841; ZWE 2002, 474, 476 [= GuT 2002, 190 KL]; OLG Köln, JMBL. NW 2007, 83 [= WuM 2006, 586 KL]; OLG München, ZMR 2007, 807, 809 [= WuM 2007, 591]; OLG Schleswig, ZMR 2007, 485 [= WuM 2007, 216]; OLG Rostock, ZMR 2010, 223, 224; Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 26 Rn. 190 und Rn. 226; MünchKomm-BGB/Engelhardt, 5. Aufl., § 26 WEG Rn. 33; Timme/Knop, WEG, § 26 Rn. 214 f.; ähnlich Jennißen in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 26 Rn. 149). Dagegen gestehen andere den Wohnungseigentümern einen solchen Beurteilungsspielraum nur in engen Grenzen (OLG Hamm, NZM 2004, 504, 506) oder gar nicht zu (OLG Düsseldorf, NZM 2002, 487, 488 [= WuM 2002, 386]; Riecke/Schmid/Abramenko, WEG, 3. Aufl., § 26 Rn. 31a; offen gelassen von AG München, ZMR 2009, 644, 645).

8 b) Richtigerweise führt ein wichtiger Grund im Sinne von § 26 Abs. 1 Satz 3 und 4 WEG nicht zwingend dazu, dass ein einzelner Wohnungseigentümer gegen den Willen der Mehrheit die Abberufung des Verwalters durch das Gericht erreichen kann.

9 aa) Aus § 26 Abs. 1 Satz 3 WEG lässt sich ein solcher Anspruch nicht ableiten. Dieser Bestimmung zufolge darf die Abberufung des Verwalters auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes beschränkt werden. Besteht diese Beschränkung, folgt daraus im Umkehrschluss, dass die Wohnungseigentümer den Verwalter unter dieser Voraussetzung abberufen dürfen und es in jedem Fall ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, wenn sie von ihrer Befugnis Gebrauch machen. Ein Anspruch des einzelnen Wohnungseigentümers gemäß § 21 Abs. 4 WEG setzt voraus, dass die Abberufung dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen oder – mit anderen Worten – ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht. Ob die Entscheidung der Wohnungseigentümer dieser Anforderung auch dann genügen kann, wenn sie sich gegen die Abberufung entscheiden, lässt sich § 26 Abs. 1 Satz 3 WEG nicht entnehmen.

10 bb) Bei der Entscheidung über diese Frage muss das Gericht einerseits die Entscheidung der Mehrheit in vertretbarem

Rahmen respektieren, andererseits aber auch der Minderheit Schutz bieten. Dem Anliegen der Mehrheit und dem Selbstorganisationsrecht der Wohnungseigentümer kann es nur Rechnung tragen, wenn den Wohnungseigentümern ein Beurteilungsspielraum zugebilligt wird. Unter anderem dann, wenn der wichtige Grund auf dem Regelbeispiel des § 26 Abs. 1 Satz 4 WEG beruht, also auf Mängeln in der Führung der Beschluss-Sammlung, können diese nämlich nachvollziehbare Motive dafür haben, von der Abberufung Abstand zu nehmen. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn sie einen solchen Schritt im Hinblick auf die bisherigen Leistungen des Verwalters nicht für notwendig halten und nach einer Erörterung der Mängel mit der Verwaltung auf eine Besserung in der Zukunft vertrauen. Ist dieser Beurteilungsspielraum allerdings überschritten, weil die Ablehnung der Abberufung aus objektiver Sicht nicht vertretbar erscheint, muss das Gericht im Interesse der Minderheit die Abberufung vornehmen. Das kann erforderlich sein, wenn die Mehrheit aus der Sicht eines vernünftigen Dritten gegen ihre eigenen Interessen handelt, weil sie – etwa aus Bequemlichkeit – massive Pflichtverletzungen tolerieren will; auch eine Majorisierung durch einen Mehrheitseigentümer kann Anlass für eine kritische Würdigung der Beweggründe sein (vgl. Senat, Urteil vom 28. Oktober 2011 – V ZR 253/10, juris Rn. 12, vorgesehen zum Abdruck in BGHZ [= GuT 2012, 64]; Merle, aaO., § 26 Rn. 226). Ob die Voraussetzungen für einen solchen Anspruch bestehen, hat der Tatrichter in umfassender Würdigung aller Umstände festzustellen.

11 4. Daran gemessen hält die Entscheidung des Berufungsgerichts rechtlicher Nachprüfung stand.

12 a) Im Einzelnen hat es festgestellt, die Verwalterin habe im Jahre 2009 Eintragungen mit einer Verzögerung von sechs Wochen vorgenommen. Dies hat es rechtsfehlerfrei als Verstoß gegen § 24 Abs. 7 Satz 7 WEG gewertet; eine Verzögerung um mehrere Wochen kann nämlich nicht mehr als die in dieser Norm vorgeschriebene unverzügliche Erledigung angesehen werden (vgl. BT-Drucks. 16/887, S. 34; Merle, aaO., § 24 Rn. 143). Darüber hinaus hat das Berufungsgericht fehlende Eintragungsvermerke bemängelt, weshalb weder der Zeitpunkt noch die Urheberschaft von Eintragungen dokumentiert worden sei. Weil auch die in § 24 Abs. 7 Satz 3 WEG vorgesehene fortlaufende Nummerierung fehle, sei die Vollständigkeit nicht überprüfbar. Zudem sei ein Negativbeschluss nicht aufgenommen, und Urteilsformeln seien nicht vollständig übertragen worden. Weitere, außerhalb der Führung der Beschluss-Sammlung liegende Mängel seien weniger gravierend. Die regelmäßige Begehung der Anlage sei nur zeitweise unterblieben. Auch die Umsetzung eines die Treppenhausreinigung betreffenden Beschlusses aus dem Jahr 2008 erst im Jahr 2010 mache die Zusammenarbeit nicht unzumutbar.

13 b) Im Rahmen der Gesamtwürdigung hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler die Überzeugung gewonnen, die Entscheidung der Mehrheit gegen eine Abberufung sei vertretbar. Dabei hat es berücksichtigt, dass die Mängel der Beschluss-Sammlung nicht zu negativen Folgen geführt haben. Zudem hat es zutreffend darauf hingewiesen, dass die Pflicht zur Führung einer Beschluss-Sammlung erst mit der Reform des Wohnungseigentumsrechts im Jahr 2007 eingeführt worden ist. Aus der Anhörung des Geschäftsführers der Verwalterin hat es in tatrichterlicher Würdigung die Überzeugung gewonnen, dass die Probleme teilweise durch Anfangsmängel der verwendeten Software verursacht wurden. Auch die übrigen von dem Kläger angeführten Umstände hat es mit nachvollziehbarer Begründung nicht als so gravierend angesehen, dass nur die Abberufung vertretbar sei.

14 5. Ohne Erfolg rügt die Revision Verfahrensfehler.

15 a) Das Berufungsgericht hat das rechtliche Gehör des Klägers gewahrt. Allein der Umstand, dass es sich mit einzelnen Mängeln nicht ausdrücklich befasst hat, ist nicht verfahrensfehlerhaft. Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs ist nach ständiger Rechtsprechung nämlich erst dann verletzt, wenn

sich im Einzelfall klar ergibt, dass das Gericht seiner Pflicht zur Kenntnisnahme und zur Erwägung des Vorgetragenen nicht nachgekommen ist (vgl. nur Senat, Beschluss vom 19. März 2009 – V ZR 142/08, NJW 2009, 1609 Rn. 8 mwN). So ist es hier nicht. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass es weitere, jedoch weniger gewichtige Mängel „u. a.“ in der nicht sinnentstellend verkürzten Übertragung von Urteilsformeln sehe. Aus dem Umstand, dass es die unvollständige Wiedergabe von Beschlussformeln und Tagesordnungspunkten dabei nicht gesondert aufgeführt hat, lässt sich nicht schließen, dass das Berufungsgericht den darauf bezogenen Vortrag nicht gesehen und gewürdigt, sondern vielmehr, dass es ihn ebenfalls als weniger gewichtig angesehen hat.

16 b) Die erst in dem Berufungsverfahren behaupteten Mängel der Rechnungslegung im Rahmen der Hausgeldabrechnung 2009 hat das Berufungsgericht zu Recht unberücksichtigt gelassen, weil es insoweit an der erforderlichen Vorbefassung der Eigentümerversammlung fehlte. Diese ist nur in Ausnahmefällen entbehrlich (Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 [= WuM 2010, 175] Rn. 15). Weil sich das an die übrigen Wohnungseigentümer gerichtete und unbeantwortet gebliebene Schreiben des Klägers nur auf die Mängel der Beschluss-Sammlung stützte, kann die Vorbefassung der Eigentümerversammlung nicht als überflüssig angesehen werden. Dies folgt entgegen der Auffassung der Revision insbesondere nicht aus dem Antrag der Beklagten auf Abweisung der Klage. Denn schon die drohende Kostenfolge kann Grund für die übrigen Wohnungseigentümer sein, auch bei einer geänderten Auffassung weiterhin die Abweisung der Klage anzustreben.

17 III. 1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

18 2. Die Bemessung des Streitwerts richtet sich gemäß § 49a Abs. 1 Satz 1 GKG nach dem hälftigen Gesamtinteresse der Parteien, das anhand des in der restlichen Vertragslaufzeit anfallenden Verwalterhonorars geschätzt werden kann (so zu § 48 Abs. 3 WEG aF Senat, Beschluss vom 20. Juni 2002 – V ZB 39/01, NZM 2002, 788, 793 [= GuT 2002, 191 KL = WuM 2002, 628], insoweit in BGHZ 151, 164 ff. nicht abgedruckt; zu § 49a GKG Suilman in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 49a GKG Rn. 19 mwN). Damit beläuft sich das Gesamtinteresse auf 9196,32 €. 50% hiervon sind 4598,16 €. Dieser Betrag überschreitet die in § 49a Abs. 1 Satz 2 GKG enthaltene Obergrenze des fünffachen Interesses des Klägers an der Entscheidung nicht.

19 a) Allerdings herrscht Uneinigkeit darüber, wie das Interesse des Klägers zu bemessen ist. Teilweise wird es auf 10% des gesamten restlichen Honorars geschätzt mit der Folge, dass der fünffache Betrag stets dem hälftigen Gesamtinteresse entspricht (OLG Celle, NJW 2010, 1154; LG München I, NZM 2009, 625 f.; Monschau in Schneider/Herget, Streitwertkommentar, 13. Aufl., Rn. 6274 f.; in Ergebnis ebenso Müller, ZMR 2010, 139, 140 f.). Andere sehen den nach Miteigentumsanteilen ermittelten Anteil des Klägers an dem Verwalterhonorar als maßgeblich an. Dieser wird teils einfach (OLG München, NJWRR 2009, 1615 f. [= WuM 2009, 606]; Suilman in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 49a GKG Rn. 19), teils zweifach (LG Karlsruhe, ZWE 2010, 409 f.) oder sogar dreifach unter Hinweis auf den andernfalls zu niedrigen Streitwert (OLG Schleswig, Beschluss vom 21. November 2011 – 3 W 75/11, juris Rn. 23) herangezogen. Fest steht jedenfalls, dass das Interesse des Klägers nicht – wie das Berufungsgericht offenbar meint – um 50% reduziert werden darf. Denn die Heranziehung des hälftigen Werts ist nur in § 49a Abs. 1 Satz 1 GKG vorgesehen und bezieht sich nicht auf das in § 49a Abs. 1 Satz 2 GKG als Obergrenze vorgesehene fünffache Interesse des Klägers.

20 b) Der Senat hält es im Regelfall für angemessen, den Anteil des Klägers an dem restlichen Verwalterhonorar heranzuziehen, der sich aus dem Kostenverteilungsschlüssel ergibt und im Zweifel nach Miteigentumsanteilen zu bemessen ist. Bei einem Streit um die vorzeitige Abberufung des Verwalters geht es beiden Parteien im Wesentlichen um dessen Person und nicht

um das Honorar. Letzteres kann nur ein Hilfsmittel sein, um das jeweilige Interesse an der Entscheidung einzuschätzen. Dabei liegt auf der Hand, dass das Interesse eines einzelnen Wohnungseigentümers an der Verwaltung nicht dem der Gesamtheit entspricht, sondern nach der Größe seines Anteils zu gewichtet ist. Wird das Gesamtinteresse der Beteiligten – wie es einhelliger Meinung entspricht – anhand des einfachen restlichen Honorars bestimmt, spricht nichts dafür, ausschließlich den Anteil des Klägers zu verdoppeln oder gar zu verdreifachen. Danach ergibt sich hier ein Interesse des Klägers von 1313,76 €, das verfünffacht den gemäß § 49a Abs. 1 Satz 1 GKG errechneten Streitwert überschreitet.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 185 BGB

**Wohnungseigentümergeinschaft;
vorzeitige Abberufung des WEG-Verwalters;
Prozessstandschaft; Erlöschen materieller Ermächtigung
zum Forderungseinzug**

Die vorzeitige Abberufung eines Verwalters einer Wohnungseigentümergeinschaft wegen gravierender Pflichtverletzungen mit der Folge, dass den Wohnungseigentümern eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zugemutet werden kann, führt im Regelfall dazu, dass eine materiell-rechtliche Ermächtigung zu einem Forderungseinzug erlischt.

(BGH, Urteil vom 20. 1. 2012 – V ZR 55/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte erwirkte in ihrer Eigenschaft als Verwalterin einer Wohnungseigentümergeinschaft gegen die Kläger, die Mitglieder dieser Gemeinschaft sind, mehrere Zahlungstitel und Kostenfestsetzungsbeschlüsse. Zu der Prozessführung war sie in dem Verwaltervertrag ermächtigt worden. Durch einen rechtskräftigen Beschluss des Oberlandesgerichts Köln vom 22. August 2008 wurde sie mit Wirkung vom 1. Oktober 2008 als Verwalterin abberufen. Die Entscheidung ist damit begründet worden, dass den Wohnungseigentümern auf Grund gravierender Pflichtverletzungen der Beklagten eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zumutbar und das erforderliche Vertrauensverhältnis zerstört sei. Die Zahlungstitel, denen Hausgeldforderungen und Sonderumlagen zugrunde liegen, wurden mit einer Ausnahme vor dem 1. Oktober 2008 erstritten, die Kostenfestsetzungsbeschlüsse sämtlich in der Zeit danach. Die Beklagte betreibt mit dem Einverständnis der neuen Verwalterin die Zwangsvollstreckung aus diesen Titeln.

2 Die dagegen erhobene Vollstreckungsgegenklage ist in den Vorinstanzen [AG Bonn; LG Köln] erfolglos geblieben. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihren Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

3 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, hinsichtlich der Kostenfestsetzungsbeschlüsse sei der Wegfall der Voraussetzungen der Verfahrensstandschaft ohne Belang. Denn Partei sei allein die Beklagte, die auch nach Beendigung der Verwaltertätigkeit ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Durchsetzung des Kostenerstattungsanspruchs habe. Hinsichtlich der Zahlungstitel sei ein Verwalter nach dem Ausscheiden aus dem Amt nicht nur als ermächtigt anzusehen, ein anhängiges Verfahren fortzusetzen; er sei auch befugt, die Zwangsvollstreckung aus den von ihm erstrittenen Titeln zu betreiben. Die Voraussetzungen der gewillkürten Verfahrensstandschaft müssten im Zeitpunkt der Zwangsvollstreckung nicht mehr vorliegen.

4 II. Die Revision, mit der die Kläger die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung nur noch auf die Abberufung der Beklagten als Verwalterin stützen, ist teilweise begründet.

5 1. Ob über das Rechtsschutzbegehren der Kläger, soweit es sich gegen die Zwangsvollstreckung der Beklagten aus solchen Titeln richtet, die gemäß § 43 Abs. 1 WEG in der bis zum

30. Juni 2007 geltenden Fassung in dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergangen sind, ebenfalls in diesem Verfahren hätte entschieden werden müssen (so zum früheren Recht etwa BayObLG, NJW-RR 1990, 26 [= WuM 1989, 662]; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 1235 [= WuM 1997, 519]; Weitnauer/Mansel, WEG, 9. Aufl., § 45 Rn. 17 – jeweils mwN) oder ob sich die Anwendbarkeit der Zivilprozessordnung zumindest aus der Übergangsvorschrift in § 62 Abs. 1 WEG ergibt, ist nach der entsprechend anwendbaren Vorschrift des § 17a Abs. 5 GVG (vgl. Senat, Urteile vom 30. Juni 1995 – V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 162 f. [= WuM 1995, 614] und vom 28. Januar 2011 – V ZR 145/10, BGHZ 188, 157, 159 [= WuM 2011, 318], Rn. 5 – jeweils mwN) im Revisionsverfahren nicht zu prüfen.

6 2. Die Vollstreckungsgegenklage ist der statthafte Rechtsbehelf. Das gilt allerdings nur, soweit die Kläger – wovon bei verständiger Würdigung ihres Vorbringens indes auszugehen ist – gegen die von der Beklagten betriebene Zwangsvollstreckung einwenden, dass mit der Beendigung der Verwaltertätigkeit der Beklagten zugleich deren (materielle) Berechtigung entfallen sei, die im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft für die Wohnungseigentümergeinschaft geltend gemachten Forderungen einzuziehen (vgl. Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 766 ZPO Rn. 8 für den Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft nach § 1629 Abs. 3 BGB). Denn nur insoweit richtet sich die Einwendung gegen die festgestellten Ansprüche als solche, was Voraussetzung für die Statthaftigkeit der Klage nach § 767 Abs. 1 ZPO ist. Soweit die Rüge zusätzlich auf einen mit der Abberufung einhergehenden Verlust der Prozessführungsbefugnis der Beklagten zielen sollte, handelte es sich demgegenüber um einen verfahrensrechtlichen Einwand. Dieser ist – unabhängig davon, ob der Fortbestand der Prozessführungsbefugnis des in dem Vollstreckungstitel ausgewiesenen Gläubigers zu den Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung zählt (ablehnend OLG Köln, FamRZ 1985, 626, 627; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 767 Rn. 22, 24 i. Vm. Fn. 240) – mit der Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO zu verfolgen (vgl. OLG Frankfurt, FamRZ 1983, 1268; Walker, aaO; aA OLG München, FamRZ 1990, 653).

7 3. Zutreffend erachtet das Berufungsgericht die Zwangsvollstreckung aus den gegen die Kläger gerichteten Kostenfestsetzungsbeschlüssen durch die Beklagte für zulässig. Diese ist auf Grund ihrer Stellung als Partei bzw. Beteiligte der zugrunde liegenden Verfahren Inhaberin des in den Beschlüssen jeweils betragsmäßig ausgewiesenen prozessualen Kostenerstattungsanspruchs (vgl. Senat, Beschluss vom 17. November 2011 – V ZB 134/11, zur Veröffentlichung bestimmt [= GuT 2012, 69]). Dessen Zuordnung wird durch die Beendigung der Verwaltertätigkeit nicht berührt. Der Einwand der Kläger, die Beklagte habe bei der prozessualen Geltendmachung der den Gegenstand der Verfahren bildenden Hausgeldforderungen und Sonderumlagen nach dem Verwaltervertrag für die Rechnung der Gemeinschaft gehandelt, betrifft lediglich das Innenverhältnis des Verwalters und der Wohnungseigentümergeinschaft. Für das Verhältnis der Prozessparteien bleibt er ohne Bedeutung. Unerheblich wäre es auch, wenn die Beklagte – worauf sich die Kläger weiterhin berufen – unter Hinweis auf die fehlende Vorsteuerabzugsberechtigung der Wohnungseigentümergeinschaft die Festsetzung der Mehrwertsteuer auf die Anwaltsvergütung beantragt haben sollte (vgl. Nr. 7008 VV RVG). Über die Berechtigung einer von dem Prozessstandschafter angemeldeten Kostenposition ist im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens (§§ 103 ff. ZPO) zu entscheiden. Auf die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus den Kostenfestsetzungsbeschlüssen lassen sich aus dem Inhalt der Festsetzungsanträge keine Rückschlüsse ziehen.

8 4. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht dagegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus den in der Hauptsache ergangenen Entscheidungen bejaht. Zwar ist die Beklagte als Gläubigerin der Vollstreckungstitel berechtigt, die darin zuerkannten, materiell-rechtlich der Wohnungseigentümergein-

schaft zustehenden Ansprüche im eigenen Namen zu vollstrecken (vgl. Senat, Urteil vom 26. Oktober 1984 – V ZR 218/83, BGHZ 92, 347, 349; Beschluss vom 13. September 2001 – V ZB 15/01, BGHZ 148, 392, 398 mwN [= GuT 2002, 28 KL]). Die Vollstreckung erweist sich aber als unzulässig, sofern den Ansprüchen eine nach § 767 Abs. 1 ZPO beachtliche materiell-rechtliche Einwendung entgegensteht. Das ist hier – mit einer Ausnahme (dazu unter d) – der Fall.

9 a) Auszugehen ist davon, dass die Bestimmung in dem Verwaltervertrag, nach der die Beklagte berechtigt war, rückständige Hausgelder im eigenen Namen gegen einzelne Wohnungseigentümer geltend zu machen, nicht nur die prozessuale Ermächtigung enthielt, als Prozessstandschafterin der Wohnungseigentümergeinschaft ein etwa erforderliches gerichtliches Verfahren zu führen. Die Beklagte war vielmehr auch materiell-rechtlich ermächtigt, in einem solchen Verfahren Leistung an sich selbst zu verlangen (vgl. BGH, Urteile vom 10. Mai 1979 – VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 267 und vom 20. März 1986 – VII ZR 81/85, NJW-RR 1986, 755, 756 [= WuM 1986, 291]; Merle in Bärmann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl., § 27 Rn. 178 mwN). Von dieser Befugnis, die ihre rechtliche Grundlage in § 185 BGB findet (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Dezember 1951 – GSZ 3/51, BGHZ 4, 153, 164), hat sie ausweislich der in dem Berufungsurteil in Bezug genommenen Entscheidungen, in denen die Kläger jeweils zur Zahlung an die Wohnungseigentümer „zu Händen“ der Verwalterin verpflichtet worden sind, Gebrauch gemacht.

10 b) Dass die Wohnungseigentümergeinschaft auf Grund der Anerkennung ihrer (Teil-)Rechtsfähigkeit (dazu grundlegend Senat, Beschluss vom 2. Juni 2005 – V ZB 32/05, BGHZ 163, 154, 158 ff. [= GuT 2005, 229 KL = WuM 2005, 530]; jetzt § 10 Abs. 6 WEG) die gegen die Kläger gerichteten Forderungen selbständig hätte geltend machen können, bleibt für die der Beklagten erteilte Einziehungsermächtigung ohne Bedeutung. Die Rechtssubjektivität der Gemeinschaft wirkt sich lediglich auf die Prozessführungsbefugnis des für diese tätigen Verwalters aus, da es insoweit regelmäßig an dem für eine gewillkürte Prozessstandschaft erforderlichen – bislang aus der gesetzlichen Rechts- und Pflichtenstellung des Verwalters hergeleitet – eigenen schutzwürdigen Interesse des Standschafters fehlt (vgl. Senat, Urteil vom 28. Januar 2011 – V ZR 145/10, BGHZ 188, 157, 159 [= WuM 2011, 318], Rn. 6 ff.). Davon ist die materiell-rechtliche Ermächtigung des Verwalters zum Forderungseinzug zu unterscheiden. Diese wird durch die (Teil-)Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft nicht betroffen, weil die Vorschrift in § 185 BGB kein schutzwürdiges Eigeninteresse des Ermächtigten voraussetzt.

11 c) Die Einziehungsermächtigung ist jedoch durch die gerichtliche Abberufung der Beklagten entfallen.

12 aa) Zwar wird vertreten, dass der Verwalter ermächtigt sei, die zur Zeit seines Ausscheidens anhängigen, von ihm (zulässigerweise) in Prozessstandschaft für die Gemeinschaft geführten Verfahren zum Abschluss zu bringen, sofern die Wohnungseigentümer die Ermächtigung nicht ausdrücklich widerrufen (vgl. BayObLGZ 1989, 266, 268 [= WuM 1989, 538]; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 1180 [= WuM 2000, 322]; Merle in Bärmann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl., § 27 Rn. 180 mwN; ders., ZWE 2000, 9, 10; ähnlich KG, WuM 1991, 628, 629). Damit ist jedoch ebenfalls nur die Prozessführungsbefugnis gemeint. Ob der Verwalter nach seinem Ausscheiden weiterhin materiell-rechtlich befugt ist, die geltend gemachte Forderung einzuziehen, wird demgegenüber, soweit ersichtlich, nicht erörtert.

13 bb) Diese Frage ist zumindest dann zu verneinen, wenn die (vorzeitige) Abberufung – wie hier – auf gravierende Pflichtverletzungen des Verwalters gestützt wird mit der Folge, dass den Wohnungseigentümern eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zugemutet werden kann und das erforderliche Vertrauensverhältnis zerstört ist. In einem solchen Fall bleibt für die Annahme, der Verwalter sei auch nach seinem Ausscheiden, et-

wa im Rahmen der Abwicklung des Verwalterverhältnisses (dazu BayObLGZ, aaO; Merle, ZWE 2000, 9, 10), zu einem Forderungseinzug ermächtigt, kein Raum. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Verwalter ab diesem Zeitpunkt keine Gelder mehr für die Gemeinschaft entgegennehmen darf und eine in dem Verwaltervertrag erteilte Einziehungsermächtigung erlischt. Nachteilige Folgen für die Wohnungseigentümergeinschaft sind damit nicht verbunden. Das gilt selbst dann, wenn der ausgeschiedene Verwalter – wie hier – bereits einen auf sich selbst lautenden Vollstreckungstitel erwirkt hat, da dieser entsprechend § 727 ZPO auf die Wohnungseigentümergeinschaft umgeschrieben werden kann (vgl. OLG Düsseldorf, WuM 1997, 298; Merle, ZWE 2000, 9, 11; die Möglichkeit einer Titelumschreibung auf den Ermächtigenden allgemein bejahend auch BGH, Urteil vom 22. September 1982 – VIII ZR 293/81, NJW 1983, 1678; Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 727 Rn. 13 mwN auch zur Gegenmeinung).

14 cc) Dass die Beklagte den nach ihrer Abberufung erzielten Vollstreckungserlös an die Wohnungseigentümergeinschaft weitergeleitet hat, vermag hieran nichts zu ändern. Für die Beurteilung, welche (nachwirkenden) Rechte und Pflichten sich aus einem beendeten Verwalterverhältnis für den Verwalter ergeben, ist schon im Interesse der Rechtssicherheit auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Abberufung wirksam wird. Auf die spätere tatsächliche Entwicklung kommt es nicht an.

15 dd) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts erweist sich ein etwa erteiltes Einverständnis der neuen Verwalterin damit, dass die Beklagte die Zwangsvollstreckung aus den auf ihren Namen lautenden Zahlungstiteln fortsetzt, für die Begründetheit der Vollstreckungsgegenklage als unerheblich. Inhaberin der titulierten Ansprüche ist die Wohnungseigentümergeinschaft, weshalb diese auch für die Erteilung einer (erneuten) Einziehungsermächtigung zuständig gewesen wäre. Dass der Erklärung der neuen Verwalterin ein – allerdings mit den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 21 Abs. 4 WEG) kaum zu vereinbarend – Beschluss der Wohnungseigentümer zugrunde lag, nach dem die Beklagte weiterhin zum Forderungseinzug befugt sein sollte, ist weder festgestellt noch ersichtlich.

16 ee) Auch der Umstand, dass die Abberufung der Beklagten nicht auf dem privatautonom gebildeten Willen der Wohnungseigentümer, sondern auf einem gerichtlichen Beschluss beruht, steht dem Erlöschen der Einziehungsermächtigung nicht entgegen. Die Entscheidung des Gerichts ersetzt gemäß § 21 Abs. 8 WEG die an sich gebotene Beschlussfassung der Wohnungseigentümer. Die Rechtslage stellt sich nicht anders dar, als wenn die Wohnungseigentümer selbst einen Beschluss über die Abberufung der Beklagten gefasst hätten (vgl. BGH, Urteil vom 6. März 1997 – III ZR 248/95, NJW 1997, 2106, 2107 [= WuM 1997, 294]; Suilman in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 21 Rn. 124).

17 d) Rechtsfolge der erloschenen Einziehungsermächtigung ist, dass die Beklagte als Titelgläubigerin materiell-rechtlich nicht mehr befugt ist, die Kläger auf Leistung an sich selbst in Anspruch zu nehmen. Das steht im Widerspruch zu dem Inhalt der Vollstreckungstitel und begründet somit eine die festgestellten Ansprüche betreffende Einwendung im Sinne von § 767 Abs. 1 ZPO, auf Grund deren die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären ist (vgl. MünchKomm-ZPO/K. Schmidt, 3. Aufl., § 767 Rn. 66; Stein/Jonas/Münzberg, aaO, § 767 Rn. 22 i. Vm. Fn. 228; Becker-Eberhard, ZZP 104 (1991), 413, 435). Davon ausgenommen ist allerdings das – erst nach dem Wirksamwerden der Abberufung der Beklagten zum 1. Oktober 2008 ergangene – Urteil des Amtsgerichts Bonn vom 24. Oktober 2008 in dem Rechtsstreit 27 C 110/08, da dessen Tenor auf Leistung zu Händen der an Stelle der Beklagten bestellten Verwalterin lautet, weshalb der Titel – entgegen der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußerten Auffassung der Revision – mit dem materiellen Recht übereinstimmt (vgl. MünchKomm-ZPO/K. Schmidt, aaO).

18 Im Hinblick auf die materielle Berechtigung der Wohnungseigentümergeinschaft ist der Urteilsausspruch, soweit der Klage stattgegeben wird, auf die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung durch die Beklagte – wie von den Klägern beantragt – zu beschränken (vgl. Senat, Urteil vom 26. Oktober 1984 – V ZR 218/83, BGHZ 92, 347, 350; Musielak/Lackmann, ZPO, 8. Aufl., § 767 Rn. 44).

19 III. Soweit die Revision begründet ist, ist das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen einer Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 91 ZPO; § 21 WEG

Wohnungseigentümergeinschaft; Prozesskosten; Sondervergütung des WEG-Verwalters; Rechtsstreit gegen einen Wohnungseigentümer

Eine Sondervergütung des Verwalters für die Bearbeitung eines Rechtsstreits gegen einen Wohnungseigentümer gehört jedenfalls dann nicht zu den nach § 91 Abs. 1 ZPO zu erstattenden Kosten des Rechtsstreits, wenn der Verwalter die Ansprüche der WEG im eigenen Namen geltend macht.

(BGH, Beschluss vom 17. 11. 2011 – V ZB 134/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin hat als Prozessstandscharakterin einer von ihr verwalteten Wohnungseigentumsanlage gegen die Beklagte als Eigentümerin einer der Wohnungen in der Anlage erfolgreich Ansprüche auf Zahlung rückständigen Hausgelds und einer Sonderumlage gerichtlich geltend gemacht und im Anschluss daran die Festsetzung der ihr entstandenen Rechtsanwalts- und Gerichtskosten erwirkt. Die Klägerin hat der Wohnungseigentümergeinschaft darüber hinaus eine Vergütung für die „Bearbeitung des gerichtlichen Verfahrens“ von 243,37 € in Rechnung gestellt, die in dem Verwaltervertrag vereinbart ist. Den Antrag auf Festsetzung auch dieser Vergütung als Kosten des Rechtsstreits hat das Amtsgericht Wedding zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt sie ihren Festsetzungsantrag weiter.

2 **Aus den Gründen:** II. Das Beschwerdegericht [LG Berlin] hat im Hinblick auf das Rechtsdienstleistungsgesetz Zweifel, ob eine Vergütung für die Bearbeitung von gerichtlichen Verfahren in dem Verwaltervertrag einer Wohnungseigentümergeinschaft vereinbart werden kann und ob sich solche Zweifel im Kostenfestsetzungsverfahren klären lassen. Jedenfalls handele es sich dabei nicht um Kosten des Rechtsstreits, die im Kostenfestsetzungsverfahren festgesetzt werden könnten. Es sei nicht erkennbar, dass diese Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig gewesen seien, zumal die Klägerin im Rechtsstreit anwaltlich vertreten gewesen sei.

3 III. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch sonst zulässige Rechtsbeschwerde ist nicht begründet.

4 1. Nach § 103 Abs. 1 ZPO sind im Kostenfestsetzungsverfahren die Kosten festzusetzen, die nach den Vorschriften der §§ 91 ff. ZPO erstattungsfähig sind. Das sind nach § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten unter Einschluss der durch notwendige Reisen und durch die notwendige Wahrnehmung von Terminen entstandenen Zeitversäumnisse nach Maßgabe der §§ 20, 22 JVEG.

5 2. Zu diesen Kosten gehört die Sondervergütung für die Begleitung gerichtlicher Verfahren, welche die Klägerin mit der Wohnungseigentümergeinschaft in dem Verwaltervertrag vereinbart hat, jedenfalls im vorliegenden Fall nicht.

6 a) Ob eine solche Vergütung zu den nach § 91 Abs. 1 ZPO überhaupt erstattungsfähigen Kosten gehört, wird, allerdings aus dem Blickwinkel eines Aktivprozesses der Wohnungseigentümergeinschaft, unterschiedlich beurteilt. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist auch nicht unumstritten, ob die Vereinbarung einer Vergütung für die Begleitung eines Rechtsstreits, bei dem die Wohnungseigentümergeinschaft anwaltlich vertreten ist, ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht. Sie scheidet zwar nicht, wie das Beschwerdegericht meint, an einem Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz, das im Anschluss an die Rechtsprechung des Senats zum früheren Rechtsberatungsgesetz (Senat, Beschluss vom 6. Mai 1993 – V ZB 9/92, BGHZ 122, 327, 330 [= WuM 1993, 431]) in § 5 Abs. 2 Nr. 2 solche Tätigkeiten ausdrücklich erlaubt (Johngik in Wolf/Gaier/Göcken, Anwaltliches Berufsrecht, § 5 RDG Rn. 45). Sie entspricht ordnungsmäßiger Verwaltung indessen nur, wenn die vergütete Tätigkeit nicht schon mit der allgemeinen Verwaltervergütung abgegolten ist. Diese Voraussetzung hat der Senat für den hier nicht gegebenen Fall bejaht, dass der Verwalter den Einziehungsprozess der Gemeinschaft selbst führt und sich nicht anwaltlich vertreten lässt (Beschluss vom 6. Mai 1993 – V ZB 9/92, BGHZ 122, 327, 332 [= WuM aaO]).

7 b) Auf diese Fragen kommt es aber nicht an. Unabhängig von ihrer Beantwortung ist die geltend gemachte Sondervergütung hier nicht erstattungsfähig.

8 aa) Die Ansprüche gegen die Beklagte auf Zahlung von Hausgeld und Sonderumlage sind nicht durch die materiellrechtlich anspruchsberechtigte Wohnungseigentümergeinschaft als Verband eingeklagt worden, sondern auf Grund einer Prozessstandschaft durch die Klägerin als Verwalterin der Anlage im eigenen Namen. Partei des Rechtsstreits ist deshalb die Klägerin selbst, nicht der Verband. Die „Prozessbegleitvergütung“, die sie der Wohnungseigentümergeinschaft in Rechnung gestellt hat, kann deshalb nicht zu den Kosten ihrer Rechtsverfolgung gehören. Für sie bedeutet diese Sondervergütung eine zusätzliche Einnahme. Kosten können daraus nur dem Verband entstehen, der aber gerade nicht Partei des Rechtsstreits und damit auch nicht nach § 91 Abs. 1 ZPO erstattungsberechtigt ist. Den denkbaren materiellrechtlichen Erstattungsanspruch des Verbands hätte die Klägerin im Rahmen ihrer Prozessstandschaft einklagen können. Das ist nicht geschehen und kann nicht im Kostenfestsetzungsverfahren nachgeholt werden.

9 bb) An diesem Ergebnis ändert auch die Regelung in dem Verwaltervertrag nichts, dass die Sondervergütung für die Prozessbegleitung „im Falle einer gerichtlichen Kostenauflegung auf den in Anspruch genommenen Eigentümer gegen diesen festzusetzen und von diesem einzuziehen ist“. Diese entfaltet gegenüber der Beklagten keine Wirkung. Vertragspartner der Klägerin sind nämlich, anders als vor der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft, nicht die einzelnen Wohnungseigentümer, sondern die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband. In diesem Vertrag können ohne deren Mitwirkung keine Verpflichtungen zu Lasten der einzelnen Wohnungseigentümer vorgesehen werden. Sie wären als Verpflichtungen zu Lasten Dritter nichtig (Kuhla, ZWE 2009, 196, 199 für Verpflichtung zur Zahlung eines Prozesskostenvorschusses). Solche Verpflichtungen könnten nur durch die Teilungserklärung, durch eine Vereinbarung oder nach Maßgabe von § 21 Abs. 7 WEG durch Beschluss der Wohnungseigentümer begründet werden. Entsprechende Regelungen oder Beschlüsse führten auch nicht zu einer Erweiterung des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs, sondern zu einem materiellrechtlichen Zahlungs- oder Erstattungsanspruch, der selbständig eingeklagt werden müsste.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 511 ZPO; § 49a GKG
Wohnungseigentumsrechtliches Verfahren;
Beschwerdewert;
Änderungsinteresse des Rechtsmittelführers

a) Streitwert und Beschwerdewert stimmen (hier:) im wohnungseigentumsrechtlichen Verfahren nicht notwendigerweise überein.

b) Ficht ein Wohnungseigentümer den Beschluss der Eigentümerversammlung, mit dem die Verfolgung von Schadensersatzansprüchen gegen den Verwalter abgelehnt wird, erfolglos an, bemisst sich seine Rechtsmittelbeschwerde allein nach seinem individuellen vermögenswerten Interesse nach Maßgabe seines Miteigentumsanteils.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 9. 2. 2012 – V ZB 211/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin ist Wohnungseigentümerin mit einem Miteigentumsanteil von 127/10.000. In der Eigentümerversammlung lehnte die Mehrheit der Eigentümer ihren Antrag ab, den Beschluss zu fassen, Schadensersatzansprüche von 11.091,45 € gegen den Verwalter geltend zu machen. Die hiergegen erhobene Anfechtungsklage der Klägerin und ihren Antrag auf gerichtliche Ersetzung des beantragten Beschlusses hat das Amtsgericht Wuppertal abgewiesen. Das Landgericht Düsseldorf hat die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Klägerin.

2 **Aus den Gründen:** II. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die Berufungssumme nicht erreicht. Maßgeblich sei der Betrag, um den die Klägerin durch das Urteil der ersten Instanz in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet. Im Hinblick auf ihren Miteigentumsanteil betrage das finanzielle Interesse der Klägerin an der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs 140,86 €.

3 III. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthaft; sie ist aber nicht zulässig, weil die Sache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert (§ 574 Abs. 2 ZPO). Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zu Recht als unzulässig verworfen, weil der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 € nicht übersteigt.

4 Maßgebend für den Beschwerdewert (§ 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) ist das Interesse des Berufungsklägers an der Abänderung des angefochtenen Urteils, das unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bewerten ist. Dabei ist allein auf die Person des Rechtsmittelführers, seine Beschwer und sein Änderungsinteresse abzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1971 – VIII ZR 81/70, BGHZ 57, 301, 302 mwN). Ebenso verhält es sich in wohnungseigentumsrechtlichen Verfahren. Das für den Beschwerdewert maßgebliche Änderungsinteresse ist auch hier aus der Person des Rechtsmittelführers zu beurteilen und erhöht sich nicht dadurch, dass die Entscheidung für die anderen Beteiligten bindend ist und sich der Streitwert gemäß § 49a Abs. 1 Satz 1 GKG auch nach deren Interesse richtet. Streitwert und Beschwerdewert sind voneinander zu unterscheiden. Sie stimmen nicht notwendigerweise überein (vgl. Senat, Beschluss vom 17. September 1992 – V ZB 21/92, BGHZ 119, 216, 218 f. [= WuM 1992, 713], Suilman in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 49a GKG Rn. 1).

5 Ficht ein Wohnungseigentümer – wie hier – den Beschluss der Eigentümerversammlung, mit dem es abgelehnt worden ist, Schadensersatzansprüche gegen den Verwalter zu verfolgen, erfolglos an, bemisst sich seine Rechtsmittelbeschwerde daher allein nach seinem individuellen vermögenswerten Interesse an einer Geltendmachung von Schadensersatzforderungen. Maßgeblich ist hierfür der auf ihn entfallende Teil an der behaupteten Schadensersatzforderung (vgl. BayObLG, ZMR 1994, 34,

35 [= WuM 1993, 765]; ZMR 2001, 720 [= WuM 2001, 517 KL]). Das Interesse der Gemeinschaft ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Etwas anderes ergibt sich nicht – wie die Beschwerde meint – daraus, dass bei Klagen eines Gesellschafters gegen einen Mitgesellschafter mit dem Ziel einer Leistung an die Gesellschaft nicht nur der Anteil des Klägers am Gesellschaftsvermögen, sondern der volle Betrag der Forderung für die Streitwertbemessung anzusetzen ist. Um eine solche Konstellation geht es hier nicht. Die Klägerin macht nicht Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft im eigenen Namen gerichtlich geltend.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 900 ZPO; § 27 WEG
Wohnungseigentümergeinschaft;
Zwangsvollstreckung;
Eidesstattliche Versicherung eV;
Abgabe der eV für einen Schuldner durch Dritten;
Abgabe der eV durch WEG-Verwalter

a) Dritte, die die eidesstattliche Versicherung für einen Schuldner abgeben sollen, sich dazu aber nicht für berechtigt oder verpflichtet halten, steht ein Widerspruchsrecht zu.

b) Der Verwalter ist berechtigt und verpflichtet, die eidesstattliche Versicherung für die Wohnungseigentümergeinschaft abzugeben.

(BGH, Beschluss vom 22. 9. 2011 – I ZB 61/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Schuldnerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft, ist durch Versäumnisurteil des Amtsgerichts Leer vom 25. Juli 2008 verurteilt worden, an die Gläubigerin 1234,84 € zuzüglich Zinsen und Mahnkosten zu zahlen. Die Gläubigerin betreibt wegen dieser Forderung die Zwangsvollstreckung gegen die Schuldnerin, deren Verwalterin die Widersprechende ist.

2 Auf Antrag der Gläubigerin hat die Gerichtsvollzieherin den Vorstand der Widersprechenden, Frau A. L., unter Haftandrohung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung für die Schuldnerin geladen. Die Widersprechende hat geltend gemacht, der Verwalter sei weder berechtigt noch verpflichtet, eine eidesstattliche Versicherung für die Wohnungseigentümergeinschaft abzugeben.

3 Der Widerspruch ist vor dem Amtsgericht Leer erfolglos geblieben. Das Landgericht Aurich hat die sofortige Beschwerde der Widersprechenden mit Beschluss des Einzelrichters zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen, mit der die Widersprechende ihren Widerspruch weiterverfolgt.

4 **Aus den Gründen:** II. Die Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

5 1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthaft und auch im Übrigen zulässig.

6 a) Rechtsbeschwerdeführerin ist allerdings die widersprechende Verwalterin und nicht die in der Rechtsbeschwerdeschrift als Rechtsbeschwerdeführerin bezeichnete Schuldnerin.

7 aa) Nicht die Schuldnerin, sondern die Verwalterin hat gegen die Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung in eigenem Namen Widerspruch erhoben und nach dessen Zurückweisung sofortige Beschwerde eingelegt. Das ergibt sich eindeutig aus dem Vollstreckungsprotokoll, dem Zurückweisungsbeschluss des Amtsgerichts sowie der Beschwerdeschrift vom 3. Mai 2010.

8 Das Landgericht hat in dem angefochtenen Beschluss zwar die Schuldnerin auch als Beschwerdeführerin bezeichnet. Durch diese fehlerhafte Bezeichnung konnte die an dem Beschwerde-

verfahren nicht beteiligte Schuldnerin aber nicht zur Beschwerdeführerin werden. Aus den Gründen des Beschlusses ergibt sich zudem eindeutig, dass Gegenstand der Entscheidung des Landgerichts der Widerspruch der Verwalterin war, die meinte, in dieser Eigenschaft zu der eidesstattlichen Versicherung für die Wohnungseigentümergeinschaft weder berechtigt noch verpflichtet zu sein. Bei unrichtiger äußerer Bezeichnung ist grundsätzlich die Person als Partei angesprochen, die erkennbar durch die Parteibezeichnung betroffen werden soll (BGH, Beschluss vom 28. März 1995 – X ARZ 255/95, NJW-RR 1995, 764, 765).

9 bb) Aufgrund der Falschbezeichnung der Partei in dem angefochtenen Beschluss ist auch in der Rechtsbeschwerde die Rechtsbeschwerdeführerin in entsprechender Weise falsch bezeichnet worden. Der Verfahrensbevollmächtigte der Rechtsbeschwerdeführerin wurde aber von der Verwalterin und damit der richtigen Partei beauftragt. Da diese Beauftragung erfolgte, um dem ursprünglichen Widerspruch der Verwalterin zum Erfolg zu verhelfen, entspricht es deren Willen und Interesse, die Rechtsbeschwerde in eigenem Namen als durch die Beschlüsse des Amtsgerichts und Landgerichts beschwerte Partei einzulegen. Die Verwalterin ist deshalb trotz der vom Landgericht übernommenen Falschbezeichnung in der Rechtsbeschwerdeschrift selbst Rechtsbeschwerdeführerin.

10 b) Da die Widersprechende in eigenem Namen Widerspruch gegen die Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung eingelegt hat, steht ihre Prozessführungsbefugnis außer Frage. Es kommt insoweit nicht darauf an, ob ihre Bestellung zur Verwalterin der Schuldnerin zwischenzeitlich geändert hat, wie die Rechtsbeschwerde behauptet.

11 c) Die Zulassung ist wirksam, obwohl der Einzelrichter nicht anstelle des Kollegiums hätte entscheiden dürfen. Dieser Verfahrensfehler führt nicht zur Unwirksamkeit der Zulassung, sondern zur Aufhebung und Zurückverweisung (BGH, Beschluss vom 13. März 2003 – IX ZB 134/02, BGHZ 154, 200, 201).

12 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

13 Die angefochtene Einzelrichterentscheidung ist aufzuheben, weil sie unter Verletzung des Verfassungsgebots des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) ergangen ist. Der Einzelrichter durfte nicht selbst entscheiden, sondern hätte das Verfahren wegen der von ihm bejahten grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache gemäß § 568 Satz 2 Nr. 2 ZPO der mit drei Richtern besetzten Kammer übertragen müssen (BGHZ 154, 200, 202). Dem originären Einzelrichter nach § 568 ZPO ist die Entscheidung von Rechtssachen grundsätzlicher Bedeutung schlechthin versagt.

14 Der Verstoß gegen das Verfassungsgebot des gesetzlichen Richters ist von Amts wegen zu berücksichtigen (BGHZ 154, 200, 203).

15 III. Bei seiner erneuten Entscheidung wird das Beschwerdegericht Folgendes zu berücksichtigen haben:

16 a) Als Widersprechende und Beschwerdeführerin ist im Rubrum die T. I. V. W. AG, vertreten durch den Vorstand A. L., N., W., und als weitere Beteiligte die Schuldnerin aufzuführen.

17 b) Der Widerspruch der Verwalterin im Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung war statthaft (§ 900 Abs. 4 ZPO). Zwar war sie am Vollstreckungsverfahren weder als Gläubigerin noch als Schuldnerin beteiligt. Zum Widerspruch im Termin zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung ist jedoch auch ein Dritter berechtigt, wenn er geltend machen kann, durch die Verpflichtung zur Abgabe der Versicherung in eigenen Rechten betroffen zu sein. Für die Erinnerung nach § 766 Abs. 1 ZPO entspricht dies allgemeiner Meinung (vgl. etwa RGZ 34, 377, 380; OLG Düsseldorf, NJW 1978, 2205; NJW 1980, 458; OLG Köln, DGVZ 1992, 170; Stöber in Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 766 Rn. 9). Mit der Erinnerung kann aber die Verpflichtung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nicht bestritten werden, weil § 766 ZPO durch die Spezialregelung des Widerspruchs in

§ 900 Abs. 4 ZPO verdrängt wird (Stöber aaO § 900 Rn. 22; MünchKomm.ZPO/Eickmann, 3. Aufl., § 900 Rn. 21; Münzberg in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 900 Rn. 47). Deshalb steht Dritten, die die Versicherung für einen Schuldner abgeben sollen, sich dazu aber nicht für berechtigt oder verpflichtet halten, dieses Widerspruchsrecht zu. Etwas anderes wäre mit dem verfassungsrechtlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) unvereinbar. Die Widersprechende ist danach zur Einlegung des Widerspruchs berechtigte Dritte.

18 c) Das Beschwerdegericht wird gegebenenfalls zu prüfen haben, ob die Bestellung der Widersprechenden zur Verwalterin inzwischen beendet ist. Die Widersprechende hat im Rechtsbeschwerdeverfahren den Verwaltervertrag vom 21. September 2005 vorgelegt und auf § 26 Abs. 2 WEG verwiesen.

19 d) Ist die Widersprechende Verwalterin, so hat das Beschwerdegericht sie im Ergebnis zu Recht für verpflichtet gehalten, die eidesstattliche Versicherung für die Wohnungseigentümergeinschaft abzugeben.

20 aa) Nach § 27 Abs. 3 Nr. 2 WEG ist der Verwalter unter anderem berechtigt, im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und mit Wirkung für und gegen sie Maßnahmen zu treffen, die zur Wahrung einer Frist oder zur Abwendung eines sonstigen Rechtsnachteils erforderlich sind, insbesondere einen gegen die Gemeinschaft gerichteten Rechtsstreit gemäß § 43 Nr. 5 WEG im Vollstreckungsverfahren zu führen. § 43 Nr. 5 WEG bezieht sich unter anderem auf Klagen Dritter, die sich gegen die Wohnungseigentümergeinschaft richten und sich auf das gemeinschaftliche Eigentum oder seine Verwaltung beziehen. Kommt es aufgrund einer derartigen Klage eines Dritten zu einem Vollstreckungsverfahren gegen die Gemeinschaft, so ist der Verwalter schon nach dem Wortlaut des § 27 Abs. 3 Nr. 2 WEG berechtigt, die Gemeinschaft dabei zu vertreten. Teil des Vollstreckungsverfahrens ist auch die eidesstattliche Versicherung gemäß §§ 899 ff. ZPO.

21 Dementsprechend nehmen sowohl die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung als auch Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses an, dass der Verwalter eine eidesstattliche Versicherung für die Wohnungseigentümergeinschaft abgeben kann (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze, BT-Drucks. 16/887, S. 70 f.; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/3843, S. 27). Dies entspricht auch der weit überwiegenden Meinung in der Literatur (vgl. etwa Heinemann in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 27 Rn. 92; Elzer in Hügel/Elzer, Das neue WEG-Recht, 2007, § 11 Rn. 82; MünchKomm. BGB/Engelhard, 5. Aufl., § 27 WEG Rn. 26; Stöber in Zöllner aaO § 807 Rn. 7; aA W. Köhler, Das neue WEG, 2007, § 27 Rn. 520).

22 bb) Der Verwalter ist zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Die Wahrnehmung der Interessen der Wohnungseigentümergeinschaft in einem gegen diese gerichteten Vollstreckungsverfahren gehört zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Aufgaben des Verwalters, der insbesondere für die Bezahlung der an die Gemeinschaft gerichteten Rechnungen zu sorgen hat. Das umfasst auch die Erfüllung gesetzlicher Pflichten, die damit im Zusammenhang stehen. Ohne Erfolg wendet die Rechtsbeschwerde dagegen ein, anders als im Fall des § 27 Abs. 1 WEG werde der Verwalter in Absatz 3 dieser Vorschrift zu den dort aufgeführten Maßnahmen nicht „berechtigt und verpflichtet“, sondern nur „verpflichtet“. Es widerspräche dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die Handlungsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft sicherzustellen, könnte der Verwalter von den einzelnen Befugnissen nach seinem Belieben Gebrauch machen (Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 27 Rn. 165; BT-Drucks. 16/3843, S. 26; zu der insoweit gleichlautenden Vorschrift des § 27 Abs. 2 WEG auch Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl., § 27 Rn. 26).

23 cc) Soweit es um die Vertretung der Wohnungseigentümergeinschaft in einem gegen sie gerichteten Vollstreckungsverfahren geht, kommt dem Tatbestandsmerkmal „zur Wahrung einer Frist oder zur Abwendung eines sonstigen Rechtsnachteils erforderlich“ in § 27 Abs. 3 Nr. 2 WEG keine eigenständige Bedeutung zu. Das Gesetz definiert im letzten Halbsatz des § 27 Abs. 3 Nr. 2 WEG, der durch das Wort „insbesondere“ eingeleitet wird, die Vertretung der Gemeinschaft in gegen sie gerichteten Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren als Fall der zur Abwendung sonstiger Rechtsnachteile erforderlichen Maßnahmen (Heinemann in Jennißen aaO § 27 Rn. 91; Merle in Bärmann aaO § 27 Rn. 184; die von der Rechtsbeschwerde zitierte Stelle dieser Kommentierung betrifft dagegen § 27 Abs. 2 Nr. 2 WEG, zu dem Merle eine Mindermeinung vertritt, vgl. Merle aaO § 27 Rn. 125).

24 dd) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde schließt auch der Umstand, dass der Verwalter Zustellungsbevollmächtigter der Gemeinschaft ist (§ 45 WEG), keineswegs aus, dass er weitergehende Rechte und Pflichten hat. Die Funktion des Verwalters ist nicht auf die eines Zustellungsbevollmächtigten beschränkt.

25 ee) Zu Recht hat das Beschwerdegericht schließlich darauf abgestellt, dass der Gläubiger ein schutzwürdiges Interesse daran hat, vollständige Auskunft über die Vermögensverhältnisse der Wohnungseigentümergeinschaft zu erhalten, zu dieser Auskunft aber in der Regel nur der Verwalter in der Lage sein wird. Dieses Interesse des Gläubigers wird entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht ausreichend dadurch gewahrt, dass sich die Eigentümer erforderlichenfalls vom Verwalter unterrichten lassen können. Denn es kann weder davon ausgegangen werden, dass die Eigentümer dies ohne weiteres von sich aus tun werden, noch dass sich eine derartige Informationsbeschaffung durch die Eigentümer einfach durchsetzen ließe.

26 IV. Hinsichtlich der durch die Rechtsbeschwerde angefallenen Gerichtskosten macht der Senat von der Möglichkeit des § 21 GKG Gebrauch.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

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.

Wettbewerb

Internet – Umschau Februar 2012

Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

IPv6 – droht ein neues Daten-Waterloo?

Neue IP-Adressen ja, aber weniger Datenschutz nein: auf aktuelle Probleme im Zusammenhang mit der Einführung des IPv4-Nachfolgeprotokolls IPv6 haben Datenschützer hingewiesen. Dass der Umstieg auch völlig neue Chancen bietet, zeigt dagegen der Internetaktivist Lutz Donnerhacke auf.

Das Problem ist bekannt: dem Internet sind die Adressen ausgegangen. Genauer gesagt die IP-Adressen; sie werden jedem Gerät zugewiesen, das mit dem Internet verbunden ist. Sie machen es adressierbar und somit erst erreichbar. Zugleich bilden die IP-Adressen und das derzeit verwendete Protokoll IPv4 über das Domain Name System die Grundlage für jeden weltweit vergebenen Domain-Namen. Fast so alt wie dieses Problem ist auch seine Lösung: das IPv4-Nachfolgeprotokoll IPv6 steht seit Jahren in den Startlöchern und verspricht, einen neuen Raum von theoretisch $3,4 \times 10^{38}$ verschiedenen Adressen zu schaffen – eine nahezu unbegrenzte Anzahl neuer Adressen, die auch dem letzten Kühlschrank zu einem Internetanschluss verhelfen sollte.

Doch jede Lösung birgt auch neue Probleme. Im Fall von IPv6 rufen vor allem Datenschützer zur Wachsamkeit auf. Ihnen ist ein Dorn im Auge, dass die Zuteilung statischer IPv6-Adressen nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft die eindeutige Identifizierung eines Nutzers zulässt; dies führt etwa nach Ansicht von Peter Schaar, dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, zu Risiken für den Datenschutz und die Privatsphäre. Bisher verwalten die Provider einen Pool an Adressen, den sie ihren Nutzern temporär zu teilen und der daher wechselt. Anlässlich der 33. Internationalen Konferenz der Beauftragten für den Datenschutz und für die Privatsphäre in Mexico Stadt hat Schaar daher gemeinsam mit Institutionen aus Belgien, Kanada, dem Vereinigten Königreich und Mexiko eine Entschliessung veröffentlicht, in der sie Empfehlungen zum Umgang mit IPv6 geben.

So müsse auch unter IPv6 die Nutzung temporärer und nicht-permanenter, dynamischer Adressen für alle Nutzer möglich bleiben. Der Einsatz dynamischer Adressen soll dabei für Endgeräte als Standardfunktion aktiviert werden. Ferner machen sie sich im Fall von Standortinformationen für die Nutzung der Dienste auf mobilen Geräten für mehr Schutz durch Verschlüsselung gegen ein rechtswidriges Abhören stark.

Für den Netzaktivisten Lutz Donnerhacke ist eine datenschutzrechtliche Forderung nach anonymer oder zumindest pseudonymer Kommunikation im Internet dagegen technische Illusion, schon weil jedes Datenpaket immer auch die Absenderadresse enthalten müsse. Aus seiner Sicht schafft IPv6 vielmehr neue Möglichkeiten; so kann man selbst im Fall eines Providerwechsels seine eigene IP-Adresse behalten, ist darunter erreichbar und kann damit kommunizieren. Der Nutzer kann überdies wählen, unter welchem Provider und an welchem Ort er gerade erscheinen will. Zudem gestatten feste IP-Adressen, dass gerade private Daten daheim, auf einem Rechner mit fester IP-Adresse, abgelegt und zum Abruf bereit gehalten werden; man muss dann lediglich den Zugang beschränken, und behält damit Hoheit über die eigenen Daten, ohne sie Dritten Preis zu geben. Ob er sich mit diesem Ansatz durchzusetzen vermag, bleibt abzuwarten.

Die Entschliessung von Peter Schaar finden Sie unter:
<http://www.domain-recht.de/verweis/511>

Den Kommentar von Lutz Donnerhacke finden Sie unter:
<http://www.domain-recht.de/verweis/512>

OLG Celle – Geo-Branchen-Domains sind zulässig

Das OLG Celle bestätigte in einer aktuellen Entscheidung die mittlerweile herrschende Rechtsprechung zur Frage wettbewerbswidrigen Verhaltens von Inhabern von Domain-Namen, die einen geographischen Begriff und eine Branchenbezeichnung zusammenbringen (Urteil vom 17. 11. 2011, Az.: 13 U 168/11).

Die Parteien sind Rechtsanwälte. Der Beklagte ist Inhaber der Domain kanzlei-niedersachsen.de und betreibt seine Kanzlei in einem kleinem Fachwerkhaus im Harz. Der Kläger hat seinen Sitz in Hannover. Er meinte, der Kollege berühme sich irreführender Weise mit der Domain kanzlei-niedersachsen.de für seine Mini-Kanzlei aus Bad Harzburg einer Spitzenstellung, die er tatsächlich nicht innehatte. Er verlangte die Unterlassung der Nutzung der Domain. In erster Instanz eines einstweiligen Verfügungsverfahrens war er nicht erfolgreich. Er legte sodann Berufung zum Oberlandesgericht Celle ein.

Das Oberlandesgericht Celle wies die Berufung zurück. Irgendwelche wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüche sah es als nicht gegeben an. Zunächst sah es keine unerlaubte Werbung seitens des Beklagten (§ 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 6 BORA, der Berufsordnung für Rechtsanwälte): Die Bezeichnung „Kanzlei-Niedersachsen“ sei nicht unsachlich, denn der Verbraucher verstehe die Bezeichnung als rein geographische Angabe. Der durchschnittlich informierte Verbraucher verbinde mit dem Begriff auch nicht die Niedersächsische Staatskanzlei, da alleine der Begriff „Staat“ mit hoheitlicher Tätigkeit assoziiert werde; und der Begriff taucht in der Bezeichnung für die Kanzlei des Beklagten nicht auf. „Kanzlei“ selbst setze der Verbraucher mit Rechtsanwaltskanzleien in Verbindung. Der Begriff Niedersachsen werde hingegen vorrangig als Regionalbezeichnung aufgefasst. Die Verbindung der Begriffe „Niedersachsen“ und „Kanzlei“ bezogen auf die Anwaltskanzlei des Beklagten führen auch nicht zu einer Unwahrheit: die Rechtsanwaltskanzlei liegt in Niedersachsen.

Das OLG Celle sah hier auch keine irreführende Alleinstellungs- und Spitzenstellungsbewerbung seitens des Beklagten (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 UWG). Das Gericht setzte sich mit der Rechtsprechung auseinander und rekurriert auf Entscheidungen der Oberlandesgerichte Stuttgart (bodenseekanzlei.de), Hamm (tauschschule-dortmund.de, anwaltskanzlei-dortmund.de) und München sowie des Bundesgerichtshofs (steuerberater-sued-niedersachsen.de). Dieser Rechtsprechung, die beim OLG Hamm sich von tauschschule-dortmund.de bis hin zu anwaltskanzlei-dortmund.de entwickelt hat, schloss sich das OLG Celle an. Demnach sei davon auszugehen, der Verbraucher wisse, dass die Bezeichnung kanzlei-niedersachsen.de lediglich eine anpreisende Darstellung zur Kennzeichnung des Landes ist, in dem die Kanzlei ihren Sitz hat. Dabei behalte er im Auge, dass es in Niedersachsen eine große Anzahl von Rechtsanwaltskanzleien gibt. Und die (Fehl-)Vorstellung einer herausragenden Stellung habe der Verbraucher schon deswegen nicht, weil die Bezeichnung keinen bestimmten Artikel enthält (wie etwa in die-kanzlei-niedersachsen.de).

Die Vertreter des Klägers sehen die Entscheidung kritisch: soweit wir verstehen, meinen sie, „die Ansicht des Oberlandesgerichts, wonach Niedersachsen vorrangig eine Regionalbezeichnung sei, ist schlicht falsch.“ Der Begriff „Niedersachsen“ werde zuerst in hoheitlichen Zusammenhängen wahrgenommen. Dann dürfe er aber auch nicht von Personen ohne Anspruch auf den Namen für die eigene Kanzlei genutzt werden. Denn damit erzeuge der Nutzer beim durchschnittlichen Verbraucher einen – wettbewerbsrechtlich relevanten – Irrtum. Anderer Ansicht darf man in diesem Falle sein, doch meinen wir, die Rechtsprechung nimmt, mit Ausnahme der Entschei-

dung über tauchschule-dortmund.de, in diesen Fällen den richtigen Weg.

Das Urteil des OLG Celle findet man unter:
<http://www.domain-recht.de/verweis/520>

rheingau.de – Zweckverband gibt vor OLG auf

Der Zweckverband aus dem Rheingau, der Ansprüche wegen der Domain rheingau.de stellte und von der Inhaberin der Domain verklagt worden war, nahm einen Tag vor der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht Frankfurt/M die Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil zurück.

In GuT 2011, 99 hatten wir über das Urteil des Landgericht Frankfurt am Main berichtet (Urteil vom 29.09.2010, Az. 2-06 O 167/10). Das Gericht hatte der negativen Feststellungsklage der Inhaberin der Domain rheingau.de gegen den Zweckverband von sieben Kommunen und Institutionen, der selbst den Domain-Namen zweckverband-rheingau.de betreibt, stattgegeben. Dieser Zweckverband hatte die Klägerin als Inhaberin der Domain rheingau.de abgemahnt, während die Domain selbst von der Unternehmung Klickrhein betrieben wird. Die Klägerin meinte, 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 hierauf Widerklage gegen die Klägerin und Drittwiderklage gegen Klickrhein. Sie verlangt (unter anderem) die Freigabe der Domain 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 Wider- und Drittwiderklage ab. Das Landgericht ging davon aus, dass der Beklagten weder aus eigenem noch aus fremden Recht bessere Namensrechte an der Domain 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 ist keine Gebietskörperschaft, sondern ein Zweckverband. Rheingau selbst ist lediglich die beschreibende Bezeichnung eines geographischen Raumes, einer Region, aber nicht einer Körperschaft. Auch dass der Rheingau-Taunus-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 Teil desselben ist.

Wie der wiesbadener-kurier.de nun mitteilt, teilte der Wallufer Bürgermeister Manfred Kohl mit, der Vorstand des Zweckverbandes habe einstimmig beschlossen, den Streit um die Rechte an der Domain rheingau.de zu beenden, um unnötige Kosten zu vermeiden; zudem sei auch der Dispute-Eintrag bei der DENIC zurückgenommen worden. Dem ging freilich der Hinweis des Oberlandesgerichts voraus, dass für den Antrag keine Aussicht auf Erfolg bestehe.

Damit gilt, was wir schon früher berichtet haben: 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) sicherstellte, dass, soweit ein Namen als geographische Bezeichnung genutzt wird und nicht als Name, keine namensrechtlichen Unterlassungsansprüche bestünden, weist das LG Frankfurt/M schon an der Frage, ob überhaupt ein Namensrecht seitens des Anspruchstellers besteht, die (Wider)Klage zurück.

Die Meldung des Wiesbadener Kuriers findet man unter:
<http://www.domain-recht.de/verweis/519>

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 zu schlaubetal.de findet man unter:
<http://www.aufrecht.de/index.php?id=5355>

schuhbeck.com – TV-Koch streitet um Domain

Fernsehkoch Alfons Schuhbeck geht gegen den Inhaber der beiden Domains schuhbeck.com/.org vor und stützt sich dabei auf eine eingetragene EU-Marke. Kurz vor dem Gerichtstermin am 06. Dezember 2011 ließ er den Termin um ein halbes Jahr nach hinten verlegen. Man wolle, so heisst es, Vermittlungsgespräche führen.

Alfons Schuhbeck sieht sich in seinen Markenrechten verletzt.

Der Starkoch wandte sich gegen den Lehrer Sebastian Schuhbeck, Inhaber der Domains schuhbeck.com und schuhbeck.org, unter denen er als Bayerischer Landesbeauftragter für Computereinsatz im Religionsunterricht seit März 2004 Informationsseiten betreibt. Tatsächlich besteht seit Januar 2010 eine Marke „schuhbeck“ auf eine Schuhbeck GmbH mit Sitz in München, deren Priorität in das Jahr 2009 zurückreicht. Alfons Schuhbeck hat Klage vor dem Landgericht München I erhoben und verlangt die Freigabe der Domain schuhbeck.com, wobei er sich dabei auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu shell.de stützt, bei der der BGH Grundlegendes für Kennzeichenrechtsstreite um Domains festgestellt hat (Urteil vom 22.11.2001, Az.: I ZR 138/99). So heisst es in den Leitsätzen der BGH-Entscheidung: „Nur wenn einer der beiden Namens-träger eine überragende Bekanntheit genießt und der Verkehr seinen Internet-Auftritt unter diesem Namen erwartet, der Inhaber des Domain-Namens dagegen kein besonderes Interesse gerade an dieser Internet-Adresse dartun kann, kann der Inhaber des Domain-Namens verpflichtet sein, seinem Namen in der Internet-Adresse einen unterscheidenden Zusatz beizufügen.“

Dass Alfons Schuhbeck diese überragende Bekanntheit besitzt, darf man bezweifeln, anders als beim Shell-Konzern seinerzeit.

Doch schon an früherer Stelle wäre zu überlegen, ob eine für Markenrechtsansprüche vorausgesetzte Nutzung der Domains im geschäftlichen Verkehr auf Seiten Sebastian Schuhbecks vorliegt. Immerhin handelt es sich zunächst um Informationen zum Computereinsatz im Religionsunterricht, die sicher keine Nutzung im geschäftlichen Verkehr darstellen. Doch gibt es auch einen Online-Verweis auf Literatur, wobei einige der aufgeführten und käuflich zu erwerbenden Werke von Sebastian Schuhbeck stammen oder Inhalte von ihm aufweisen. Auf diesem Wege ließe sich vielleicht eine geschäftliche Nutzung herbeireden.

Doch sieht die Rechtslage für den Anspruchsteller nicht gut aus.

Das und die Empörung in den Medien über das Ansinnen Alfons Schuhbecks mag der Grund dafür sein, dass der für den 06. Dezember festgelegte Termin zur mündlichen Verhandlung nicht stattfand, sondern auf Bitten der Klägerseite auf den 05. Juni 2012 verlegt wurde. Wie es laut rosenheim24.de heißt, wolle die Klägerseite die Zeit nutzen und ein Vermittlungsgespräch mit Sebastian Schuhbeck führen. Der wiederum habe erklärt, es handele sich da um ein Manöver; es habe bereits frühere Gesprächsversuche gegeben, bei denen laut welt.de Alfons Schuhbeck EUR 5000,- für die Domain(s) zahlen wollte und Sebastian Schuhbeck erklärt haben soll, auch für EUR 10.000,- gebe er die Domains nicht her, weil er an einem Verkauf nicht interessiert sei. Wie immer der Streit ausgeht, der Fall zeigt, dass, wer in den Ring geht, sich gut vorbereiten sollte: juristisch, aber auch im Hinblick auf die Wirkung in der Öffentlichkeit.

Die shell.de-Entscheidung des Bundesgerichtshof finden Sie unter: <http://www.domain-recht.de/verweis/522>

mailto: dingeldey@domain-recht.de
mailto: RA@daniel-dingeldey.de



**§§ 312c, 312d BGB; Art. 240, 235 EGBGB;
§ 1 BGB-InfoV a.F.**

**Fernabsatz; Postfach als Widerrufsadresse;
Angabe der ladungsfähigen Anschrift des Unternehmers**

Die Angabe einer Postfachadresse als Widerrufsadresse genügt beim Fernabsatzvertrag den gesetzlichen Anforderungen an eine Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht (Anschluss an BGH, Urteil vom 11. April 2002 – I ZR 306/99, NJW 2002, 2391 – Postfachanschrift).

(BGH, Urteil vom 25. 1. 2012 – VIII ZR 95/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger schloss mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, einem Energieversorgungsunternehmen, im Jahre 2008 im Wege des Fernabsatzes einen Sondervertrag über den leitungsgebundenen Bezug von Erdgas. Der Vertrag sah für die Dauer der bis zum 31. August 2010 vereinbarten Laufzeit einen Festpreis vor und räumte dem Kläger ein Widerrufsrecht ein. Die Widerrufsbelehrung enthielt als Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, die Postfachadresse der Rechtsvorgängerin der Beklagten.

2 Am 1. Oktober 2009 erklärte der Kläger den Widerruf seiner Vertragserklärung. Die Beklagte akzeptierte den Widerruf nicht. Mit der Klage begehrt der Kläger die Feststellung, dass das Vertragsverhältnis durch den Widerruf wirksam beendet worden sei. Die Klage hat in den Vorinstanzen [AG Dorsten; LG Essen] keinen Erfolg gehabt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

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

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

5 Der Widerruf des Klägers vom 1. Oktober 2009 sei jedenfalls nicht in der 2-Wochenfrist des § 355 Abs. 2 BGB *aF* erfolgt. Die Widerrufsbelehrung habe auch mit der Angabe eines Postfachs als Anschrift, an welche der Widerruf zu richten sei, den Anforderungen des § 355 BGB *aF* entsprochen. Zwar verlange § 14 Abs. 4 BGB-InfoV *aF* die Angabe einer „ladungsfähigen Anschrift“, dieser Begriff sei gesetzlich aber nicht normiert und daher nach Sinn und Zweck derjenigen Vorschrift, in der er verwendet werde, zu definieren. § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB *aF* verfolge ausschließlich verbraucherschutzrechtliche Zwecke, daher müsse der Verbraucher erkennen können, an wen er den Widerruf zu richten habe. Auch dürfe er in der Ausübung seines Widerrufsrechts nicht unangemessen benachteiligt werden. Dies sei bei der Angabe eines Postfachs nicht der Fall.

6 Unabhängig davon bestehe im vorliegenden Fall aber bereits kein Widerrufsrecht, da der geschlossene Vertrag über die leitungsgebundene Lieferung von Erdgas eine Ware betreffe, die aufgrund ihrer Beschaffenheit für eine Rücksendung nicht geeignet sei (§ 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB *aF*).

7 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung jedenfalls im Ergebnis stand. Die Revision ist daher zurückzuweisen.

8 Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht einen Anspruch des Klägers auf Feststellung, dass das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis durch den Widerruf vom 1. Oktober 2009 beendet worden ist, verneint. Denn der Kläger hat seine auf den Vertragsabschluss gerichtete Willenserklärung jedenfalls nicht rechtzeitig widerrufen.

9 Dabei kann dahinstehen, ob dem Kläger nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB (in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung im Folgenden *aF*) ein Recht zum Widerruf seiner auf Abschluss des Erdgaslieferungsvertrages gerichteten Willenserklärung zustand oder ob ein solches Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 4 Nr. 1 Fall 3 BGB wegen beschaffenheitsbedingt fehlender Eignung der Ware für eine Rücksendung ausgeschlossen war (vgl. Senatsbe-

schluss vom 18. März 2009 – VIII ZR 149/08, WuM 2009, 309). Denn der am 1. Oktober 2009 erfolgte Widerruf war jedenfalls verfristet (§ 355 Abs. 1 Satz 2, § 312d Abs. 2 BGB *aF*).

10 1. Durch Art. 1 Nr. 7–13 des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherleitrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2355; im Folgenden: VerbrKrRL-UG) sind die Bestimmungen der §§ 355 ff. BGB über das Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen geändert worden. Darüber hinaus sind zu diesem Zeitpunkt § 1 und § 14 BGB-Informationspflichten-Verordnung (im Folgenden: BGB-InfoV) und die in den Anlagen 2 und 3 zu § 14 BGB-InfoV geregelten Muster für die Belehrungen über das Widerrufs- und das Rückgaberecht aufgehoben worden (Art. 9 Nr. 1 und 4 VerbrKrRL-UG). Auf das vorliegende Vertragsverhältnis finden das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) und die BGB-InfoV jedoch noch in der bei Vertragsschluss geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 22 Abs. 2 EGBGB – im Folgenden *aF*).

11 2. Entgegen der Ansicht der Revision stand einem Beginn des Laufs der Widerrufsfrist hier nicht entgegen, dass der Kläger deshalb nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden wäre (§ 312d Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 312c Abs. 2, § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB *aF*), weil in der Widerrufsbelehrung als Adresse, an die der Widerruf zu richten ist, lediglich ein Postfach angegeben war. Denn die Angabe eines Postfachs ist jedenfalls im Falle eines Fernabsatzvertrages gemäß § 312b Abs. 1, § 312c Abs. 2, § 312d Abs. 2 BGB *aF* in Verbindung mit Art. 240, 245 EGBGB, § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV *aF* als Widerrufsadresse ausreichend.

12 a) Der Unternehmer muss im Fernabsatzgeschäft gemäß § 312c Abs. 2 BGB *aF* in Verbindung mit Art. 240, 245 EGBGB und § 1 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV *aF* dem Verbraucher das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts sowie die Bedingungen, Einzelheiten der Ausübung, insbesondere Namen und Anschrift desjenigen, gegenüber dem der Widerruf zu erklären ist, mitteilen. Diese Informationen sind dem Verbraucher in Textform mitzuteilen, wobei die Erfüllung der Informationspflicht eine Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist ist.

13 Die Angabe einer Postfachadresse als Widerrufsadresse genügt diesen Anforderungen (BGH, Urteil vom 11. April 2002 – I ZR 306/99, NJW 2002, 2391 unter II – Postfachanschrift). Der Verbraucher soll durch die Belehrung nicht nur von seinem Widerrufsrecht Kenntnis erlangen, sondern auch in die Lage versetzt werden, dieses auszuüben. Die Belehrung hat ihn darüber zu informieren, dass und wie er seine auf den Vertragsabschluss gerichtete Willenserklärung widerrufen kann. Dazu gehört auch die Angabe der Anschrift des Widerrufsadressaten. Sie ist erforderlich, damit der Verbraucher, insbesondere wenn der am Verbrauchervertrag beteiligte Unternehmer einen Dritten als Empfangsvertreter oder Empfangsboten benannt hat, keinem Zweifel unterliegt, an wen er den Widerruf zu richten hat. Diesen Anforderungen genügt auch die Angabe der Postfachanschrift des Widerrufsadressaten. Der Verbraucher wird dadurch in gleicher Weise wie durch die Mitteilung der Hausanschrift des Widerrufsadressaten in die Lage versetzt, seine Widerrufserklärung auf den Postweg zu bringen. Die Angabe der Postfachanschrift ist eindeutig, unmissverständlich und auch ansonsten nicht geeignet, den Verbraucher an der Ausübung seines Widerrufsrechts zu hindern. Der Umstand, dass dieser damit seine Widerrufserklärung regelmäßig nicht selbst in den Hausbriefkasten des Widerrufsempfängers einwerfen kann, steht dem mit der Einräumung des Widerrufsrechts bezweckten Verbraucherschutz nicht entgegen (BGH, Urteil vom 11. April 2002 – I ZR 306/99, aaO), zumal für den Verbraucher (auch) bei Angabe einer Postfachanschrift als Widerrufsadresse die Möglichkeit besteht, seine Widerrufserklärung durch Einwurfeinschreiben an den Unternehmer zu übersenden.

14 b) Es ist auch sachlich gerechtfertigt, an eine Information über das Widerrufsrecht im Fernabsatzgeschäft insoweit ande-

re Anforderungen als an sonstige Widerrufsbelehrungen zu stellen. Denn die Angabe der ladungsfähigen Anschrift des Unternehmers gehört gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 3 BGB-InfoV aF – ebenso nach der aktuellen, nunmehr gesetzlichen, Regelung der Einzelheiten der Ausgestaltung der Informationspflichten bei Fernabsatzverträgen (Art. 246 EGBGB) – ohnehin zu den vom Unternehmer zu erteilenden – hier unstreitig erteilten – Informationen. Deshalb ist es nicht erforderlich, diese Anschrift auch als Widerrufsadresse anzugeben, damit der Verbraucher von ihr Kenntnis erlangt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 4 UWG; § 21a VTabakG
Wettbewerb; Werbeverbot für Tabakerzeugnisse in der Presse; Marktverhaltensregelung; „Unser wichtigstes Cigarettenpapier“

Das Verbot, für Tabakerzeugnisse in der Presse zu werben, gilt auch für Anzeigen, in denen sich ein Zigarettenhersteller unter Bezugnahme auf seine Produkte als verantwortungsbewusstes Unternehmen darstellt, ohne direkt für den Absatz seiner Produkte zu werben.

(BGH, Urteil vom 18. 11. 2010 – I ZR 137/09)

Hinw. d. Red.: Hierzu lautet die BGH-Pressemitteilung Nr. 225/2010 vom 22. 11. 2010:

»Tabakwerbeverbot gilt auch für Imagewerbung

Das Verbot, für Tabakerzeugnisse in der Presse zu werben, gilt auch für Anzeigen, in denen sich ein Zigarettenhersteller unter Bezugnahme auf seine Produkte als verantwortungsbewusstes Unternehmen darstellt, ohne direkt für den Absatz seiner Produkte zu werben. Das hat der u. a. für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs entschieden (Urteil vom 18. November 2010 – I ZR 137/09 – Unser wichtigstes Cigarettenpapier).

Die Beklagte ist ein Unternehmen, das verschiedene Tabakerzeugnisse in Deutschland vertreibt. Sie veröffentlichte im „Vorwärts“ eine Anzeige mit der groß herausgestellten Überschrift „Unser wichtigstes Cigarettenpapier“ und dem folgenden Text:

„Bestellen Sie unseren Social Report. Immer noch gibt es Unternehmen, die unreflektiert Augenschwermerei betreiben und die Dinge nicht so sehen wollen, wie sie sind. BAT stellt sich nicht nur den kritischen Fragen, sondern beweist Engagement mit vielfältigen Taten. Wie wir uns konkret mit der Problematik des Cigarettenkonsums auseinandersetzen, können Sie jetzt im aktuellen Social Report nachlesen. Sie finden ihn auf unserer Homepage www. ... oder Sie fordern eine kostenlose Printausgabe an unter Fax ...“

Unter diesem Text waren kleingedruckt die von der Beklagten in Deutschland vertriebenen Zigarettenmarken aufgeführt.

Der klagende Verbraucherverband beanstandete diese Anzeige als Verstoß gegen das gesetzliche Verbot, für Tabakerzeugnisse in der Presse zu werben. Das Landgericht [Hamburg] hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht [OLG Hamburg] hat ihr stattgegeben.

Der Bundesgerichtshof hat das Urteil des Berufungsgerichts bestätigt. Mit der Anzeige wird – so der BGH – nicht nur für das Unternehmen, sondern auch für seine Tabakerzeugnisse geworben. Die Beklagte stellt sich in der Anzeige als verantwortungsbewusstes Unternehmen dar, das sich engagiert durch vielfältige Taten mit der Problematik des Zigarettenkonsums auseinandersetzt. Die Leser der Anzeige werden eher die Produkte eines solchen Unternehmens kaufen als die eines Wettbewerbers, der sich über die Gefahren des Rauchens keine Gedanken macht. Jedenfalls durch die Nennung der Zigarettenmarken am Ende der Anzeige kann der Leser die angepriesenen Vorzüge auch konkret mit Produkten in Verbindung bringen, die er kaufen kann. Damit ist zumindest eine indirekte Werbewirkung gegeben, die für die Anwendbarkeit des Tabakwerbeverbots ausreicht.«

Besteuerung

§ 370 AO
Steuerhinterziehung „in großem Ausmaß“; Wertgrenze

Zur Wertgrenze des Merkmals „in großem Ausmaß“ des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO beim „Griff in die Kasse des Staates“.

(BGH, Beschluss vom 15. 12. 2011 – I StR 579/11)

Aus den Gründen: 2. Die näher ausgeführte Sachrüge hat aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler ergeben. Dies gilt auch für die Strafzumessung.

Der Erörterung bedarf allerdings die Annahme des Landgerichts [Essen], es sehe die Grenze für die Steuerhinterziehung „in großem Ausmaß“ gemäß § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO „entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei 100.000 Euro“. Dies lässt besorgen, das Landgericht sei der Auffassung, die Schwelle zur Hinterziehung „in großem Ausmaß“ sei stets erst bei einer Verkürzung von 100.000 Euro überschritten. Dies ist indes nicht zutreffend.

Im Fall 1 der Urteilsgründe stellt das Landgericht zudem darauf ab, dass das aufgrund der unrichtigen Angaben des Ange-

klagten in der Umsatzsteuerjahreserklärung 2009 errechnete Umsatzsteuerguthaben nur teilweise ausgezahlt, überwiegend aber mit anderen „Steuerschulden der Ka. GmbH, insbesondere Lohnsteuer, verrechnet“ wurde. Das Landgericht war offenbar der – unzutreffenden – Auffassung, es mache für die Frage, ob eine Hinterziehung „in großem Ausmaß“ vorliege, einen Unterschied, ob ein durch die Tat erlangtes (scheinbares) Steuerguthaben ausgezahlt oder aber mit anderweitigen Steuerschulden verrechnet werde.

Bei der Bestimmung des gesetzlichen Merkmals „in großem Ausmaß“ im Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO für einen besonders schweren Fall der Steuerhinterziehung gilt Folgendes:

a) Wie bereits im Grundsatzurteil des Senats vom 2. Dezember 2008 (I StR 416/08, BGHSt 53, 71, 81) ausgeführt, bestimmt sich das Merkmal „in großem Ausmaß“ im Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO nach objektiven Maßstäben. Es liegt grundsätzlich dann vor, wenn der Hinterziehungsbetrag 50.000 Euro übersteigt. Die Betragsgrenze von 50.000 Euro kommt *namentlich* dann zur Anwendung, wenn der Täter ungerechtfertigte Zahlungen vom Finanzamt erlangt hat, etwa bei Steuererstattungen durch Umsatzsteuerkarusselle, Ketengeschäfte oder durch Einschaltung von sog. Serviceunternehmen („Griff in die Kasse“). Ist diese Wertgrenze über-

schritten, dann ist das Merkmal erfüllt (BGHSt 53, 71, 85; vgl. auch BGH, Beschluss vom 5. Mai 2011 – 1 StR 116/11, NStZ 2011, 643, 644; BGH, Beschluss vom 12. Juli 2011 – 1 StR 81/11, wistra 2011, 396).

b) Beschränkt sich das Verhalten des Täters indes darauf, die Finanzbehörden pflichtwidrig über steuerlich erhebliche Tatsachen in Unkenntnis zu lassen und führt das lediglich zu einer Gefährdung des Steueranspruchs, liegt die Wertgrenze zum „großen Ausmaß“ demgegenüber bei 100.000 Euro (BGHSt 53, 71, 85). Dasselbe gilt auch dann, wenn der Steuerpflichtige zwar eine Steuerhinterziehung durch aktives Tun (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) begeht, indem er eine unvollständige Steuererklärung abgibt, er dabei aber lediglich steuerpflichtige Einkünfte oder Umsätze verschweigt (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Juli 2011 – 1 StR 81/11, wistra 2011, 396) und allein dadurch eine Gefährdung des Steueranspruchs herbeiführt.

c) Anders ist die Sachlage, wenn der Täter steuermindernde Umstände vortäuscht, indem er etwa tatsächlich nicht vorhandene Betriebsausgaben vortäuscht oder nicht bestehende Vorsteuerbeträge geltend macht. Denn in einem solchen Fall beschränkt sich das Verhalten des Täters nicht darauf, den bestehenden Steueranspruch durch bloßes Verschweigen von Einkünften oder Umsätzen zu gefährden. Vielmehr unternimmt er einen „Griff in die Kasse“ des Staates, weil die Tat zu einer Erstattung eines (tatsächlich nicht bestehenden) Steuerguthabens oder zum (scheinbaren) Erlöschen einer bestehenden Steuerforderung führen soll. Es bleibt dann deshalb für das gesetzliche Merkmal „in großem Ausmaß“ bei der Wertgrenze von 50.000 Euro.

d) Trifft beides zusammen, das Verheimlichen von Einkünften bzw. Umsätzen einerseits und die Vortäuschung von Abzugsposten andererseits, etwa beim Verheimlichen von Umsätzen und gleichzeitigem Vortäuschen von Vorsteuerbeträgen, ist das Merkmal „in großem Ausmaß“ i.S.v. § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO jedenfalls dann erfüllt, wenn der Täter vom Finanzamt ungerechtfertigte Zahlungen in Höhe von mindestens 50.000 Euro erlangt hat (vgl. BGH NStZ 2011, 643, 644 Rn. 13). Dasselbe gilt aber auch, wenn ein aufgrund falscher Angaben scheinbar in dieser Höhe (50.000 Euro) bestehender Auszahlungsanspruch ganz oder teilweise mit anderweitigen Steuerverbindlichkeiten verrechnet worden ist. Die Verrechnung steht dann nämlich insoweit einer Auszahlung gleich. Hat dagegen die Vortäuschung von steuermindernden Umständen für sich allein noch nicht zu einer Steuerverkürzung von mindestens 50.000 Euro geführt, verbleibt es für die Tat insgesamt beim Schwellenwert von 100.000 Euro (vgl. BGH NStZ 2011, 643, 644).

e) Ob die Schwelle des „großen Ausmaßes“ überschritten ist, ist für jede einzelne Tat im materiellen Sinne gesondert zu bestimmen. Dabei genügt derjenige Erfolg, der für die Vollen- dung der Steuerhinterziehung ausreicht. Bei mehrfacher tateinheitlicher Verwirklichung des Tatbestandes der Steuerhinterziehung ist – nichts anderes gilt für § 371 Abs. 2 Nr. 3 AO – das „Ausmaß“ des jeweiligen Taterfolges zu addieren, da in solchen Fällen eine einheitliche Handlung im Sinne des § 52 StGB vorliegt (BGHSt 53, 71, 85).

f) Eine nachträgliche „Schadenswiedergutmachung“ hat für die Frage, ob eine Steuerhinterziehung „in großem Ausmaß“ vorliegt oder nicht, keine Bedeutung. Die Höhe des auf Dauer beim Fiskus verbleibenden „Steuerschadens“ ist ein Umstand, der erst bei der Prüfung, ob die Indizwirkung des Regelbeispiels im Einzelfall widerlegt ist, und im Übrigen als bloße Zumesungserwägung in die Strafzumessung einbezogen werden kann (vgl. im Übrigen zur Schadensverringerung mit Geldmitteln unklarer Herkunft BGH, Beschluss vom 5. Mai 2011 – 1 StR 116/11, NStZ 2011, 643, 645 Rn. 17, und einer solchen aufgrund von Pfändungen BGH, Beschluss vom 11. Oktober 2010 – 1 StR 359/10, insoweit nicht abgedruckt in NStZ 2011, 170).

Zutreffend hat das Landgericht daher den Umstand, dass „der Steuerschaden aufgrund der Beschlagnahme erheblicher Vermögenswerte der Ka. GmbH nachträglich vollständig kompensiert“ wurde, bei der Frage, ob das Regelbeispiel des § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO erfüllt ist, außer Betracht gelassen, in die Gesamtwürdigung, ob die Indizwirkung des Regelbeispiels widerlegt sein könnte, aber einbezogen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Steuerrecht etc.

§ 675 BGB; § 8 KStG – Steuerberatung; Jahresabschlüsse; Steuererklärungen; Erörterung und Hinweise zu Gestaltungsfragen; Haftung

a) Erarbeitet ein Steuerberater mehrmals hintereinander für eine GmbH den steuerlichen Jahresabschluss oder die Erklärungen zu Körperschaftsteuern und Gewerbesteuern, so muss er auch in einem hierauf beschränkten Dauermandat die innerhalb seines Gegenstands liegenden Gestaltungsfragen, aus denen sich verdeckte Gewinnausschüttungen ergeben können, mit der Auftraggeberin erörtern und auf das Risiko und seine Größe hinweisen.

b) Inwieweit ein Steuerberater Hinweise auf gestaltungsbabhängige Steuerrisiken haftungsvermeidend an Angestellte seiner Auftraggeberin erteilen kann oder ob er sie der Geschäftsleitung unmittelbar vortragen muss, hängt sowohl von der betrieblichen als auch von der persönlichen Stellung der angesprochenen Angestellten (hier: Ehefrau eines Familiengesellschafters) ab.

(BGH, Urteil vom 23. 2. 2012 – IX ZR 92/08)

§ 675 BGB; §§ 114, 543 ZPO – Beratungspflicht des Steuerberaters; Empfehlung der Hinzuziehung eines Anwalts

1 Die von dem Antragsteller beabsichtigte Beschwerde hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 114 ZPO).

2 Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ 543 Abs. 2 ZPO).

3 Entgegen der Ansicht des Antragstellers weist die Sache keine Grundsatzbedeutung auf. Die Frage, ob ein Steuerberater verpflichtet ist, seinem Mandanten die Hinzuziehung eines Anwalts zu empfehlen, lässt sich nicht allgemein gültig beantworten, sondern ist von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles abhängig (vgl. BGH, Urt. v. 12. Februar 2004 – IX ZR 246/02, WPM 2004, 2034, 2036 [=GuT 2004, 110 KL]). Die geltend gemachte Divergenz zu den Entscheidungen OLG Karlsruhe ZIP 2007, 2319 (aufgehoben durch BGH, Urt. v. 10. Dezember 2009 – IX ZR 238/07, HFR 2010, 661) und OLG Köln VersR 2006, 87 besteht aus den vom Berufungsgericht dargelegten Gründen nicht. Ein entscheidungserheblicher Gehörungsverstoß ist nicht ersichtlich.

(BGH, Beschluss vom 9. 12. 2010 – IX ZA 18/10)

§ 34 InsO – Insolvenzantrag des Finanzamts; Mindestanforderungen; bestrittene Steuerforderungen

1 I. Am 17. Februar 2010 beantragte der beteiligte Gläubiger die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin wegen vollstreckbarer Steuerschulden in Höhe von 49.038 €. Dem Antrag war eine Rückstandsaufstellung beigefügt, welche diesen Betrag nach Steuerart, Zeitraum und Fälligkeit der Steuer aufschlüsselt. Mit Beschluss vom 6. April 2011 hat das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet. Die sofortige Beschwerde der Schuldnerin ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Rechtsbeschwerde will die Schuldnerin weiterhin die Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses und die Zurückweisung des Eröffnungsantrags erreichen.

2 II. Die Rechtsbeschwerde ist nach § 34 Abs. 2, § 6 Abs. 1, § 7 aF InsO, Art. 103 f Satz 1 EGIInsO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO statthaft. Sie ist jedoch nicht zulässig. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts (§ 574 Abs. 2 ZPO).

3 Eine die Zulässigkeit begründende Divergenz, die von der Rechtsbeschwerdebegründung im Hinblick auf das Fehlen von Steuerbescheiden und Umsatzsteuervoranmeldungen der Schuldnerin als Anlagen zu dem Insolvenzantrag geltend gemacht wird, liegt im Ergebnis nicht vor. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt der Insolvenzantrag eines Finanzamts, der auf vom Schuldner bestrittene Steuerforderungen gestützt wird, als Mindestanforderung die Vorlage der ergangenen Steuerbescheide und gegebenenfalls der Steuervoranmeldungen des Schuldners voraus. Ein bloßer Kontoauszug des sachbearbeitenden Finanzamts reicht als interne Verwaltungshilfe als Mittel zur Glaubhaftmachung der Forderung nicht aus (BGH, Beschluss vom 13. Juni 2006 – IX ZB 214/05, ZInsO 2006, 828 Rn. 8 f; vom 9. Juli 2009 – IX ZB 86/09, ZInsO 2009, 1533 Rn. 3; vom 21. Juli 2011 – IX ZB 256/10, ZInsO 2011, 1614 Rn. 4). Entbehrlich ist eine Glaubhaftmachung der Forderung durch das Finanzamt mittels Vorlage der Bescheide und Voranmeldungen ausnahmsweise dann, wenn die ausstehenden Steuern genau beschrieben sind und der Schuldner sich lediglich auf Erlassanträge und Gegenansprüche beruft (BGH, Beschluss vom 9. Juli 2009, aaO, Rn. 3; vom 21. Juli 2011, aaO Rn. 4).

4 Vorliegend macht die Schuldnerin geltend, ein von ihr nach bestandskräftiger Zurückweisung eines früheren Erlassantrags eingeleitetes weiteres Erlassverfahren sei noch nicht beschieden. Konkrete Einwendungen gegen die einzelnen, aus der Auflistung des Antragstellers zu entnehmenden Steuerforderungen erhebt die Schuldnerin nicht. Es liegt deshalb ein Ausnahmefall vor, in dem die fehlende Vorlage von Steuerbescheiden und -voranmeldungen sich nicht auswirkt, weil der Schuldner dem Antrag außer dem Einwand, ein Erlassverfahren zu betreiben, nichts entgegenzusetzen hat.

(BGH, Beschluss vom 15. 12. 2011 – IX ZB 180/11)

§ 13 GVG – Rechtsweg; insolvenzrechtliche Anfechtungsklage gegen Sozialversicherungsträger

Für insolvenzrechtliche Anfechtungsklagen gegen Sozialversicherungsträger ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben.

(BGH, Beschluss vom 24. 3. 2011 – IX ZB 36/09)

§§ 370, 378 AO – Begriffsklarheit Steuerhinterziehung, Steuerverkürzung

Der Schuldspruch war dahingehend klarstellend zu berichtigen, dass der Angeklagte statt wegen „Steuerverkürzung“ wegen „Steuerhinterziehung“ verurteilt ist, denn die von der Strafkammer im Schuldspruch verwendete Bezeichnung „Steuerverkürzung“ birgt die Gefahr einer Verwechslung mit dem Ordnungswidrigkeitentatbestand der leichtfertigen Steuerverkürzung gemäß § 378 AO.

(BGH, Beschluss vom 24. 1. 2012 – 1 StR 630/11)

§ 374 AO – Steuerhinterziehung; Absatzhilfe

Steuerhinterziehung kann jedenfalls in Form von Absatzhilfe auch vor Beendigung der vorangegangenen Steuerhinterziehung begangen werden.

(BGH, Beschluss vom 9. 2. 2012 – 1 StR 438/11)

§ 73 StGB; § 34 AWG – fahrlässiger Verstoß gegen das Außenwirtschaftsgesetz; Ausfuhr ohne eingeholte Genehmigung; Verfall von Wertersatz; Bestimmung des Erlangten

Hat der Täter in Teil I Abschnitt A der Ausfuhrliste (Anlage AL zur Außenwirtschaftsverordnung) genannte Güter ohne die erforderliche Genehmigung ausgeführt, hätte diese indes er-

teilt werden müssen, so ist nicht der gesamte für die Güter eingekaufte Kaufpreis das im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB aus der Tat Erlangte; vielmehr sind dies nur die durch das Unterbleiben des Genehmigungsverfahrens ersparten Aufwendungen.

(BGH, Urteil vom 19. 1. 2012 – 3 StR 343/11)

Art. 1, 2 GG; § 100 StPO – Beweisverwertungsverbot; heimliche Aufzeichnung eines Selbstgesprächs

Ein in einem Kraftfahrzeug mittels akustischer Überwachung aufgezeichnetes Selbstgespräch eines sich unbeobachtet fühlenden Beschuldigten ist im Strafverfahren – auch gegen Mitbeschuldigte – unverwertbar, da es dem durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeit zuzurechnen ist (im Anschluss an BGH, Urteil vom 10. August 2005 – 1 StR 140/05, BGHSt 50, 206).

(BGH, Urteil vom 22. 12. 2011 – 2 StR 509/10)

Fortbildungsveranstaltung der Arbeitsgruppe „Junge Insolvenzrechtler“:

Verwertung von Immobilien im Insolvenzverfahren und insolvenzrechtliche Besonderheiten im Arbeitsrecht

Am 4. Mai 2012 findet im Mercure Hotel Köln City die 8. Fortbildungsveranstaltung der Arbeitsgruppe „Junge Insolvenzrechtler“ zu den Themen Verwertung von Immobilien im Insolvenzverfahren und insolvenzrechtliche Besonderheiten im Arbeitsrecht statt.

Referenten sind Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Popp, Mannheim, der über die „Kalte Zwangsverwaltung und Verwertung von Immobilien des Schuldners“ spricht, sowie Rechtsanwältin Dr. Ruth Rigol, Köln, zu „Insolvenzrechtlichen Besonderheiten im Arbeitsrecht“. Frau Dr. Rigol behandelt insbesondere die „Teleologische Reduktion des § 613a BGB in der Insolvenz“ und „Die betriebliche Altersversorgung in der Insolvenz“. Die Fortbildung soll sowohl für Insolvenzverwalter als auch für Berater von Schuldnern, Gläubigern und Arbeitnehmern praxisnahe Hinweise geben und die Themen anhand von Beispielen auch für Einsteiger ins Insolvenzrecht aufbereiten.

Nur 80,00 € beträgt die Teilnahmegebühr (einschl. der Kosten für Getränke und Mittagessen) für Mitglieder der Arbeitsgruppe „Junge Insolvenzrechtler“ und Juniormitglieder der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung, im Übrigen beträgt die Teilnahmegebühr 175,00 €. Eine Teilnahmebescheinigung zur Vorlage gem. § 15 FAO über sechs Fortbildungsstunden wird erteilt.

Die „Jungen Insolvenzrechtler“ sind eine gemeinsame Arbeitsgruppe der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung und des FORUM Junge Anwaltschaft im Deutschen Anwaltverein. Die Arbeitsgruppe bietet jungen Anwälten, Schuldner- und Gläubigervertretern, Insolvenzverwaltern und Treuhändern kostengünstige Fortbildungen an. Neben der Mitgliedschaft in der Arbeitsgruppe „Junge Insolvenzrechtler“ können Mitglieder des FORUM Junge Anwaltschaft für maximal fünf Jahre Juniormitglieder der Arbeitsgemeinschaft Insolvenzrecht und Sanierung mit dem ermäßigten Mitgliedsbeitrag von nur 10,00 €/Jahr werden.

Anmeldungen sind zu richten an die DeutscheAnwaltAkademie, Detlef Zabel, Littenstr. 11, 10179 Berlin, Tel. 030/726153184, Fax: 030/726153188, zabel@anwaltakademie.de.

Weitere Informationen: www.arge-insolvenzrecht.de.

Magazin

Bücher und Veröffentlichungen

Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung Herausgegeben von Dr. Gerhart Kreft, 6. Auflage, Heidelberg 2011. 2457 Seiten, 159,95 €, ISBN 978-3-8114-3652-7. C. F. Müller Verlag, Heidelberg.

Die weiter hohe Zahl an geschäftlichen, aber auch privaten Insolvenzen lässt keinen Unternehmer unberührt – sei es als Mieter, Vermieter, Arbeitgeber, Lieferant oder Kunde. Dementsprechend wächst die Anzahl der kompakten, einbändigen Kommentare zur Insolvenzordnung regelmäßig weiter. Eine feste Größe unter den einbändigen Kommentaren ist der Heidelberger Kommentar, der nun in der 6. Auflage neu erschienen ist.

Drei Jahre nach der letzten Auflage präsentiert sich der Heidelberger Kommentar erneut mit einem um *Kleindiek*, *Ransiek* und *Ries* erweiterten Bearbeiterkreis. Und während die Voraufgabe darunter litt, dass die Änderungen des *MoMiG* (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. 10. 2008, BGBI. I, S. 2026) kaum abgebildet waren (vgl. Rezension der Voraufgabe, GuT 2010, S. 55), ist die Neuauflage durchgängig auf einem möglichst aktuellen Stand abgeschlossener und laufender Gesetzgebungsverfahren. Das gilt insbesondere für die durch das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. 12. 2011 (*ESUG*) beschlossenen Änderungen, die – allerdings noch in der Fassung des Regierungsentwurfs – nicht nur abgedruckt, sondern auch kommentiert wurden (z. B. die neuen §§ 22a, 104a InsO). In der praktischen Anwendung ist allerdings jeweils zu beachten, dass der im Bundesgesetzblatt verkündete Gesetzestext in einigen Punkten von dem der Kommentierung zugrunde liegenden Regierungsentwurf abweicht, da die vom Rechtsausschuss des Bundestages – nach Redaktionsschluss des Heidelberger Kommentars – vorgeschlagenen Änderungen in der Kommentierung nicht mehr berücksichtigt werden konnten.

Die für das Mietrecht relevanten §§ 108–112 InsO werden von *Marotzke* in gewohnt ausführlicher und aktueller Weise kommentiert, der allerdings nicht immer der herrschenden Meinung folgt. So ordnet er z. B. die Mietforderungen, die nach der Enthaltungserklärung des § 109 Abs. 1 S. 2 InsO fällig werden, als Insolvenzforderungen, nicht als vom Schuldner aus seinem unpfändbaren Vermögen selbst zu tragende Neuforderungen ein. Da er jedoch eine Abweichung von der herrschenden Ansicht jeweils deutlich kennzeichnet und gut begründet, schadet dies der Verwendbarkeit des Kommentars nicht.

Für Kapitalgesellschaften und deren Berater sind die Abschnitte zu den Gesellschafterdarlehen lesenswert, die von *Kleindiek* in §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 und 5, 44a, 135, 143 Abs. 3 InsO sehr gut verständlich präsentiert werden. Gerade für wirtschaftlich schwächere GmbHs kann zudem *Kleindieks* Überblick im Anhang zu § 35 InsO interessant sein, in dem er unter dem Titel „Gesellschaftrechtliche Ansprüche gegen Gesellschafter und Geschäftsführer zur Auffüllung der Insolvenzmasse“ Haftungsansprüche gegen Gesellschafter und Geschäftsführer darstellt. Wer im Falle einer – unerwünschten, aber manchmal nicht vermeidbaren – Insolvenz eine Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter vermeiden möchte, kann hier ersehen, welche Handlungen Angriffsflächen bieten und Ansprüche der Insolvenzmasse begründen.

Den Autoren gelingt es sehr gut, die in der Insolvenz auftretenden praktischen und rechtlichen Fragen kurz, aber präzise zu kommentieren. Nochmals gesteigert wird der praktische Nutzen des Kommentars durch das ausführliche Stichwortverzeichnis. Insgesamt ist der Heidelberger Kommentar in seiner

Neuaufgabe daher wieder ein wertvoller Begleiter aller Unternehmer und Berater, die im Geschäftsverkehr mit insolvenzrechtlichen Problemen konfrontiert werden.

Rechtsanwältin Dr. Claudia R. Cymutta, Mannheim

Die Rechtsstellung des insolventen Wohnraummieters Von *Nurcan Gürlevik*, Baden-Baden 2011. 227 Seiten, 62,00 €, ISBN 978-3-8329-6128-2. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.

Angesichts der von Creditreform jüngst veröffentlichten Zahl von 129.800 Privatinsolvenzen im Jahr 2011 kann kaum ein Vermieter von Wohnraum das Insolvenzrecht und die Auswirkungen einer Insolvenzeröffnung auf das Mietverhältnis ignorieren. Denn ohne Kenntnis der insolvenzrechtlichen Besonderheiten kann schnell eine Kündigung unwirksam oder ein Ersatzanspruch nicht mehr durchsetzbar sein, was mit einem entsprechenden Mietausfall verbunden ist. Das Werk von Gürlevik präsentiert eine umfassende Betrachtung der sich im Falle einer Insolvenz des Wohnraummieters ergebenden Probleme.

Gürlevik beschäftigt sich zunächst mit den mietrechtlichen Problemen eines zahlungsunfähigen Mieters außerhalb der Insolvenz und möglichen Sozialleistungen für Mieter nach den SGB II und SGB XII. In den darauf folgenden Kapiteln betrachtet Gürlevik insbesondere das Wohnraum-Mietverhältnis nach dem Insolvenzantrag, die Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf das Mietverhältnis, die Abwicklung des fortgeführten sowie des beendeten Mietverhältnisses im Insolvenzverfahren und die Rechtsfolgen der Enthaltungserklärung des Insolvenzverwalters nach § 109 Abs. 1 S. 2 InsO (Stichworte: Adressat der Kündigung und Räumungsklage, Kündigung von Mitmietern, Untervermietung, Schadensersatzanspruch des Vermieters). Ganz im Sinne einer umfassenden Betrachtung geht Gürlevik auch auf Spezialprobleme, wie die Geltungsdauer der Kündigungssperre nach § 112 InsO und das Kündigungsrecht des Mieters, ein. Das Werk schließt mit der Behandlung der Probleme und Rechtsfolgen, die sich in der Wohlverhaltensphase und mit der Restschuldbefreiung stellen.

Der von Gürlevik gewählte breite Ansatz ist ungewöhnlich, da sie sich nicht nur auf die Wechselwirkungen zwischen Mietrecht und Insolvenzrecht beschränkt, sondern auch sozialrechtliche Aspekte einbezieht. Für Insolvenzrechtler gewöhnungsbedürftig ist dabei, dass sie die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bereits als „Insolvenz“ bezeichnet, auch wenn noch kein förmliches Insolvenzverfahren beantragt oder eröffnet wurde. Um einen schnellen Einstieg zu ermöglichen, wäre hier wünschenswert gewesen, die Begrifflichkeiten klarer zu trennen, damit schon anhand der Bezeichnungen des Mieters klar wird, ob sie die Phase der Zahlungsunfähigkeit ohne Insolvenzverfahren, den Zeitraum zwischen Insolvenzantrag und Eröffnung oder die Rechtslage im eröffneten Insolvenzverfahren behandelt.

Da es sich bei dem Werk Gürleviks um eine Dissertation handelt, sind einige Meinungsstreite und rechtshistorische Entwicklungen ausführlicher dargestellt, als man es in einem Handbuch für die Praxis erwarten würde. Das schadet jedoch zumeist nicht. Vielmehr zeigt Gürlevik teilweise gerade für Praktiker auf, wie sich die Rechtslage in unterschiedlichen Fallkonstellationen darstellt und bietet Lösungen für die Praxis an (z. B. zur Frage, wann ein Vermieter nach der Enthaltungserklärung des § 109 Abs. 1 S. 2 InsO zur Kündigung befugt ist und an wen er die Kündigung zu richten hat, S. 149–155).

Die Dissertation Gürleviks ist eine interessante Erweiterung der in diesem Bereich recht spärlichen Fachliteratur. Ein Manko ist allerdings, dass trotz des Erscheinungsjahres 2011 die neueren Rechtsprechungs- und Gesetzesentwicklungen nur recht knapp behandelt werden und Aufsatzliteratur aus den Jahren nach 2007 nur noch vereinzelt Aufnahme fand. Teilweise

sind Rechtsentwicklungen auch nicht überall im Werk stringent abgebildet und aktualisiert worden. So behandelt Gürlevik die BGH-Entscheidung vom 19. 6. 2008 (WuM 2008, S. 507 f.) zum Herausgabeanspruch des Vermieters gegenüber dem Schuldner im Kapitel zur Abwicklung des beendeten Mietverhältnisses (S. 176, 176), weist aber z. B. in der Diskussion über die Massezugehörigkeit und die Aussonderung der Mietwohnung nicht auf das BGH-Urteil hin (S. 94 ff.).

Für Vermieter, Rechtsanwälte und Mieterberater, die sich viel mit Wohnraummietern in der Insolvenz beschäftigen, ist die Dissertation von Gürlevik dennoch eine hilfreiche Ergänzung vorhandener Literatur, die insbesondere Spezialprobleme gut verständlich und ausführlich behandelt. Parallel sollte jedoch jeweils ein aktueller Kommentar herangezogen werden, um sicherzustellen, dass alle Gesetzes- und Rechtsprechungsänderungen der letzten Jahre bei der Falllösung berücksichtigt werden.

Rechtsanwältin Dr. Claudia R. Cymutta, Mannheim

Politik und Recht

**Deutscher Städte- und Gemeindebund
DStGB-Pressemitteilung vom 6. 2. 2012**

Forstwirtschaft

**Kommunale Waldbesitzer kritisieren Forderung nach
Einschlagsstopp in alten Buchenwäldern**

**Deutsche Forstwirtschaft weltweit vorbildlich
Umweltverbände schüren Ängste und verunsichern die
Bürger**

Die Forderung der Umweltverbände nach einem Einschlagsstopp für alte Buchenwälder und deren pauschale Behauptung, die Forstwirtschaft zerstöre das Waldnaturerbe Deutschlands, stößt auf massive Kritik kommunaler Waldbesitzer. „Im Bewusstsein, dass die Deutschen ein ganz besonderes Verhältnis zu ihrem Wald haben, sollen hier allzu offensichtlich Ängste und Sorgen geschürt werden, um daraus verbandspolitisches Kapital zu schlagen, indem sich NABU, BUND und Greenpeace als Retter des vermeintlich bedrohten heimischen Waldes gerieren“, so der Vorsitzende des Gemeinsamen Forstausschusses „Deutscher Kommunalwald“, Verbandsdirektor Winfried Manns (Mainz).

Manns fordert die Umweltverbände auf, sich in der politischen Diskussion um die Zukunft des Waldes an den Fakten zu orientieren, anstatt die Bürgerinnen und Bürger mit „Schwarzweiß Ideologie“ zu verunsichern. Immerhin habe sogar das Bundesamt für Naturschutz der deutschen Forstwirtschaft eine hervorragende Leistungsbilanz bescheinigt, wonach die Entwicklung der Biodiversität im Wald schon heute einen Zielerreichungsgrad von 81% aufweise und damit an der Spitze aller Flächennutzungen liege. Dies belege, dass Naturschutz und Holznutzung in unseren heimischen Wäldern keine Gegensätze seien. Vielmehr habe die Forstwirtschaft über Jahrzehnte hinweg genau erst die wertvollen Waldbiotope geschaffen, die heute die Begehrlichkeiten der Umweltverbände auf den Plan rufen und aus denen sie nun die Forstwirtschaft verbannen wollten. Deutschland brauche wie Europa den nachwachsenden Rohstoff Holz. Dabei sei Deutschland das walddreichste Land in Europa, aber außer in Deutschland sei kein wesentlicher Anstieg des Holzeinschlages zu erwarten. Wissenschaftler prognostizierten bereits bis zum Jahre 2020 eine Unterversorgung von bis zu 400 Mio. m³ in Europa.

Allerdings reiche bereits heute die Waldfläche Deutschlands nicht aus, um den inländischen Bedarf an Rohholz für die stoffliche und energetische Holzverwertung zu decken. Um die ambitionierten klimapolitischen Ziele erreichen zu können, prognostizierten Experten einen jährlichen Anstieg des Holzverbrauches um 40 Mio. Fm bis zum Jahre 2020. Dazu müsste der Holzeinschlag um 50% gesteigert werden. Bereits im Jahr 2010 hatte Deutschland deutlich mehr Rohholz ein- als ausgeführt. Laut dem Statistischen Bundesamt standen Exporten von 3,3

Mio. m³ Rohholz. Einfuhren von 6,8 Mio. m³ gegenüber. Dabei belief sich der Holzeinschlag in Deutschland auf rund 54,4 Mio. m³. Das waren 6,3 Mio. m³ mehr als 2009, jedoch 4,6 Mio. m³ weniger als im Mittel der Jahre 2004 bis 2009.

Die von den Umweltverbänden geforderte Stilllegung von 10% des öffentlichen Waldes bzw. alter Buchenwälder schade nicht nur der Energiewende, sondern gefährde auch die gesamte deutsche Laubsägeindustrie. Der daraus entstehende volkswirtschaftliche Schaden wird von Experten auf jährlich bis zu 2 Mrd. Euro geschätzt. Dies entspräche etwa 42.000 Arbeitsplätzen im Cluster Forst und Holz. Zudem müsse das fehlende Holz dann aus Ländern wie Indonesien, Malaysia oder Sibirien importiert werden, in denen sich die Umweltverbände für den Erhalt der letzten Urwälder engagieren.

Manns: „Die Tatsache, dass Holz bei anhaltend starker Nachfrage zum knappen Gut wird und die Forderung nach Stilllegung der Wälder passen nicht zusammen. Um die Herausforderungen der Energiewende zu meistern, müssen die Umweltverbände mit den Waldbesitzer und Forst- und Holzbranche an einem Strang ziehen“. Manns appelliert daher an die Umweltverbände, die Probleme anzugehen, die dem Wald wirklich helfen würden und das sei eine gerechtere Förderung des Waldes und der Forstwirtschaft. So gebe es in Deutschland immer noch erstaunliche und nicht zu rechtfertigende Unterschiede zwischen der Förderung der Landwirtschaft und der Forstwirtschaft. Während Privatwald im Durchschnitt mit ca. 14 Euro je ha gefördert werde, erhielten landwirtschaftliche Haupterwerbsbetriebe rund 424 Euro je ha einschließlich Agrarumweltmaßnahmen (BMELV 2008). Bemerkenswert seien auch die immensen Unterschiede zwischen Land- und Forstwirtschaft beim Einsatz vom Vertragsnaturschutz. So betrug beispielsweise die Gesamtförderung im Rahmen von Agrarumweltprogrammen 2005 in Deutschland ca. 750 Mio. Euro, für Vertragsnaturschutz im Wald wurden lediglich ca. 4 Mio. Euro aufgewendet (-0,5%).

**FDP-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 7. 3. 2012**

**Solide, datenbasierte Forstpolitik anstelle unseriöser
Panikmeldungen**

Zu den Forderungen verschiedener Umweltverbände alle alten Laubwälder und insgesamt zehn Prozent des öffentlichen Waldes stillzulegen, sowie zu dem heutigen Bericht auf Antrag der Koalition zur dritten Bundeswaldinventur im Bundestagsausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, erklärt die Expertin für Forstpolitik der FDP-Bundestagsfraktion Christel Happach-Kasan:

Eine seriöse Forstpolitik muss mehrere Jahrzehnte in die Zukunft planen. Dafür sind validierte Daten über den Zustand und die Entwicklung unserer Wälder von grundlegender Bedeutung. Die Planungen und die Datenerhebung der derzeit laufenden dritten Bundeswaldinventur sind dafür ein mustergültiges Beispiel. Anstatt mit Schreckensmeldungen die Realität zu verzerren, sollten wir die Ergebnisse der Bundeswaldinventur abwarten. Dann können auf wissenschaftlicher Erkenntnis die laufenden Projekte evaluiert und die Maßnahmen der Waldstrategie 2020 erarbeitet werden.

Die jetzige Datenerhebung zur Bundeswaldinventur durch die Länder in Zusammenarbeit mit dem Johann Heinrich von Thünen-Institut und dem Bundeslandwirtschaftsministerium ist dank der Novelle des Bundeswaldgesetzes im Jahr 2010 umfangreicher, genauer und aufwändiger als je zuvor. So wird jetzt erstmals der Erhaltungszustand von Waldlebensraumtypen mit einbezogen. Darüber hinaus ergibt sich das erste Mal ein Bild über die Entwicklung der Wälder in den neuen Bundesländern, bei der zweiten Bundeswaldinventur konnte nur der Ist-Zustand dokumentiert werden. Millionen von Messdaten müssen überprüft, zusammengeführt und ausgewertet werden. Sorgfalt geht vor Schnelligkeit. Deshalb werden abgesicherte Auswertungen erst im Laufe des Jahres 2014 vorliegen. Es wird zudem darauf geachtet, dass die erhobenen Daten mit Daten aus anderen EU-Staaten vergleichbar sind.

Alle Einzeldaten und sämtliche Auswertungen werden in einer öffentlich zugänglichen Datenbank gespeichert und online verfügbar gemacht. Damit ist maximale Transparenz sichergestellt. Die vorschnellen und vollkommen unberechtigten Vorwürfe der Umweltorganisationen laufen ins Leere. Die Daten der letzten Bundeswaldinventur zeigen, dass die Waldfläche insgesamt in Deutschland gewachsen ist. Da Nadelholz wesentlich gefragter ist, werden Laubwälder in Deutschland immer noch unternutzt. Unsere Laubwälder sind nicht in Gefahr. Jüngste Erhebungen bestätigen diesen Trend. Bund und Länder stehen zu den in der Nationalen Biodiversitätsstrategie beschlossenen Zahlen und nehmen diese Aufgabe ernst. Seit Beginn der Neunziger Jahre wurden insgesamt 125.000 Hektar unentgeltlich als Naturschutzflächen in die Obhut der Länder und von Naturschutzorganisationen übergeben.

Das Ziel, natürliche Urwälder zu erhalten, ökologisch wertvolle Flächen zu schützen und die Artenvielfalt wieder zu verbessern, ist vollkommen richtig. Die schützenswerten Gebiete müssen jedoch auf wissenschaftlicher Basis identifiziert und mit geeigneten Maßnahmen erhalten werden. Der vorgeschlagene Nutzungsverzicht für öffentliche Laubwälder widerspricht unserer Strategie, die Nachhaltigkeit der Wirtschaft zu stärken. Bereits seit vielen Jahrzehnten werden die öffentlichen und privaten Wälder auf diese Weise bewirtschaftet, aktuelle wissenschaftliche Erkenntnisse integriert. Im Waldland Deutschland sollte es gelingen, den Bedarf am wichtigsten nachwachsenden Rohstoff Holz weitgehend aus eigener Produktion zu decken.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 21. 3. 2012

Das kostbare Gut Wald endlich wirkungsvoll schuetzen

Anlaesslich des Internationalen Tag des Waldes erklart die zustandige Berichterstatterin der SPD-Bundestagsfraktion Petra Crone:

Die Oekosystemleistungen der Waelder fuer die Menschheit sind unumstritten. Damit die Waelder ihre kostenlosen Leistungen auch weiterhin erbringen koennen, muessen sie wirkungsvoll geschuetzt werden.

Die SPD-Bundestagsfraktion fordert, dass eine ordnungsgemaesse, naturnahe und nachhaltige Bewirtschaftungsweise endlich im Bundeswaldgesetz definiert wird. Ausserdem muessen endlich ausreichend Flaechen fuer eine natuerliche Entwicklung der Waelder ausgewiesen werden. Fuenf Prozent der Waldflaeche in Deutschland sind nicht zu viel. Denn: Nur wer zu Hause seine Schularbeiten erledigt hat, kann international fuer den Erhalt der Urwaelder eintreten.

Das Produkt Holz ist sehr begeehrt. Vor allem der Energieholzmarkt nimmt stetig zu. Viel zu wenig wird aber auf die Verwendung von langlebigen Holzprodukten hingearbeitet. So ist zum Beispiel die Holzbauweise in Laendern wie den USA, Oesterreich und Schweden sehr viel weiter verbreitet als in Deutschland. Wir wollen mehr Holz verarbeiten als verheizen. Energieintensive Bautraeger muessen deshalb auf den Subventionspruefstand. Die Bundesregierung versteckt sich hinter einer wachswenigen Waldstrategie 2020 und laesst unsere Waelder im Stich.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 1. 2. 2012

Deutschland braucht ein Fracking-Moratorium

Zu den Medienberichten von ExxonMobil-Europachef Gernot Kalkofen, sein Unternehmen könne in zwei Jahren bei der Förderung von unkonventionellem Erdgas auf den Einsatz giftiger Stoffe verzichten, erklärt Oliver Krischer, Sprecher für Energie- und Ressourceneffizienz:

Wir fordern die Bundesregierung auf, ein zweijähriges Moratorium für die umstrittene Fördermethode „Fracking“ umzusetzen. Wenn ein Erdgasunternehmen die von ihm bei der Förderung in den Boden verpressten Stoffe selbst als „Gift“ bezeichnet, ist das ein alarmierendes Signal. Bundesumweltmini-

ster Röttgen muss sich nun endlich gegen Bundeswirtschaftsminister Rösler durchsetzen. Da in Deutschland keine Engpässe in der Gasversorgung drohen, sollte man warten, bis genauere Erkenntnisse über die Umweltauswirkungen vorliegen und eine Forderung ohne Giftstoffe möglich ist. Wie ein vorliegendes Gutachten vom Wissenschaftlichen Dienst des Deutschen Bundestages zeigt, besitzt der Bund die Kompetenz dazu, ein solches Moratorium umzusetzen.

Andere Länder haben die notwendigen Konsequenzen aus den alarmierenden Berichten aus den USA längst gezogen: In Großbritannien, den Niederlanden und Teilen der Schweiz haben die zuständigen Ministerien per Erlass bereits ein Moratorium ausgesprochen. In Bulgarien und Frankreich haben die Parlamente ein Verbotsgesetz verabschiedet. Das Gleiche gilt für die US-Bundesstaaten Arkansas und New York, sowie die kanadische Provinz Quebec. Auch in Südafrika ist Fracking bereits verboten. Was in all diesen Ländern möglich ist, muss auch in Deutschland umgesetzt werden können. Ein zweijähriges Moratorium würde die Gelegenheit geben, die Risiken wissenschaftlich zu prüfen und zu bewerten.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 1. 2. 2012

Bei Fracking auf Chemieeinsatz verzichten

Zu den Aussagen des Vorstandsvorsitzenden von ExxonMobil Central Europe Gernot Kalkofen und zum Bericht von Report Muenchen erklart der stellvertretende umweltpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Frank Schwabe:

Die intensive Debatte um die unkonventionelle Erdgasfoerderung traegt erste Fruechte. Das macht die Ankuendigung von Gernot Kalkofen deutlich, dass es bei sogenannten Fracking-Methode moeglich sei, giftige Substanzen durch ungiftige zu ersetzen.

Nach dieser Entwicklung ist aber auch klar: Wenn eine Foerderung ohne den Einsatz von Chemie moeglich erscheint, dann muss das jetzt die grundsaeztliche Anforderung sein. Und es muss alles getan werden dieses zu erreichen. Zu deutsch: vorher darf keine Foerderung stattfinden.

Sorge macht dagegen der Bericht von „Report Muenchen“. Der Vorwurf steht im Raum, dass das Unternehmen RWE Dea Erdgas mindestens fahrllaessig, wenn nicht vorsaeztlich, die Gesundheit von Menschen aufs Spiel gesetzt hat. Das macht umso mehr deutlich, dass es rund um die Erdgasfoerderung gesetzliche Defizite gibt. Deshalb muss eine umfassende moeglicherweise erweiterte Umweltvertraeglichkeitspruefung verpflichtend ohne Ausnahme sein. Ausserdem muessen Haftungsfragen geklaert werden.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 19. 3. 2012

Power-to-Gas – Energiespeicher mit Zukunft Strom in Wasserstoff oder synthetisches Erdgas umwandeln

In der zweiten Sitzung der Initiative Speichertechnologien der CDU/CSU-Bundestagsfraktion wurde am 19. März 2012 über die Technologie Power-to-Gas diskutiert. Dazu erklärt der Koordinator für Energiepolitik der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Thomas Bareiß:

„Mit Hilfe von Power-to-Gas kann Strom aus erneuerbaren Energien in Wasserstoff oder synthetisches Erdgas umgewandelt und im Erdgasnetz gespeichert werden oder in der Mobilität zum Einsatz kommen. Somit ist Power-to-Gas eine äußerst vielversprechende Speichertechnologie.“

Speichertechnologien sind ein entscheidender Baustein zum Gelingen der Energiewende. Mit zunehmendem Anteil der erneuerbaren Energien ist es notwendig, dass Speichertechnologien zur besseren Integration der erneuerbaren Energien entwickelt und in den Energiemarkt integriert werden. Experten gingen in der Anhörung davon aus, dass die Stromspeicherkapazitäten von derzeit 0,4 TW/h bis 2030 im zweistelligen TW/h

Bereich liegen müssen. Aus diesem Grund diskutiert die CDU/CSU-Bundestagsfraktion schon heute, wie diese Technologien gefördert werden können.

In der zweiten Sitzung der Initiative Speichertechnologien haben Vertreter aus Ministerien und Fraktion mit verschiedenen Speicherunternehmen über Möglichkeiten diskutiert, wie Power-to-Gas Technologien in den Energiemarkt integriert werden können. Auch mögliche Änderungen des Rechtsrahmens wurden von Unternehmen präsentiert und diskutiert. Die vorgestellten Power-to-Gas Technologien sind vielversprechend und zeigen deutlich die starke Rolle deutscher Unternehmen auf diesem Markt.

Mit der Einrichtung eines Referats für Speichertechnologien setzt das Bundeswirtschaftsministerium das richtige Zeichen für diese Zukunftstechnologie.

Für eine erfolgreiche Integration der erneuerbaren Energien sind jedoch nicht nur Speicher, sondern auch leistungsfähige Stromnetze und das Lastmanagement entscheidend. Mit den im Sommer verabschiedeten Energiegesetzen wurden diese Bereiche bereits adressiert. Weitere Anpassungen des Rechtsrahmens müssen folgen.“

Bundesministerium für Gesundheit Pressemitteilung vom 1. 2. 2012

Mehr Sicherheit für Patienten – weniger Bürokratie für die Apotheke

Novelle der Apothekenbetriebsordnung im Kabinett

Heute hat das Bundeskabinett die Novelle der Apothekenbetriebsordnung von Minister Bahr (Ministerversordnung) zur Kenntnis genommen. Der Verordnungsentwurf bedarf der Zustimmung des Bundesrates.

Die geltende Apothekenbetriebsordnung wurde 1987 in Kraft gesetzt. Sie regelt die sichere und gute Arzneimittelversorgung durch Apotheken. Das umfasst die Herstellung und Prüfung von Arzneimitteln, aber auch ihre Abgabe und die Beratung und Information von Patientinnen und Patienten. Eine Novellierung der Verordnung ist notwendig geworden, um sie an neue Entwicklungen und Erfahrungen aus der Praxis anzupassen.

So sind immer wieder in Apotheken hergestellte Arzneimittel beanstandet worden, weil deren Qualität nicht stimmte. Mit den vorgesehenen Regelungen zur verbesserten Dokumentation bei der Herstellung von Rezeptur Arzneimitteln soll die Qualität dieser Arzneimittel erhöht und eine Nachvollziehbarkeit der Rezepturerstellung ermöglicht werden.

Daneben stellen heute viele Apotheken spezielle Arzneimittel für Krebspatienten, wie sterile Infusionslösungen, her. Für solche Arzneimittelherstellungen reichen die derzeitigen allgemeinen Regelungen der Verordnung nicht aus und werdend daher konkretisiert.

Beratung und Information über Arzneimittel werden für Patientinnen und Patienten zunehmend wichtiger. Die Apothekenbetriebsordnung legt dazu deutlicher als bisher fest, dass die Apotheke so eingerichtet sein muss, dass die Vertraulichkeit der Beratung gewahrt und das Mithören des Beratungsgesprächs verhindert oder zumindest erschwert werden. Außerdem müssen Apotheken die Qualität der Beratung und anderer pharmazeutischer Tätigkeiten über ein Qualitätsmanagementsystem dauerhaft gewährleisten.

Detaillierte bürokratische Vorgaben in Bezug auf Laborausrüstung und wissenschaftliche Literatur werden abgebaut und der Verantwortung der Apothekenleitung überlassen.

Im Rahmen der ambulanten Betreuung schwer kranker Palliativpatienten mit teils unerträglichen Schmerzen, soll Ärztinnen und Ärzten künftig erlaubt werden, diesen Patienten die dringend notwendigen Schmerzmittel zu überlassen, um ihnen unverzüglich und verlässlich zu helfen. Die Regelungen dazu werden in weiteren Rechtsakten, die zu einer Änderung des Betäubungsmittelrechts sowie zu einer weiteren Ergänzung der Apothekenbetriebsordnung getroffen.

Die Novelle der Apothekenbetriebsordnung leistet insgesamt einen Beitrag zu mehr Arzneimittelsicherheit bei einem gleichzeitigen Abbau nicht mehr gerechtfertigter bürokratischer Lasten für die Apotheken.

Die Apothekenbetriebsordnung finden Sie hier:
http://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/dateien/Downloads/Gesetze_und_Verordnungen/Laufende_Verfahren/A/ApBetrO/120201_ApBetrO_VO.pdf

FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 1. 2. 2012

Mehr Sicherheit für Patienten – Weniger Bürokratie

Das Bundeskabinett hat der Novelle der Apothekenbetriebsordnung zugestimmt. FDP-Gesundheitsexperte Heinz Lanfermann lobte: „Dabei sind in allererster Linie die Patienten die Gewinner, weil die Qualitätsstandards in der Arzneimittelversorgung auf höchstem Niveau gesichert werden.“ Die christlich-liberale Koalition sorge weiter für Qualitätssteigerung und Bürokratieabbau im Gesundheitswesen. Mit den verbindlichen Regelungen zum Qualitätsmanagementsystem stelle die Koalition sicher, dass die Apotheken zukünftig ihre Kunden „noch besser über die Risiken und Nebenwirkungen beraten und gleichzeitig etwaige Herstellungsprozesse dokumentieren und nachvollziehbar gestalten müssten.“

Bürokratie abgebaut – Freiberuflichkeit gestärkt

Besserer Service und Qualitätssicherung würden auch dadurch sinnvoll verknüpft, dass der Botendienst generell erlaubt wird. „Dieser muss aber weiterhin eine individuelle Beratung durch pharmazeutisches Personal beinhalten“, unterstrich Lanfermann. Er hob hervor, dass daneben auch „überholte bürokratische Hürden“ abgebaut und die Freiberuflichkeit der Apotheker gestärkt würden.

„Wir Liberale haben beispielsweise die detaillierten Vorgaben zu wissenschaftlichen Hilfsmitteln und Gerätschaften aus der Apothekenbetriebsordnung gestrichen und in die Verantwortung der Apotheker gegeben“, führte Lanfermann aus. Damit könne dem wissenschaftlichen Fortschritt besser Rechnung getragen werden als mit starren Regelungen.

Bahr: Die Apothekenbetriebsordnung ist so etwas wie das Grundgesetz für Apotheken

Mit der Verabschiedung der Novelle der Apothekenbetriebsordnung sieht Bundesgesundheitsminister Daniel Bahr (FDP) die Rolle und Bedeutung der inhabergeführten Apotheke „eindeutig“ gestärkt. Im Interview mit DAZ.online sagte Bahr: „Ich sehe in der Betriebsordnung ganz eindeutig eine Stärkung der inhabergeführten Apotheke. Wir stellen den Grundgedanken der Beratung durch den Apothekeninhaber in den Mittelpunkt.“

Bahr unterstrich: „Die Apothekenbetriebsordnung ist so etwas wie das Grundgesetz für Apotheken.“ Da werde ein Rahmen vorgegeben und nicht jedes Detail geregelt. „Wir wollen, dass jeder Patient, der ein Arzneimittel bezieht, Anspruch auf eine gute Beratung erhält. Egal ob er das Arzneimittel in einer Offizin-Apotheke erhält oder über eine Versandapotheke bezieht.“ Wichtig sei, dass die Beratung im Mittelpunkt stehe und auch tatsächlich in Anspruch genommen werden könne.

FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 3. 2. 2012

FDP begrüßt Verbesserungen bei der Medikamentenvergabe für sterbende Patienten

Zur Ankündigung des Bundesgesundheitsministeriums, die Medikamentenvergabe für schwerstkranke und sterbende Patienten zu verbessern, erklärt der zuständige Berichterstatter der FDP-Bundestagsfraktion Michael Kauch:

Die FDP-Fraktion begrüßt das Engagement von Bundesgesundheitsminister Daniel Bahr für schwerstkranke und sterbende Patienten, die teils unerträgliche Schmerzen haben. Im Rahmen der ambulanten Betreuung dieser Palliativpatienten will der Minister Ärzten künftig erlauben, Patienten die dringend

notwendigen Schmerzmittel zu überlassen. Nach geltendem Recht muss ein Rezept geschrieben und das Medikament dann aus der Apotheke geholt werden. Am Wochenende und im ländlichen Raum ist dies für die Angehörigen oft schwierig, gerade wenn sie selbst hochbetagt sind.

Da Ärzte, die solche Schmerzmittel patientenfreundlich überlassen, sich rechtlichen Konsequenzen stellen müssen, hatte es bereits eine Petition an den Deutschen Bundestag gegeben. Das Bundesgesundheitsministerium kündigte nun an, das Betäubungsmittelrecht zu ändern und die Apothekenbetriebsordnung entsprechend zu ergänzen. Das FDP-geführte Ministerium hatte zuvor bereits die Schmerzmittel-Bevorratung für Hospize deutlich vereinfacht.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 7. 3. 2012

Chemnitzer Thor Steinar-Laden „Brevik“ muss geschlossen werden

Zur Debatte um den Chemnitzer Laden „Brevik“ der Vertriebsfirma der bei Neonazis beliebten Marke „Thor Steinar“ erklärt die stellvertretende Sprecherin fuer Strategien gegen Rechtsextremismus der SPD-Bundestagsfraktion Daniela Kolbe:

Mit der Eroeffnung eines Ladens mit dem Namen „Brevik“ zeigen die „Thor Steinar“-Macher mal wieder wes Geistes Kind sie sind. Das ist ein perfider und abtossender Versuch aus Massenmord ein Geschaeftsmodell zu machen. Dass bei ihren Kunden der rechtspopulistische norwegische Terrorist Breivik auf Sympathie trifft, wissen die „Thor Steinar“-Macher nur zu gut. Daran aendert auch die nun kurzfristig erfolgte Umbenennung nichts.

Widerstand gegen den Laden ist geboten. Wir unterstuetzen die Bestrebungen des Chemnitzer Buendnisses „Bunter Bruehl“ zivilgesellschaftlichen Protest gegen den Thor Steinar-Laden zu organisieren. Wir fordern den Vermieter auf, den Vertrag mit dem „Thor Steinar“-Vertreiber Mediatex aufzuloesen. Sollte er wirklich von den Betreibern des Geschaefts ueber dessen wahren Zweck arglistig getauscht worden sein, ist eine Aufloesung des Vertrags zulaessig. Dies ist auch in Faellen anderer „Thor Steinar“-Laeden geschehen und hielt juristischer Pruefung stand.

Denn auch jenseits des menschenverachtenden Namens ist das Modelabel „Thor Steinar“ eine Gefahr fuer unsere vielfaeltige demokratische Gesellschaft. „Thor Steinar“-Kleidung gilt als Identitaetsmerkmal der Neonaziszene. Das urspruengliche Logo der Kleidermarkt wurde verboten weil es ein nationalsozialistisches Emblem darstellt.

BGH-Pressmitteilung Nr. 204/2011 vom 21. 12. 2011

Verurteilung wegen Angriffs in Nürnberger U-Bahn rechtskräftig

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Beleidigung zu der Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten verurteilt und dem Nebenkläger dem Grunde nach Schadensersatz zugesprochen. Nach den Urteilsfeststellungen befanden sich die Beteiligten, die extrem unterschiedlicher politischer Auffassung sind, am 28. April 2010 in der Nürnberger U-Bahn. Der Geschädigte äußerte sich abfällig über eine Bauchtasche der Marke „Thor Steinar“, die eine Begleiterin des Angeklagten trug. Der Angeklagte versetzte daraufhin dem Geschädigten einen Fußtritt zunächst gegen den Solarplexus und – als der Geschädigte bereits am Boden lag – gegen sein Gesicht. Beide verließen sodann die U-Bahn in unterschiedlichen Richtungen. Am Bahnsteig erlitt der Geschädigte, was der Angeklagte nicht mehr wahrnahm, infolge des Angriffs einen Herzstillstand und brach zusammen. Er konnte nach etwa einer Stunde wiederbelebt werden. Nach den Feststellungen des Landgerichts ist der Geschädigte nur knapp dem Tode entgangen.

Die Staatsanwaltschaft und der als Nebenkläger zugelassene Geschädigte haben gegen das Urteil Revision eingelegt mit dem

Ziel, eine Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Totschlags zu erreichen. Der Bundesgerichtshof hat diese Revisionen als unbegründet verworfen (Beschluss vom 21. 12. 2011 – 1 StR 400/11). Nach den rechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen zum Geschehensablauf hat das Landgericht den Angeklagten im Ergebnis zutreffend wegen gefährlicher Körperverletzung (§ 224 StGB) und nicht wegen versuchten Totschlags verurteilt. Als der Angeklagte seinen Angriff nicht fortsetzte, sondern zeitgleich mit dem Geschädigten die U-Bahn verließ und sich sodann entfernte, wusste er nicht, dass er den Geschädigten bereits in extreme Lebensgefahr gebracht hatte. Deshalb scheidet eine Verurteilung wegen eines versuchten Tötungsdelikts – selbst wenn der Angeklagte mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt haben sollte – jedenfalls an einem strafbefreienden Rücktritt (§ 24 StGB).

Der Angeklagte hat seine auf Urteilsaufhebung gerichtete Revision zurückgenommen. Das Urteil ist damit rechtskräftig.

FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 29. 2. 2012

Linke Parteien im Steuererhöhungsrausch

Zu der Forderung der stellvertretenden Vorsitzenden der Linkspartei, Sahra Wagenknecht, nach einem Spitzensteuersatz in Höhe von 75 Prozent, erklärt der stellvertretende Vorsitzende und finanzpolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Volker Wissing:

Das linke Parteienspektrum in Deutschland begibt sich in einen zunehmend grotesker werdenden Steuererhöhungswettbewerb. Nachdem die Grünen den Spitzensteuersatz auf 49 Prozent anheben wollen, legt nun die stellvertretende Linksparteivorsitzende nach und fordert einen Spitzensteuersatz in Höhe von 75 Prozent für Deutschland. Das zeigt, dass die Debatte über den Spitzensteuersatz schon längst nicht mehr nach finanzpolitischen Gesichtspunkten, sondern als irrationale Neiddebatte geführt wird.

SPD, Grüne und Linke wollen das Steuerrecht zu einem Strafrecht umfunktionieren, welches die Leistung der Bürgerinnen und Bürger konsequent abschöpfen soll. Für die Linksparteien ist Leistung kein konstruktiver Beitrag zur Finanzierung unseres Gemeinwesens, sondern ein Verhalten, welches systematisch bekämpft werden muss. Das zeigt deutlich, wie sehr in diesen Parteien der Blick für die Zusammenhänge verloren gegangen ist. Leistung ist kein feindlicher Akt, sondern ein Beitrag zur Finanzierung des Sozialstaates. Der Staat sollte deshalb Leistung fördern und nicht sanktionieren.

Der Steuererhöhungsrausch der Linksparteien zeigt, wie wichtig die FDP in Deutschland als finanzpolitisches Korrektiv ist. Die FDP lehnt eine Erhöhung des Spitzensteuersatzes weiter ab. Die Erfolge der Haushaltskonsolidierung beruhen auf wachstumsbedingten Mehreinnahmen. Eine höhere Steuerbelastung Einzelner ist insoweit nicht nur überflüssig, sondern schädlich.

FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 21. 2. 2012

SPD will privat Versicherte enteignen

Zum heute bekannt gewordenen Konzept der SPD für die zukünftige Finanzierung der gesetzlichen Pflegeversicherung erklärt der gesundheitspolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Heinz Lanfermann:

Wenn die SPD vorschlägt, auf den angesparten Kapitalstock der privaten Pflegeversicherung von über 20 Milliarden Euro zuzugreifen, ist das nur der wiederholte, untaugliche Versuch, die privat Versicherten zu enteignen und ein demographiefestes Finanzierungssystem zu zerstören. Die Altersrückstellungen gehören den Versicherten und sind aufgrund der zivilrechtlichen Verträge über das in Art. 14 GG verbriefte Grundrecht auf Eigentum gesichert. Ein Zugriff auf diese Gelder ist schlichtweg verfassungswidrig.

Die Forderung der SPD, jedes Jahr der privaten Pflegeversicherung eine Milliarde Euro zu entziehen und der gesetzlichen Pflegeversicherung zuzuführen, löst keine Probleme, zerstört aber die Pflegevorsorge von neun Millionen privat Versicherten. Bei jährlichen Beitragseinnahmen von etwa zwei Milliarden Euro und laufenden Leistungsausgaben von 700 Millionen Euro bedeutet die angekündigte Zwangsabgabe, dass viel zu wenig Geld für die notwendigen Altersrückstellungen verbleiben würde. Durch diese unrealistische Rechnung zeigt die SPD, dass sie den Unterschied zwischen der gesetzlichen und der privaten Pflegeversicherung nicht versteht. Während die gesetzliche Pflegeversicherung wegen der demographischen Probleme nur mit steigenden Beiträgen die Lasten der Zukunft bewältigen kann, ist die private Pflegeversicherung aufgrund der Altersrückstellungen preisstabil und zukunftssicher. Deshalb kann es auch kein Argument für eine Umverteilung sein, dass die private Pflegeversicherung im Durchschnitt weniger ausgibt als die Gesetzliche, denn sie wird die entsprechenden demographisch bedingten Mehrbelastungen in der Zukunft haben.

FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 16. 2. 2012

Piraten greifen Rechtskultur an

Zu der heute geäußerten Forderung vom Chef der Piraten-Partei, Sebastian Nerz, zur Reform des Urheberrechts erklärt der Berichterstatter der FDP-Bundestagsfraktion für das Urheberrecht Stephan Thomae:

Wer das deutsche Urheberrecht als veraltet bezeichnet, sollte nicht versuchen, es mit untauglichen Mitteln zu reformieren. Ob der Urheberrechtsschutz 70 Jahre oder 10 Jahre nach dem Tod des Urhebers endet ist für die schnelllebige Welt des Internet nicht die entscheidende Frage. Die Schutzfristendiskussion ist ein absoluter Nebenschauplatz. Entscheidend ist, dass die Piraten offenbar unsere Rechtskultur, den Respekt vor rechtmäßig erworbenen Eigentum und vor dem geistigen Eigentum grundsätzlich in Frage stellen. Dieser Angriff trifft eine Kreativwirtschaft mit einer Millionen Beschäftigten und über drei Prozent Wertschöpfung des Bruttoinlandsproduktes.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 16. 2. 2012

Vertriebene: Gefährliche Kampagne des Eigentümergebietes Ost

Zur Initiative des Eigentümergebietes Ost e.V. für Eigentumsansprüche von Heimatvertriebenen erklärt Cornelia Behm, Mitglied der deutsch-polnischen Parlamentariergruppe:

Wir fordern den Eigentümergebiet Ost e.V. dringend auf, seine Initiative für Eigentumsansprüche von Heimatvertriebenen einzustellen. Diese Initiative ist für die deutsch-polnischen und die deutsch-tschechischen Beziehungen extrem schädlich. Sie erschwert die Aufarbeitung des Vertreibungsunrechts und des Leides aller Vertriebenen des Zweiten Weltkriegs auf allen Seiten der Grenzen.

Wer die Aufarbeitung der Vertreibungen in Polen und Tschechien voranbringen will, muss unmissverständlich die Verbrechen des Nationalsozialismus in Osteuropa verurteilen. Erst der von den Nationalsozialisten begonnene verbrecherische Zweite Weltkrieg hat es Stalin ermöglicht, seine menschenverachtende und mörderische Politik nach Osteuropa und Ostdeutschland zu tragen und Polen und Deutsche zwecks Vergrößerung seines eigenen Staates zu vertreiben.

Die Grenzen von Deutschland mit Polen und Tschechien stehen so fest wie die Ostgrenze Polens. Eigentumsansprüche sind auch juristisch haltlos. Weil der Eigentümergebiet Ost all diese Klarstellungen versäumt, nimmt er bewusst in Kauf, dass seine Aktivitäten als revanchistisch und rechtsextrem eingeordnet werden. Dass er auch noch Eigentums- und Entschädigungsforderungen erhebt, ruft bei den Betroffenen in unseren Nachbarländern Ängste hervor und bestätigt alte Ressentiments.

Eine ernsthafte Aufarbeitung der Vertreibungen wird so erschwert – an dessen Ende Aussöhnung stehen muss, und die Erkenntnis, dass sich Vertreibung nirgends und niemals mehr wiederholen darf.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 14. 12. 2011

SPD-Bundestagsfraktion will Öffnung der Ehe

Anlaesslich des Antrages der Bundestagsfraktion der SPD zur Öffnung der Ehe (für gleichgeschlechtliche Partnerschaften) erklären der Beauftragte der SPD-Bundestagsfraktion für die Belange von Lesben und Schwulen, Johannes Kahrs, die zuständige Sprecherin der Arbeitsgruppe für Familie, Senioren, Frauen und Jugend Christel Humme und Sonja Steffen:

Die SPD-Bundestagsfraktion hat einstimmig beschlossen, einen Antrag für die Öffnung der Ehe in den Bundestag einzubringen. Die Erweiterung der Ehe auch auf gleichgeschlechtliche Partnerschaften ist der logische Schlusspunkt einer jahrelangen Entwicklung. Viel zu lange haben die Gerichte entschieden, was CDU und CSU stets mit Zähnen und Klauen verhindern wollten: eine Angleichung von Lebenspartnerschaften und Ehe in Trippelschritten war die Folge.

Eine völlige rechtliche Gleichstellung mit der Ehe – insbesondere im Steuer- und Adoptionsrecht – ist damit nur eine Frage der Zeit.

Spätestens dann ist es aber völlig absurd, zwei verschiedene Rechtsinstitute beizubehalten. Der Gesetzgeber sollte sich dieser Peinlichkeit gar nicht erst aussetzen. Darum hat die SPD als Partei auf ihrem jüngsten Bundesparteitag die Öffnung der Ehe mit grosser Mehrheit beschlossen. Die Bundestagsfraktion lässt nun darauf Taten folgen.

Der Antrag „Recht auf Eheschliessung auch gleichgeschlechtlichen Paaren ermöglichen“ wurde gestern in der Sitzung der Bundestagsfraktion einstimmig angenommen und wird schnellstmöglich in den Bundestag eingebracht werden.

Inhaltlich stimmen hier SPD, FDP, Grüne und Linke überein. CDU/CSU sind in ihrem Widerstand gänzlich isoliert. Wir fordern die Union daher auf, ihre unhaltbare Position aufzugeben und sich Gerechtigkeit und Gleichstellung nicht weiter zu widersetzen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 27. 3. 2012

Freiwillige Feuerwehr nicht gefährden Derzeitige Rechtslage soll beibehalten werden

Der Deutsche Feuerwehrverband (DFV) befürchtet enorme Nachteile für die Freiwilligen Feuerwehren durch eine eventuelle Änderung im Anwendungsbereich der EU-Arbeitszeitrichtlinie. Dazu erklärt der kommunalpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Götz:

„In der heutigen Sitzung der AG Kommunalpolitik erhielt DFV-Präsident Hans-Peter Kröger für seine klare Positionierung politische Unterstützung von den Kommunalpolitikern in der CDU/CSU-Bundestagsfraktion. Eine generelle Einbeziehung der Angehörigen der Freiwilligen Feuerwehren in die europäische Arbeitszeitrichtlinie, die in nationales Recht umzusetzen wäre, würde die Freiwilligen Feuerwehren und andere ehrenamtliche Hilfsorganisationen gefährden.“

Deshalb setzen wir uns für eine Beibehaltung der derzeitigen Rechtslage ein. Es muss dabei bleiben: Ehrenamtliche Mitglieder der Freiwilligen Feuerwehren gelten in Deutschland nicht als Arbeitnehmer und unterfallen nicht dem Arbeitszeitgesetz. Ehrenamtliches Engagement, ob in der Freiwilligen Feuerwehr, im THW oder in anderen Hilfsorganisationen darf grundsätzlich nicht als Arbeitszeit definiert werden.“

Hintergrund:

Wenn die ehrenamtliche Tätigkeit bei den Freiwilligen Feuerwehren wie ein Arbeitsverhältnis gewertet würde, müsste diese Tätigkeit arbeitszeitrechtlich bezüglich der Arbeitszeiten und der Ruhezeiten mit einer beruflichen Tätigkeit zusammenge-

rechnet werden. Außerdem würde ein solcher Dienst die Ruhezeit nach der Arbeit unterbrechen, sodass der Arbeitnehmer im Anschluss an den Feuerwehrdienst erst nach 11 Stunden Ruhezeit wieder beschäftigt werden dürfte.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 19/2011 vom 3. 3. 2011

Verfassungsbeschwerde gegen die Neufassung des Bauforderungssicherungsgesetzes erfolglos

Das Gesetz über die Sicherung der Bauforderungen (Bauforderungssicherungsgesetz – BauFordSiG) dient dem Zweck, Bauhandwerker und andere Baubeteiligte, die mit ihren Arbeiten in Vorleistung treten, vor Forderungsausfällen, insbesondere bei einem Bankrott des Bauunternehmers, zu schützen. Vor dem Hintergrund, dass vor allem Handwerker und mittelständische Bauunternehmen in den neuen Bundesländern seit längerer Zeit erhebliche Forderungsausfälle und daraus resultierende teilweise existenzbedrohende Liquiditätsschwierigkeiten beklagt hatten, wurde das Bauforderungssicherungsgesetz durch Artikel 3 des Gesetzes zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen vom 23. Oktober 2008 novelliert. Insbesondere wurde die Vorschrift des § 1 BauFordSiG ausgeweitet, die den Empfänger von Baugeld verpflichtet, dieses nur zur Befriedigung von Forderungen solcher Personen zu verwenden, die an der Herstellung des Baus aufgrund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrags beteiligt waren. Von dieser Baugeldverwendungspflicht sollten nunmehr alle Gelder erfasst werden, die ein Unternehmer in der Kette nach dem Bauherrn erhält. § 2 BauFordSiG enthält einen die Fälle einer Zuwiderhandlung regelnden Straftatbestand, der im Wesentlichen der früher in § 5 erfassten Strafbestimmung entspricht.

Die Beschwerdeführerin zu 1), eine GmbH, ist ein Bauunternehmen mit den Schwerpunkten Verkehrswegebau, Ingenieurhoch- und -tiefbau, Rekonstruktion von Bestandsbauwerken sowie Schlüsselfertigbau. Der Beschwerdeführer zu 2) ist Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter der Beschwerdeführerin zu 1). Mit der Verfassungsbeschwerde rügen die Beschwerdeführer eine Verletzung ihrer Berufsfreiheit und des allgemeinen Gleichheitssatzes. Zudem verstoße die Strafvorschrift in § 2 BauFordSiG gegen das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) und gegen die Unschuldsvermutung aus Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 11 AEMR, Art. 6 EMRK.

Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 27. 1. 2011 – 1 BvR 3222/09). Soweit die Beschwerdeführer eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes, des Bestimmtheitsgebots und der Unschuldsvermutung geltend machen, ist die Verfassungsbeschwerde unzulässig, weil sie nicht hinreichend substantiiert begründet worden ist. Im Übrigen ist sie unbegründet, da die Beschwerdeführer durch die angegriffenen Regelungen nicht in ihrer durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit verletzt werden.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

Die durch die Neufassung des Bauforderungssicherungsgesetzes in ihrem Anwendungsbereich erheblich ausgeweitete Pflicht zur zweckentsprechenden Verwendung von Baugeld greift zwar in das Grundrecht der Berufsfreiheit ein. Die Verpflichtung, empfangenes Baugeld entsprechend den gesetzlichen Vorgaben zu verwenden, beeinträchtigt nicht nur die Beschwerdeführerin zu 1) in diesem Grundrecht, sondern auch den Beschwerdeführer zu 2), da ihm in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer im Falle einer Zuwiderhandlung Sanktionen in Form von Schadensersatzansprüchen und Strafbarkeit drohen.

Der Eingriff ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. § 1 BauFordSiG genügt den sich aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG ergebenden Bestimmtheitsanforderungen. Der Vorschrift ist das klare Handlungsgebot zu entnehmen, empfangenes Baugeld zur Befriedigung von Forderungen der im Gesetz genannten Personen zu verwenden. Weiter folgt aus Wortlaut, Zweck und Ent-

stehungsgeschichte der Norm eindeutig, dass Baugeld nur zur Befriedigung solcher Baugläubiger eingesetzt werden darf, die für genau die Baustelle tätig geworden sind, für die das Baugeld gegeben wurde. Die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Maße ein Baugeldempfänger das Baugeld vor dem Zugriff Dritter zu sichern hat, lässt sich mit allgemeinen Auslegungsgrundsätzen beantworten. § 1 Abs. 1 Satz 1 BauFordSiG steht ferner nicht in einem rechtsstaatlich bedenklichen Normwiderspruch zum Insolvenzrecht.

Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit genügt auch materiell den verfassungsrechtlichen Anforderungen, da er durch das Ziel des Bauforderungssicherungsgesetzes und seiner Novellierung, nämlich Bauhandwerker und andere Baubeteiligte vor Forderungsausfällen zu schützen, legitimiert ist.

Derzeit ist nicht festzustellen, dass die angegriffenen Regelungen zur Erreichung dieses Zwecks nicht geeignet wären. Im Rahmen seines weitgehenden Einschätzungs- und Prognosepielraums durfte der Gesetzgeber davon ausgehen, dass die praktische Bedeutung der Regelungen steigen würde. Es ist auch nicht zu erkennen, dass die angegriffene Baugeldverwendungspflicht zur Zweckerreichung ungeeignet wäre, weil sie den Baugläubigern aufgrund insolvenzrechtlicher Regelungen keinen wirksamen Schutz bieten könnte. Denn dadurch würden das Verbot, Baugeld selbst zu verbrauchen oder an Dritte zu zahlen, und die aus einem Verstoß resultierenden Schadensersatzansprüche von Baugläubigern nicht beeinträchtigt.

Gegen die Erforderlichkeit des Eingriffs bestehen derzeit ebenfalls keine Bedenken. Dies gilt auch für die Pflicht einer baustellenspezifischen Verwendung des Baugeldes. Eine Lockerung dieser Verpflichtung würde zwar, wie von der Bundesregierung und den Fraktionen von CDU/CSU und SPD im Jahr 2009 in ihren Gesetzentwürfen zur Änderung des Bauforderungssicherungsgesetzes vertreten, für Baugeldempfänger ein erheblich größeres Maß an Flexibilität und eine geringere Beeinträchtigung ihrer Liquidität mit sich bringen. Nach den schlüssigen Einwänden des Bundesrates lässt sich jedoch nicht feststellen, dass eine gelockerte Baugeldverwendungspflicht in jeder Hinsicht zur Zweckerreichung gleich geeignet wäre. Denn nach Einschätzung des Bundesrats würde zum einen eine Aufhebung der Verpflichtung zur baustellenspezifischen Verwendung dazu führen, dass überschuldete Bauträger und Generalunternehmer „im Schneeballsystem immer wieder «alte Löcher stopfen»“ und sich zu Lasten der am jeweils jüngsten Projekt beteiligten Subunternehmer länger am Markt halten könnten. Zum anderen, so die weitere Prognose des Bundesrats, würde der Wegfall der Verpflichtung zur baustellenspezifischen Verwendung dazu führen, dass der Schutz von Subunternehmern nicht mehr praktikabel gewährleistet wäre.

Der Eingriff ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Zwar wird die Beschwerdeführerin zu 1) durch die Baugeldverwendungspflicht erheblich in ihrer wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beeinträchtigt, da sie das Baugeld nicht dazu benutzen darf, ältere Forderungen aus anderen Baumaßnahmen zu begleichen, und damit für sie die Möglichkeit eines „Cash-Poolings“ im Rahmen des Liquiditätsmanagements entfällt. Sie wird daher in größerem Umfang als bisher auf Eigenkapital oder Zwischenfinanzierungen angewiesen sein. Darüber hinaus bringt die Baugeldverwendungspflicht für sie einen erhöhten Verwaltungsaufwand mit sich.

Die Beschränkung der Liquidität von Baugeldempfängern wird jedoch durch das Entnahmerecht für Eigenleistungen nach § 1 Abs. 2 BauFordSiG abgemildert. Die gleichwohl verbleibenden erheblichen Beeinträchtigungen der Beschwerdeführer stehen nicht außer Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber legitimerweise bezweckten Schutz der Baugläubiger vor Forderungsausfällen. Angesichts des Volumens, das die Forderungsausfälle in der Bauwirtschaft erreicht haben, und der teilweise existenziellen wirtschaftlichen Folgen, die sich daraus insbesondere für Bauhandwerker ergeben, darf der Gesetzgeber auch solche Schutzmaßnahmen ergreifen, die die Berufsausübungsfreiheit der Baugeldempfänger erheblich einschränken.

Angesichts der prognostischen Unwägbarkeiten hinsichtlich der Auswirkungen gesetzgeberischer Maßnahmen zum Schutz des Bauhandwerks vor Zahlungsausfällen wird der Gesetzgeber jedoch, so die Kammer abschließend, die weitere Entwicklung zu beobachten haben, um gegebenenfalls korrigierend einzugreifen zu können.

BGH-Pressmitteilung Nr. 172/2011 vom 27. 10. 2011

DENIC muss Domainnamen in Fällen eindeutigen Missbrauchs löschen

Der Kläger ist der Freistaat Bayern, dessen Staatsgebiet in sieben Regierungsbezirke unterteilt ist. Die Beklagte ist die DENIC, eine Genossenschaft, die die Domainnamen mit dem Top-Level-Domain „.de“ vergibt. Der Kläger hat festgestellt, dass unter dieser Top-Level-Domain zugunsten mehrerer Unternehmen mit Sitz in Panama sechs Domainnamen registriert wurden, die aus dem Wort „regierung“ und dem Namen jeweils einer seiner Regierungsbezirke gebildet wurden (z. B. „regierung-oberfranken.de“). Der Kläger, der für seine Regierungsbezirke ähnliche Domainnamen registrieren lassen (z. B. „regierung.oberfranken.bayern.de“), verlangt von der Beklagten, die Registrierung dieser Domainnamen aufzuheben. Landgericht und Oberlandesgericht Frankfurt a.M. haben der Klage stattgegeben.

Nachdem die umstrittenen Domainnamen inzwischen gelöscht worden und diese Domainnamen für den Kläger registriert sind, hat der Kläger den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Da sich die Beklagte der Erledigungserklärung nicht angeschlossen hatte, musste heute darüber entschieden werden, ob die Klage ursprünglich begründet war. Diese Frage hat der BGH in seinem heute verkündeten Urteil bejaht und der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegt (Urteil vom 27. 10. 2011 – I ZR 131/10 – regierung-oberfranken.de).

Zwar treffen die DENIC, die die Aufgaben der Registrierung der Domainnamen ohne Gewinnerzielungsabsicht erfüllt, nach der Entscheidung „ambiente.de“ des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 17. Mai 2001 – I ZR 251/99, BGHZ 148, 13) nur eingeschränkte Prüfungspflichten. Bei der Registrierung selbst, die in einem automatisierten Verfahren allein nach Prioritäts Gesichtspunkten erfolgt, muss keinerlei Prüfung erfolgen. Aber auch dann, wenn die DENIC auf eine mögliche Rechtsverletzung hingewiesen worden ist, ist sie nur dann gehalten, die Registrierung des beanstandeten Domainnamens zu löschen, wenn die Rechtsverletzung offenkundig und für sie ohne weiteres feststellbar ist. Diese Voraussetzungen lagen im Streitfall vor. Bei den Namen, auf deren Verletzung der Kläger die DENIC hingewiesen hat, handelt es sich um offizielle Bezeichnungen der Regierungen bayerischer Regierungsbezirke. Aufgrund eines solchen Hinweises kann auch ein Sachbearbeiter der DENIC, der über keine namensrechtlichen Kenntnisse verfügt, ohne weiteres erkennen, dass diese als Domainnamen registrierten Bezeichnungen allein einer staatlichen Stelle und nicht einem in Panama ansässigen privaten Unternehmen zustehen.

Hinw. d. Red.: Zur erstinstanzlichen Entscheidung des LG Frankfurt/M. s. Dingeldey GuT 2009, 415.

BGH-Pressmitteilung Nr. 040/2012 vom 28. 3. 2012

Bundesgerichtshof zur Internetauktion eines Vertu-Handys

Die Beklagte bot auf der Internetplattform eBay im Rahmen einer Auktion unter Hinzufügung eines Fotos ein Handy zum Verkauf unter der Bezeichnung „Vertu Weiss Gold“ ohne Festlegung eines Mindestpreises zu einem Startpreis von 1 € an. Zur Beschreibung heißt es in dem Angebot, dass der Zustand gebraucht sei. Außerdem teilte die Beklagte dazu Folgendes mit:

„Hallo an alle Liebhaber von Vertu

Ihr bietet auf ein fast neues Handy (wurde nur zum ausprobieren ausgepackt). Weist aber ein paar leichte Gebrauchsspuren auf (erwähne ich ehrlichkeit halber). Hatte 2 ersteigert und mich für das gelb goldene entschieden. Gebrauchsanweisung

(englisch) lege ich von dem gelb goldene bei, das andere habe ich auch nicht bekommen. Dazu bekommt ihr ein Etui, Kopfhörer und Ersatzakku. Privatverkauf, daher keine Rücknahme. Viel Spaß beim Bieten.“

Der Kläger gab ein Maximalgebot von 1999 € ab und erhielt für 782 € den Zuschlag. Die Annahme des seitens der Beklagten angebotenen Handys verweigerte er mit der Begründung, dass es sich um ein Plagiat handele. Der Kläger hat behauptet, dass ein Original des von der Beklagten angebotenen Handys 24.000 € koste. Die auf Zahlung von 23.218 € Schadensersatz (24.000 € abzüglich des Kaufpreises von 782 €) nebst Zinsen und vorgerichtlichen Rechtsanwaltsgebühren gerichtete Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg.

Die dagegen gerichtete Revision des Klägers führte zur Aufhebung des Berufungsurteils (Urteil vom 28. 3. 2012 – VIII ZR 244/10). Der unter anderem für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass der zwischen den Parteien zustande gekommene Kaufvertrag entgegen der Annahme des Berufungsgerichts OLG Saarbrücken nicht als sogenanntes wucherähnliches Rechtsgeschäft gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist. Zwar entspricht es der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass Rechtsgeschäfte, bei denen ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, dann nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind, wenn weitere Umstände, wie etwa eine verwerfliche Gesinnung hinzutreten. Auf eine derartige Gesinnung kann beim Verkauf von Grundstücken und anderen hochwertigen Sachen regelmäßig geschlossen werden, wenn der Wert der Leistung annähernd doppelt so hoch ist wie der der Gegenleistung. Von einem solchen Beweisanzeichen kann bei einer Onlineauktion jedoch nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Denn die Situation einer Internetversteigerung unterscheidet sich grundlegend von den bisher entschiedenen Fällen, in denen sich in den Vertragsverhandlungen jeweils nur die Vertragsparteien gegenüberstanden.

Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann auch eine Beschaffenheitsvereinbarung des Inhalts, dass es sich bei dem angebotenen Mobiltelefon um ein Original Exemplar der Marke Vertu handelt, nicht verneint werden. Das Berufungsgericht meint, gegen die Annahme einer entsprechenden Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs. 1 Satz 1) spreche „vor allem“ der von der Beklagten gewählte Startpreis der Auktion von 1 €. Diese Begründung trägt nicht. Das Berufungsgericht verkennt, dass dem Startpreis angesichts der Besonderheiten einer Internetauktion im Hinblick auf den Wert des angebotenen Gegenstandes grundsätzlich kein Aussagegehalt zu entnehmen ist. Denn der bei Internetauktionen erzielbare Preis ist von dem Startpreis völlig unabhängig, da er aus den Maximalgeboten der Interessenten gebildet wird, so dass auch Artikel mit einem sehr geringen Startpreis einen hohen Endpreis erzielen können, wenn mehrere Bieter bereit sind, entsprechende Beträge für den Artikel zu zahlen.

Aus diesen Gründen kann dem Berufungsgericht schließlich auch insoweit nicht gefolgt werden, als es den geltend gemachten Schadensersatzanspruch mit der Hilfsbegründung verneint hat, dem Kläger sei der – unterstellte – Mangel der Unechtheit des von der Beklagten angebotenen Mobiltelefons infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben (§ 442 Abs. 1 Satz 2 BGB), weil es erfahrungswidrig sei, dass ein Mobiltelefon mit dem von dem Kläger behaupteten Wert zu einem Startpreis von 1 € auf einer Internetplattform angeboten werde.

Die Sache wurde an das Berufungsgericht zurückverwiesen, damit dieses die noch erforderlichen Feststellungen treffen kann, auf deren Grundlage das Berufungsgericht in umfassender Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen haben wird, ob das Angebot der Beklagten aus der Sicht eines verständigen Empfängers ein Originalgerät der Marke Vertu zum Gegenstand hatte.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 26. 1. 2012

Urteil zu Videoüberwachung ist zu begrüßen Öffentlichen Raum sicher machen

Das Bundesverwaltungsgericht hat am gestrigen Mittwoch die Videoüberwachung der Hamburger Reeperbahn für rechtmäßig erklärt. Dazu erklärt der stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, Günter Krings:

„Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion begrüßt das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Videoüberwachung. Damit ist unsere Position bestätigt: Videoüberwachung ist zulässig und angemessen, um den öffentlichen Raum sicherer zu machen. Es ist richtig, dass die Bilder zur Gefahrenabwehr und, soweit nötig, für das Strafverfahren aufgenommen werden dürfen. Wir dürfen nicht vergessen, dass allein im Jahr 2010 die Anzahl der Taschendiebstähle um 12,5% gegenüber 2009 angestiegen ist. An besonderen Brennpunkten müssen Kriminelle damit rechnen, dass sie aufgezeichnet und identifiziert werden können. Das schreckt ab. Somit hilft die Videoüberwachung dem Staat, seinem grundgesetzlichen Schutzauftrag gegenüber den Bürgern nachzukommen.“

Hintergrund:

Das Urteil war ergangen, nachdem eine Hamburger Klägerin sich von einer Kamera vor ihrer Haustür auf der Reeperbahn beobachtet fühlte. Sie bekam in zwei Instanzen zunächst teilweise Recht. Das oberste deutsche Verwaltungsgericht hat nun jedoch festgestellt, dass die Videoüberwachung zwar das Grundrecht der Anwohnerin auf informationelle Selbstbestimmung berühre, dies aber in einer Abwägung mit dem Sicherheitsinteresse der Öffentlichkeit hinzunehmen sei.

Die Steigerung des Taschendiebstahls ergibt sich aus den Zahlen der Polizeilichen Kriminalitätsstatistik 2010 des Bundesministeriums des Innern.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 31. 1. 2012

Deutsche Rohstoff-Allianz notwendig, aber überfällig Europäische Aktivitäten müssen gebündelt werden

Die Deutsche Industrie hat angesichts der drohenden Rohstofflücke eine „Allianz zur Rohstoffsicherung“ gegründet. Die Vereinigung, an der unter anderem BASF, Bayer, Bosch und Thyssen-Krupp beteiligt sind, will eine international tätige Rohstoffgesellschaft aufbauen, um an günstige Rohstoffe zu kommen. Dazu erklärt der wirtschaftspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Joachim Pfeiffer:

„Die ‚Allianz zur Rohstoffsicherung‘ der deutschen Industrie ist zu begrüßen. Es ist ein längst überfälliger erster Schritt in die richtige Richtung, der aber noch nicht ausreicht. Noch vor 20 Jahren agierten deutsche Unternehmen als globale Spieler im Rohstoffbereich. Es gab große Rohstoffhandels- und Rohstoffgewinnungsgesellschaften, die Weltmarktführer waren. Ganze Branchen wie beispielsweise die Stahlindustrie hatten umfangreiche Beteiligungen an Rohstoffvorkommen.“

Die Aktivitäten in diesem Bereich aufzugeben, war aus heutiger Sicht kurzfristig und eine kollektive Fehlentscheidung der deutschen Wirtschaft. Der direkte, strategische Zugriff auf wichtige Rohstoffe sowie das damit verbundene Know-how gingen verloren. Die vertikale Wertschöpfungskette wurde durchtrennt. Dies rächt sich jetzt.

Die Rohstofffrage stellt sich dringender denn je. Unser Land zählt zu den größten Rohstoffkonsumenten der Welt. Allein im Jahr 2010 hat Deutschland für fast 110 Milliarden Euro Rohstoffe importiert. China hat sich in einer Reihe von Entwicklungsländern einen fast exklusiven Zugang zu bestimmten Rohstoffen gesichert. Die große Nachfrage aufstrebender

Volkswirtschaften, wie China und Indien, schlägt sich in den Rohstoffpreisen und in den Angebotsengpässen nieder. Es besteht also seit längerem dringender Handlungsbedarf.

Die Bundesregierung unterstützt die Wirtschaft bereits mit Rohstoffpartnerschaften und der Rohstoffstrategie. Eine langfristige, sichere Rohstoffversorgung kann die Politik aber nicht allein leisten. Es ist wichtig, dass sich die Wirtschaft auch selbst engagiert. Die ‚Allianz zur Rohstoffsicherung‘ ist ein notwendiger Schritt, um die Kräfte zu bündeln. Das wird aber nicht ausreichen. Jetzt gilt es, diesen Weg konsequent weiterzugehen – national und insbesondere auch europäisch. Die deutsche Initiative könnte Nukleus für gebündelte europäische Aktivitäten auf diesem Feld sein. Das ist ein langer und nicht einfacher aber sicher lohnenswerter Prozess. Die christlich-liberale Koalition bietet dabei ihre Unterstützung an und ist jederzeit für Gespräche offen.“

FDP-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 22. 3. 2012

Druck auf Piraten muss erhöht werden

Zur Ausweitung des Atalanta-Mandats zur Pirateriebekämpfung auf Einsätze am Strand erklärt der außenpolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Rainer Stinner:

Die anhaltende Gefährdung der Schifffahrt vor Somalia ist ein ernstes Problem. Deshalb ist es richtig, den Druck auf die Piraten zu erhöhen. Als nächster Schritt in diese Richtung soll jetzt auch die Infrastruktur von Piraten am Strand angegriffen werden. Das ist eine sinnvolle Maßnahme, die wir unterstützen. Die genaue Ausgestaltung des Mandats für die Bundeswehr muss die Bundesregierung in ihrem Mandatsantrag deutlich machen. Anschließend muss sich der Bundestag zügig damit befassen.

Auch für Piraten muss gelten: Verbrechen lohnt sich nicht! Deshalb müssen wir die Ausübung der Piraterie mit verschiedenen Maßnahmen erschweren, also die Kosten für die Piraten erhöhen. Es muss uns aber auch klar sein, dass dies nur eine Einzelmaßnahme im Kampf gegen die Piraterie ist. Es reicht nicht, nur die Kosten für die Piraten zu erhöhen, auch das Risiko der Verhaftung muss erhöht werden. Dazu müssen wir unsere Anstrengungen auf dem Gebiet der Strafverfolgung verstärken. Es reicht nicht, wenn wir nur Piraten verhaften, die wir bei einem Angriff auf ein Schiff aufgreifen. Wir müssen das gesamte kriminelle Netzwerk der Piraten aufdecken, ihre Geldwäsche bekämpfen und die Hintermänner der Piraten an Land verhaften und vor Gericht stellen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 29. 3. 2012

Schwerpunktstaatsanwaltschaft bedeutet mehr Rechtssicherheit für Soldaten Soldaten im Auslandseinsatz stehen vor ganz besonderen Herausforderungen

Die Bundesregierung hat am 28. März 2012 den Entwurf eines Gesetzes für einen Gerichtsstand bei besonderer Auslandsverwendung der Bundeswehr beschlossen. Danach soll künftig ausschließlich die Staatsanwaltschaft Kempten (Allgäu) Ermittlungen bei dem Verdacht auf Straftaten von Soldaten in Auslandseinsätzen führen. Hierzu erklären die rechtspolitische Sprecherin der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Andrea Voßhoff und der verteidigungspolitische Sprecher, Ernst-Reinhard Beck:

„Wir begrüßen die Entscheidung, Ermittlungen zu mutmaßlichen Straftaten von Soldaten in Auslandseinsätzen bei einer Staatsanwaltschaft zu bündeln. Dies wird dazu beitragen, die früher sehr langwierigen Verfahren gegen Soldaten zu beschleunigen. Auch werden die Besonderheiten von Auslandseinsätzen bessere Berücksichtigung finden können.“

GUT

G 58438

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH,
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

Die Ermittlungen bei Straftaten im Auslandseinsatz sind mit den Ermittlungen bei Straftaten in Deutschland kaum zu vergleichen. Soldaten im Auslandseinsatz stehen vor ganz besonderen Herausforderungen und bekämpfen dort einen militärisch ausgebildeten und zumeist sehr gut bewaffneten Gegner. Soldaten müssen in Sekundenbruchteilen Entscheidungen treffen und ihr Handeln hat oftmals schwerwiegende Folgen.

Die Einrichtung einer Schwerpunktstaatsanwaltschaft hilft allen Beteiligten. Es wird verhindert, dass Zuständigkeiten zersplittert werden. Gleichzeitig wird sichergestellt, dass die Staatsanwaltschaft militärische Abläufe und die Rahmenbedingungen der verschiedenen Auslandseinsätze kennt.

Soldaten, die unter Einsatz ihres Lebens deutsche Interessen im Auslandseinsatz verteidigen, haben ein Recht auf ein faires und zügiges Verfahren. Waffeneinsatz in kriegsähnlichen Zuständen unterscheidet sich deutlich vom Waffeneinsatz in Deutschland. Wir werden uns auch weiterhin für die Interessen und die Rechte der vom Parlament in den Auslandseinsatz geschickten Soldaten einsetzen und uns für eine zügige Beratung und Verabschiedung des Gesetzentwurfs einsetzen.“

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 23. 3. 2012

Soldaten in Auslandseinsätzen sollen künftig kostenlos telefonieren können

Gute Kommunikation mit der Heimat ist unerlässlich

Am 22. März wurde der Antrag für eine moderne und umfassende Betreuungskommunikation der Soldaten im Einsatz in das Plenum eingebracht. Dazu erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Petitionen der CDU/CSU-Bundestagsfraktion Günter Baumann und die zuständige Berichterstatterin im Petitionsausschuss Patricia Lips:

„Anstoß zu diesem Antrag war eine Petition, die auf die schlechte Qualität, den fehlenden Service sowie die hohen Preise für die Telekommunikation hinwies. Die große Mehrheit der Mitglieder im Petitionsausschuss hält eine gute Kommunikation mit der Heimat für unerlässlich und hatte die Petition zur Berücksichtigung an die Bundesregierung überwiesen und sie aufgefordert, eine kostenlose Kommunikation per Telefon und Internet zu ermöglichen.

Demnach sollen Soldaten in Auslandseinsätzen künftig kostenlos mit der Heimat telefonieren können. Dies fordert der interfraktionelle Antrag der CDU/CSU, FDP, SPD und Bündnis90/Die Grünen, der am Donnerstag, den 22. März 2012 im Plenum des Deutschen Bundestages verabschiedet wurde. Derzeit sind nur 30 Minuten pro Woche für die Soldatinnen und Soldaten kostenfrei.

Außerdem wird mit diesem Antrag gefordert, dass Videotelefonie auch in den Unterkünften der Soldaten in den Einsatzgebieten zur Kommunikation mit der Familie und Verwandten genutzt werden kann. Die Möglichkeit der Videotelefonie steht Soldaten bisher nur an öffentlichen Plätzen zur Verfügung. Dies wird wegen mangelnder Privatsphäre deshalb seltener genutzt. Die bisherige Betreuungskommunikation in Auslandseinsätzen kostet knapp drei Millionen Euro. Durch die vorgeschlagenen Verbesserungen wird dieser Posten sicherlich steigen, jedoch sollte dies uns für unsere Soldatinnen und Soldaten, die ihr Leben für Deutschland aufs Spiel setzten, wert sein.

Das Bundesministerium der Verteidigung soll möglichst bis Ostern erste Vorschläge zur Umsetzung vorlegen, damit bis zum Sommer das Angebot der kostenfreien Telefonie umgesetzt werden kann.“

Hornbach-Baumarkt AG Pressemitteilung vom 26. 3. 2012

Natur pur im eigenen Bio-Garten

Ob Schnittlauch, Basilikum, Petersilie oder Thymian: Kräuter aus ökologischem Anbau ergänzen die gesunde Ernährung und sind für jeden Hobbygärtner einfach zu pflegen.

Produkte aus ökologischem Anbau bilden inzwischen für viele Menschen die Grundlage für ein gesünderes Leben: Bio-Produkte beinhalten besonders viele Vitamine und Antioxidantien als Schutzstoffe für den menschlichen Körper. Neben Bio-Gemüse und -Obst sollten deshalb auch Biokräuter auf dem heimischen Esstisch nicht fehlen. Aber woher kommen die Bio-Pflanzen und was sollte der Biogärtner bei der Pflege beachten, damit die Kräuter auch Bio bleiben? Interessierte erhalten vom 4. bis 28. April auf der GartenAktuell-Ausstellungsfläche in den Bau- und Gartenmärkten von Hornbach nützliche Tipps zum Umgang mit dem eigenen Bio-Garten. Sie erfahren, welche Besonderheiten einzelne Pflanzen und Kräuter mit sich bringen, welcher Standort sich für Schnittlauch, Basilikum & Co anbietet und welche Pflege zu einem optimalen Ergebnis führt. So beinhaltet Schnittlauch beispielsweise ätherische Öle, viele Vitamine und Mineralstoffe, wohingegen Thymian appetitanregend und beruhigend wirkt.

Auf der Ausstellungsfläche können sich Kunden Beiblätter mit Informationen zur Pflege und zur Wirkung der Vitamine von Biokräutern mit nach Hause nehmen.



Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn