

Gewerbemiete Und Teileigentum

8-9/12

12. Jahrgang

Heft 65

August/September 2012

S. 333-432

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

A. Merkel: Annäherung an die Europäische Union

K. E. Heinz: Miete gegen Verpachtung

S. Leutheusser-Schnarrenberger: Mietrechtsänderungsgesetz

Wirtschaft und Verbände

A. Merkel: Soziale Marktwirtschaft in schwieriger Zeit

Gewerbemiete

Leasing; Widerrufsbelehrung nach BGB-InfoV (BGH)

Aufklärungspflicht; Thor Steinar; Mono-Store (OLG Dresden)

Mangel; Raum-, „Enklave“ (OLG Düsseldorf)

Wohnraummiete (BGH)

Vertragsstrafe-Klausel zur Betriebspflicht (OLG Naumburg)

Treuhandcharakter der Mietkaution (BGH)

Hotelbetrieb; Verkehrssicherungspflicht (OLG Koblenz)

Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters (OLG Hamburg)

Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft (BGH)

Verständnis des durchschnittlichen Versicherungsnehmers (BGH)

Prozessrecht (BGH; KG; OLG Dresden)

Teileigentum

Veräußerungsbeschränkung; Schenkung (KG)

Tagesmutter-Tätigkeit (BGH)

Widerruf der abgegebenen Stimme (BGH)

Wettbewerb

D. Dingeldey: Internet – Umschau September 2012

Schadensersatz-Haftung der Kartellteilnehmer (BGH)

Wettbewerbsrechtliches Verbraucherleitbild (BGH)

Besteuerung

Anforderungen an steuerstrafrechtliche Urteile (BGH)

Magazin

Inhalt

Beiträge

A. Merkel,
**Annäherung an die Europäische Union
Rede beim Besuch in der Republik Moldau
am 22. August 2012 in Chişinău** 337

K. E. Heinz,
**Miete gegen Verpachtung
Ein unzulässiger „Swap“
im nordrhein-westfälischen Hochschulbetrieb** 339

S. Leutheusser-Schnarrenberger,
**Mietrechtsänderungsgesetz – 1. Lesung
Rede zum Mietrechtsänderungsgesetz vor dem
Deutschen Bundestag am 27. September 2012
in Berlin** 343

Wirtschaft und Verbände

A. Merkel,
**Soziale Marktwirtschaft in schwieriger Zeit
Rede beim Tag der Deutschen Industrie
am 25. September 2012 in Berlin** 344

Gewerbemiete

Sonderrechtsfähigkeit des Bestandteils einer
(Gesamt-)Sache; Modul einer technischen Anlage;
(un)wesentlicher Bestandteil; Überlassungsvertrag
über das Modul; Leihe; Herausgabeverlangen nach
Vertragsbeendigung (BGH) 348

Widerrufsbelehrung nach Muster der BGB-InfoV;
Leasing (BGH) 351

Gewerberaummiete; Textil-Einzelhandel;
vorvertragliche Aufklärungspflicht des Mieters über
Verkaufsabsicht einer dem Vermieter erklärtermaßen
bedenklichen Marke; Thor Steinar; Mono-Store
(OLG Dresden) 352

Gewerberaummiete; Gebrauchsüberlassung;
Gebrauchsmöglichkeit; Besitzverschaffung;
rechtlich und tatsächlich gesicherter Zugang; Mangel;
„Enklave“; Annahmeverzug; Verwirkung
(OLG Düsseldorf) 355

Geschäftsraummiete; Ladenlokal nebst Kellerräumen;
Mangel; Minderfläche; Gebrauchswertminderung;
Mietzinsminderung; Kellerraum-Fläche (BGH) 356

Geschäftsraummiete; Arztpraxis; Mangel;
Brandschutz-Dispens; Schimmelpilz; Nötigungswirkung
der Fristsetzung zur Mängelbeseitigung;
fristlose Kündigung wegen gesundheitsgefährdenden
Mangels (OLG Düsseldorf) 358

Zahlungsverzug wegen unberechtigter
Mietzinsminderung; fristlose Kündigung (BGH) 359

Wohnraummiete; Verzug mit einseitig erhöhten
Betriebskostenvorauszahlungen; fristlose Kündigung
(BGH) 361

Gewerberaummiete; Auslegung des einheitlichen
Formularmietvertrags aus Haupturkunde und
Anlagen; Schriftform; widersprüchliche Regelung
in Haupturkunde und Anlagen zur Mietzeit
(OLG Naumburg) 363

Gewerberaummiete; Ladenlokal; Fastfood-Restaurant
nach dem Franchise-System; Einkaufszentrum EKZ;
befristeter Mietvertrag; qualifizierte Schriftformklausel;
mündliche Änderung; treuwidrige Berufung auf
einen Schriftformmangel; Vertragsstrafe-Klausel zur
Betriebspflicht; unangemessene Sanktion
(OLG Naumburg) 364

Treuhandcharakter der Mietkaution; Sicherung im
konkreten Mietverhältnis; Wohnraummietvertrag
(BGH) 367

Gewerblich vermietetes Hausgrundstück; Eintritt des
Erwerbers in den Kautionsanspruch des Veräußerers;
vertragliche Regelungen; gesetzlicher Eintritt (BGH) 368

Zahlungsverzug nach rechtskräftiger Verurteilung zur
Zahlung erhöhter Miete; fristlose und fristgemäße
Kündigung; Ausgleich des Rückstands innerhalb der
Schonfrist; Wohnraummiete (BGH) 370

Hotelbetrieb; Verkehrssicherungspflicht gegenüber
Gästen; Eigenvorsorgepflicht des Gastes; Ausstattung
der Nasszelle des Hotelzimmers; Garantiehaftung;
Unfall beim Duschen (OLG Koblenz) 371

Gewerberaummiete; Insolvenz des Mitmieters;
Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters im
Verhältnis zum nichtinsolventen Mitmieter
(OLG Hamburg) 372

Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburgweg
1, 53227 Bonn; Postfach 301345, Tel. 0228 / 476378, Fax 0228 / 470954.
www.prewest.de; info@prewest.de

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 7/2011.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Neusser Straße 6, 41542
Dormagen. Tel. 02133 / 70208, 0151 / 58832838; Fax 02133 / 220429, ISDN
02133 / 220432. www.kluth-dtp.de; kontakt@kluth-dtp.de

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153, 41462 Neuss.
Tel. 02131 / 12474-0; Fax 02131 / 12474-20. www.koch-druckerei.de; kontakt@
koch-druckerei.de

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Preise
(unverbindlich empfohlen): Einzelheft 16,00 €, Doppelheft 25,00 €, jew.
inkl. 7% MwSt. zzgl. Porto. Jahresabonnement: 159,43 € einschl. 9,- € Versand
und 10,43 € MwSt, zahlbar zu Beginn des Abonnementzeitraumes. Auslands-
abonnement: 174,80 € (inkl. Versand und ggf. MwSt). Bei Neueinrichtung eines
Abonnements wird eine anteilige Jahresrechnung erstellt. Abonnementkündi-
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.

Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft LPG; gescheiterte Umwandlung in eine Kommanditgesellschaft KG; Anspruch auf Grundbuchberichtigung und Herausgabe; Verpflichtung einer Zustimmung zu einer Nachtragsvereinbarung (BGH)

Auslegung Allgemeiner Versicherungsbedingungen; Verständnis eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers; Risikoanschluss-Klausel; Wohngebäudeversicherung; Versicherungsschutz gegen Leitungswasser; Schwammschadenklausel; Hausfäulepilz; Hausschwamm (BGH)

Verbundene Gewerbe-Gebäudeversicherung VGGB 2006; Gefahrerhöhung; Gebäude-Umnutzung von Büro auf Bordellbetrieb; Milieu-Veränderung (BGH)

Prozessrecht

– Prozesskosten; Kosten des Unterbevollmächtigten; auswärtiger Prozessbevollmächtigter; Reisekosten-Ersparnis; Betrachtung ex ante (BGH)

– Gewerbemiete; Mehrheit von Vermietern; Bordell in gemieteten Eigentumswohnungen; Räumungsklage; unzulässige öffentliche Zustellung im Erkenntnisverfahren; Vollmachtsmissbrauch des Wohnungsverwalters; Bruchteilsgemeinschaft (BGH)

– Prozessrecht; Geschäftsraummietsache; Schriftsatzkontrollen des Rechtsanwalts bei qualifizierten Mitarbeitern (BGH)

– Gewerbemiete; Bauarbeiten des Vermieters; Schäden an Sachen des Mieters; Substantiierungspflicht; Beweisaufnahme; rechtliches Gehör (BGH)

– Beweisvereitelung; Schadensersatzanspruch wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs; erneute Vernehmung eines Zeugen in der Berufungsinstanz; Wohnraummietsache (BGH)

– Zwangsvollstreckung; gerichtlicher Räumungsvergleich; Raummiete; Vollstreckungsklausel; Nachprüfungsbefugnis des Vollstreckungsgerichts (BGH)

– Pacht; Grundstück; Tierhaltung; Damwild-Zucht; Räumung und Herausgabe; Zwangsräumung; Tierschutz; Zwangsgeld; weitergehende Handlungspflichten des Schuldners (BGH)

– Gebührenstreitwert; Feststellungsklage zur Mietminderung (KG)

– Gewerberaummietsache; Gebührenstreitwert; Klage auf Zahlung künftiger Nutzungsentschädigung (OLG Dresden)

Kurzfassungen / Leitsätze Gewerbemiete etc.

Teileigentum

Erbbaurechtsgrundstück; Erschließung; Grunddienstbarkeiten für Wegerecht und Leitungsrecht nach Erlöschen des Erbbaurechts (BGH)

Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung; Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung; Beseitigung des erkannten Nichtigkeitsgrundes; Bestätigung des Geschäfts; Neuabschluss (BGH)

Wohnungseigentum; Veräußerungsbeschränkung; Verwalterzustimmung; Schenkung (KG)

Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung des Wohnungseigentums; Verweigerung aus wichtigem Grund; Bestandskraft fehlerhaften Beschlusses; Anfechtungsklage des nicht Berechtigten/Bucheigentümers (BGH)

Gewerbe oder Berufsausübung in der Eigentumswohnung; Tagesmutter-Tätigkeit der Mieterin (BGH)

Wohnungseigentümerversammlung; unterbliebene Einladung eines Eigentümers; Anfechtbarkeit gefasster Beschlüsse (BGH)

374 Wohnungseigentümerversammlung; Widerruf der abgegebenen Stimme (BGH) **403**

Wohnungseigentümergeinschaft; haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft als Verwalterin; Bonitätsprüfung (BGH)

374 Nichtzulassungsbeschwerde in Wohnungseigentumssachen nach als unzulässig verworfener Berufung; planwidrige Regelungslücke (BGH) **407**

377 Kurzfassungen / Leitsätze Teileigentum etc. **408**

Wettbewerb

378 D. Dingeldey, Internet – Umschau September 2012 **409**

Kartell; Haftung der Kartellteilnehmer dem mittelbar Geschädigten auf Schadensersatz; ORWI (BGH Leits. u. a.)

379 Wettbewerb; Kfz-Miete; Unfallersatztarif; Hinweis des Unfallhaftpflichtversicherers gegenüber dem Unfallgegner auf preisgünstigeres Unfallersatzgeschäft (BGH) **412**

382 Wettbewerb; Werbung; Irreführung; Berührung einer Spitzenstellung; Einzelunternehmen; Unternehmensgruppe; Marktführer Sport; wettbewerbsrechtliches Verbraucherleitbild; überholtes Leitbild des oberflächlich flüchtigen Verbrauchers; aktuelles Leitbild des durchschnittlich informierten und verständigen und situationsadäquat aufmerksamen Verbrauchers (BGH) **414**

384 Kurzfassungen / Leitsätze Wettbewerb etc. **416**

Besteuerung

385 Anforderungen an steuerstrafrechtliche Urteile; Feststellung und Beweiswürdigung von Besteuerungsgrundlagen; Steuerhinterziehung (BGH) **417**

Kurzfassungen / Leitsätze Steuerrecht etc. **418**

386

Magazin

388 Politik und Recht **419**

389

390

**GuT Heft 65 – Themenschwerpunkt:
Deutschland und Europa – Kultur und Recht**

395

**Das Register 2010–2011 wird zusammen
mit GuT Heft 66 ausgeliefert**

397

399

Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2010-2011
Preis: 15,00 EUR inkl. Versand zzgl. 7%MwSt
Sonderpreise für GuT-Einbanddecken und zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage.

399

Lieferung solange vorrätig. info@prewest.de

402

Über die EXPO REAL

Die EXPO REAL, 15. Internationale Fachmesse für Gewerbeimmobilien und Investitionen, findet vom 8. bis 10. Oktober 2012 auf dem Gelände der Messe München statt. Die Veranstaltung ist die Messe für Networking bei branchen- und länderübergreifenden Projekten, Investitionen und Finanzierungen. Sie bildet das gesamte Spektrum der Immobilienwirtschaft ab und bietet eine internationale Networking-Plattform für die bedeutenden Märkte von Europa über Russland, den Mittleren Osten bis in die USA. Das umfangreiche Konferenzprogramm mit rund 400 Referenten bietet einen fundierten Überblick über aktuelle Trends und Innovationen des Immobilien-, Investitions- und Finanzierungsmarktes.

Mehr Informationen unter www.exporeal.net

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!

Qualität setzt sich immer durch!

Qualität ist absolut, sie ist fast nie relativ.

Qualitätsansprüche zu verbergen, ist schädlich.

Qualität zu zeigen, ist ein mutiger Entschluss.

Qualität zu verlangen, ist dem Mutigen erlaubt.

Eröffnen Sie den anderen Lesern der GuT/des GmBBl

- Ihre Ergebnisse, Produkte oder Waren,
- Ihre Vorschläge, Kooperationsideen oder Gesuche.

Werben Sie in Form einer Anzeige!

Sie erreichen uns, wie im Impressum (in diesem Heft Seite 334) angegeben bzw. am besten per e-mail info@prewest.de.

**Unsere Anzeigenpreisliste
im Internet: www.prewest.de
oder gemailt: info@prewest.de**

Akademie der Immobilienwirtschaft e.V. Berlin

ECOeffizienz 2020 Wohnungswirtschaftliche Herausforderung Energieeffizienz

Tagung am 23. und 24. Oktober 2012 in Berlin

Dieser Kongress ist seit 15 Jahren Seismograph für alle Fragen rund um die energetische Effizienz von Wohngebäuden. Führungskräfte aus der Immobilienwirtschaft informieren sich über aktuelle Trends, politische Entwicklungen in EU und Bund, technische Innovationen und richtungsweisende Beispiele guter Praxis. Der Branchentreff greift daneben aktuelle rechtliche und technische Aspekte auf und behält die Wirtschaftlichkeit energieeffizienter Maßnahmen im Blick. Die Tagung wird durch eine Abendveranstaltung am 23. Oktober 2012 eröffnet.

Die BBA wurde 1993 vom BFW Landesverband Berlin/Brandenburg e.V. und dem Verband Berlin-Brandenburgischer Wohnungsunternehmen e.V. (BBU) gegründet und wird inzwischen von über 260 Mitgliedsunternehmen getragen.

Mit ihren branchenbezogenen Aus- und Weiterbildungsangeboten gehört die BBA zu den führenden Akademien.

BBA – Akademie der Immobilienwirtschaft e.V., Berlin
Lützowstraße 106, 10785 Berlin
Tel.: 030 23 08 55-0; Fax: 030 23 08 55-20
www.bba-campus.de; kontakt@bba-campus.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. 1–65 und Register

kostenlos bei Besuch unserer Homepage möglich.

www.prewest.de info@prewest.de

www.gut-netzwerk.de

www.gmbl.de

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

Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel, Berlin

Annäherung an die Europäische Union*

Rede beim Besuch in der Republik Moldau am 22. August 2012 in Chişinău

Sehr geehrter Herr Ministerpräsident,
sehr geehrter Herr Parlamentspräsident,
Exzellenzen,
sehr geehrte Damen und Herren hier im Raum und auch
draußen, die uns jetzt nur auf der Leinwand sehen können,

es ist mir eine ganz große Freude, hier bei Ihnen in Chişinău zu Gast zu sein. Haben Sie ganz herzlichen Dank für Ihre wunderbare Gastfreundschaft.

Ich möchte zunächst mein Mitgefühl für diejenigen unter Ihnen ausdrücken, die derzeit unter den Folgen einer sehr schweren Dürre leiden. Das ist eine Herausforderung für Ihr gesamtes Land. Sie erfordert Solidarität in der ganzen Republik Moldau, aber auch darüber hinaus. Ich hoffe und wünsche, dass Sie über diese schwierige Situation neben all den anderen Schwierigkeiten bald hinwegkommen können.

Es war mir ein sehr persönliches Anliegen, Ihr Land zu besuchen – und das aus mehreren Gründen. Als Europäer sind wir Nachbarn. Schon allein deshalb haben wir ein großes Interesse an einer positiven Entwicklung der Republik Moldau. Nicht nur räumlich, sondern – der Ministerpräsident hat es schon gesagt – auch geschichtlich sind wir uns sehr nahe. Über ein Jahrhundert lang bis zum Zweiten Weltkrieg siedelten in dieser Region Deutsche und bestellten hier die fruchtbare Erde. Bis heute fühlen sich deren Nachfahren mit Moldau verbunden. Danke, dass Sie diese Zeit noch einmal historisch aufarbeiten.

Unsere beiden Länder kennen auch die bittere Erfahrung von Krieg, Teilung und Zerrissenheit. Moldau hatte vor allem in den düsteren Jahren der Diktatur des nationalsozialistischen Deutschlands zu leiden, die schreckliches Unheil über ganz Europa gebracht hat. Doch auch nach dem Zweiten Weltkrieg war die Hoffnung auf ein Ende des Leids vergebens. Es zog neue Unfreiheit ein. Deportationen nach Sibirien waren an der Tagesordnung.

Auch wenn all dies längst vergangen ist, so darf es doch nicht in Vergessenheit geraten. Nur wer sich seiner Geschichte bewusst ist, vermag auch die Lehren aus der Geschichte zu ziehen. Dazu zählen gewiss auch die Einsicht und die Erkenntnis, dass nicht mit anderen Ländern über das Schicksal dritter Länder eigenmächtig entschieden werden darf. Ebenso wenig dürfen wir die Länder hier in dieser Region im Stich lassen und das Denken in Einflussphären hinnehmen, die ihre Probleme noch nicht lösen konnten. Die souveräne Entscheidung über den Weg der Republik Moldau liegt allein in den Händen der Bürgerinnen und Bürger dieses Landes.

In diesen Tagen jährt sich die Unabhängigkeit der Republik Moldau zum 21. Mal. Die diplomatischen Beziehungen zu

Deutschland bestehen nun schon seit 20 Jahren. Die Bundesrepublik Deutschland war im Jahr 1992 das erste Land der Europäischen Union, das in Chişinău eine Botschaft eröffnet hat. Sie befindet sich direkt neben dem Außenministerium, wie ich mich eben überzeugen konnte.

In diesen 20 Jahren haben sich vielfältige und gute freundschaftliche Beziehungen zwischen unseren Ländern herausgebildet. Lassen Sie mich zum Beispiel erwähnen, dass Deutschland für die Republik Moldau einer der wichtigsten Handelspartner ist. Zudem leisten deutsche Unternehmen hier in Moldau mit ihrem Know-how und ihrer internationalen Erfahrung einen wichtigen Beitrag zur Modernisierung von Industrie, Landwirtschaft und Infrastruktur. Sie haben hier schon viel investiert und zahlreiche Arbeitsplätze geschaffen. Ich möchte mich bedanken, Herr Ministerpräsident, dass wir heute die Gelegenheit hatten, darüber mit Unternehmern zu sprechen.

Daran können Sie sehen: Unsere Zusammenarbeit ist auf Dauer ausgerichtet. Ja, mehr noch: Deutsche Unternehmen sind sehr daran interessiert, ihr Engagement in Moldau weiter auszubauen. Genau das ist auch der Sinn, dass ich heute nicht alleine mit einer politischen Delegation komme, sondern dass auch Unternehmer dabei sind.

Das enge Netz unserer bilateralen Beziehungen ist auch durch unsere Entwicklungszusammenarbeit geknüpft. Das Engagement wollen wir gerne weiter ausbauen – ob es um Regierungsberatung, Kommunalentwicklung oder die Modernisierung von Schulen und Kindergärten gehen mag. All diese Themen sind Teil unserer Zusammenarbeit.

Einen Schwerpunkt bildet die Unterstützung bei den Reformen der wirtschaftlichen Strukturen. Dabei konzentrieren wir uns insbesondere auf die Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen – aus unserer deutschen Erfahrung heraus, dass diese Unternehmen das Rückgrat unserer Wirtschaft sind und sie gerade auch in den ländlichen Räumen einen wichtigen Beitrag dazu leisten, dass die Wirtschaftskraft eines Landes nicht nur auf wenige Zentren verteilt ist, sondern sich regional möglichst gleich verteilt.

Wir wollen in Zukunft mit unserer Expertise auch zur Verbesserung der Wasserversorgung beitragen. Dieses Vorhaben hat vielleicht auch vor dem Hintergrund der schweren Dürre in diesem Land ein besonderes Gewicht.

Umgekehrt schätzen wir das große Interesse, das Sie, die moldauische Regierung, Deutschland entgegenbringen. Dass

*) Titel der Redaktion GuT.

rund 13.000 Schüler in Moldau die deutsche Sprache lernen, finde ich sehr bemerkenswert. Ich sehe darin einen guten Grundstein für unsere zukünftigen Beziehungen.

Die Bürgerinnen und Bürger Moldaus können stolz auf den Weg sein, den ihre Republik in den letzten Jahren zurückgelegt hat. Sie treiben mit großer Energie die Modernisierung ihres Landes voran. Wir möchten sie dabei nach Kräften unterstützen.

Die Republik Moldau hat sich entschieden. Sie hat sich für Reformen in Richtung Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Marktwirtschaft entschieden. Damit ist der Boden für einen Staat im Dienste seiner Bürgerinnen und Bürger bereitet. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit erfordern stets ein transparentes Ringen um den besten Weg mit Respekt für den politischen Gegner.

So, wie in der Wirtschaft ein funktionierender Wettbewerb der Motor für Wachstum und Beschäftigung ist, so ist auch der politische Wettbewerb der Ideen, der durch Wahlen entschieden wird, maßgebend für das Gemeinwohl. Das Gemeinwohl ist es, worum es in einem zukunftsfähigen Staat geht und nicht der Reichtum weniger.

Wir Europäer dürfen stolz sein auf Europa als ein Hort der Freiheit. Demokratie, Menschenrechte, Rechtsstaatlichkeit, Meinungs- und Pressefreiheit sind hier fest verankert. In unserer freiheitlichen Ordnung bilden wirtschaftlicher Erfolg und soziale Verantwortung eine Einheit. Wir nennen das in Deutschland die Soziale Marktwirtschaft.

Wir sind davon überzeugt: Die Schaffenskraft der Bürger kann sich erst entfalten, wenn sie wissen, dass es sich lohnt, sich anzustrengen, und wenn sie sich darauf verlassen können, dass der Rechtsstaat das, was die Bürgerinnen und Bürger erreicht haben, auch schützt und nicht der Unsicherheit preis gibt.

Sie in Moldau wissen besser als ich um die spezifischen Herausforderungen, die Sie hier vor Ort meistern müssen. Das gilt für die Stärkung der rechtsstaatlichen Institutionen, für weitere Wirtschaftsreformen sowie für eine energische Bekämpfung von Korruption auch im Bereich der Justiz.

Mir liegt eine gedeihliche Entwicklung Ihres Landes sehr am Herzen. Denn sie ist die Grundlage für eine gute und für beide Seiten gewinnbringende Nachbarschaft. Deshalb möchte ich Sie nachdrücklich ermutigen, den eingeschlagenen Weg der Annäherung an die Europäische Union tatkräftig weiter zu verfolgen. Natürlich sind dafür Reformen notwendig. Der Ministerpräsident hat selbst gesagt, dass sie nicht immer einfach sind. Aber letztlich werden sie sich als Investition in die Zukunft erweisen.

Deutschland unterstützt Sie auf diesem Weg. Die Europäische Union bietet ihre Erfahrung und Unterstützung bei der Transformation an. Der Rahmen dafür ist die östliche Partnerschaft. Diesen Rahmen wusste wohl kein anderes Land in den vergangenen Jahren besser zu nutzen als die Republik Moldau. Dies ist ein Erfolg der Regierung, aber genauso ein Erfolg der Bürgerinnen und Bürger, die diesen Kurs unterstützen.

Fortschritte machen sich in jedem Fall bezahlt – auch unabhängig von anderen Teilnehmerstaaten der östlichen Partnerschaft. Denn jedes Land wird für sich bewertet. Wenn die jeweiligen Kriterien erfüllt sind, wird auch die Europäische Union die vereinbarten Annäherungsschritte vollziehen. Seien Sie versichert, dass wir in Deutschland Ihre Reformfreude in Moldau nicht nur wahrnehmen, wir werden Ihnen auch weiterhin mit Rat und Tat zur Seite stehen – mit der Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit mit zahlreichen Entwicklungsprogrammen, mit der deutschen Beratergruppe, die Ihre Regierung in makroökonomischen Fragen berät, und mit der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit und den politischen Stiftungen.

Wir erhöhen in diesem Jahr unsere bilateralen Zusagen von 4,5 Millionen Euro auf über 15 Millionen Euro – und damit auf mehr als das Dreifache. Es ist unsere Absicht, zu einer Verste-

tigung unserer wirtschaftspolitischen Zusammenarbeit zu gelangen. Außerdem tragen wir natürlich auch bei den europäischen Mitteln unseren Teil bei. Die Europäische Union wird sich im nächsten Jahr mit insgesamt 122 Millionen Euro in Moldau engagieren. Dieses Engagement ist kein Selbstzweck, sondern es geht darum, Ihre eigenen Kräfte, die Kräfte der Bürgerinnen und Bürger in Moldau, zu stärken, zu unterstützen und zu einem Erfolg zu bringen.

Deshalb schauen wir natürlich auch auf die Handelsbeziehungen zwischen Moldau und der Europäischen Union. Es ist sehr erfreulich, dass beide Seiten ein Assoziierungsabkommen aushandeln. Das Abkommen bietet Moldau die Chance, am Europäischen Binnenmarkt mit all seinen Vorteilen teilzunehmen. Das geht noch einmal sehr deutlich über die Handelspräferenzen mit der Europäischen Union hinaus, über die Moldau auf dem EU-Markt heute bereits verfügt. Das Abkommen wird die Attraktivität Moldaus für Investitionen aus der Europäischen Union heraus noch einmal erheblich steigern. Damit sind mit Sicherheit neue Impulse für wirtschaftliches Wachstum und Wohlstand zu erwarten.

Bei der östlichen Partnerschaft geht es aber keineswegs allein um die Förderung von Wirtschaft und Handel, so wichtig dies auch ist. Ein gutes Miteinander hängt letztlich auch von guten persönlichen Kontakten der Menschen in unseren Ländern ab. Dementsprechend bedeutsam ist die Visa-Politik. Ich weiß: Die Beantragung eines Visums ist mühsam, sie kostet Zeit und Geld. In der Notwendigkeit eines Visums spiegeln sich reelle und gefühlte Schranken in Europa wider.

Deshalb liegt es in unser aller Interesse, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, um solche Schranken gemeinsam verringern zu können. Die Europäische Union und die Republik Moldau haben mit dem neuen Visumerleichterungsabkommen das Antragsverfahren bereits deutlich vereinfacht. Es wurde eine Einigung auf einen Aktionsplan zur Visa-Liberalisierung erzielt. Damit haben wir einen guten Kompromiss zwischen Freizügigkeit und Sicherheit gefunden. Er zeichnet den Weg der Visa-Liberalisierung bei Erfüllung konkreter Anforderungen vor. Zielperspektive für uns alle ist die Visafreiheit. Ich freue mich, dass die Republik Moldau hier auf einem sehr, sehr guten Wege ist.

Das Ende des Ost-West-Konflikts eröffnete auch der Republik Moldau die Chance auf ihre Unabhängigkeit und darauf, die Zukunft selbstbestimmt zu gestalten. Doch Gewalt und Trennung stellten das Land auf eine harte Belastungsprobe. Heute, 20 Jahre nach diesen bitteren und folgenschweren Auseinandersetzungen, ist es an der Zeit, mit neuem Mut nach Lösungen zu suchen. Es gibt keinen einleuchtenden Grund, auf bessere Rahmenbedingungen zu warten. Es gibt keinen plausiblen Grund, in einer Konfliktstarre zu verharren. Vom Status quo des erstarrten Konflikts profitieren allenfalls nur sehr, sehr wenige Menschen. Für die große Mehrheit der Bevölkerung hingegen ist die faktische Teilung des Landes schmerzhaft. Sie lähmt die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung.

Sie, die Bürgerinnen und Bürger aus Chişinău, haben immer deutlich gemacht, dass Sie sich mit dieser Situation nicht dauerhaft abfinden wollen. Deshalb möchte ich Ihnen heute an dieser Stelle versichern: Deutschland unterstützt die Moldauer auf beiden Seiten des Flusses Dnjestr in ihrem Bemühen um eine Verbesserung der Lage. Wir unterstützen die territoriale Integrität und Souveränität der Republik Moldau in ihren international anerkannten Grenzen mit einem speziellen Status für Transnistrien.

Ich bin überzeugt: Die Transnistrien-Frage kann gelöst werden. Maßstab muss dabei das Wohlergehen der Menschen sein. Eine Lösung ist nur dann dauerhaft tragbar, wenn sie allen Moldauern gleichermaßen die Chance bietet, sich in ihrem Land zu Hause zu fühlen und an der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklung teilzuhaben. Für einen funktionierenden Staat scheint mir eine ausgewogene Mischung aus effektiver Zentralregierung und örtlicher Gestaltungsfreiheit er-

forderlich. Es ist klar, dass dies den Willen und die Fähigkeit voraussetzt, Kompromisse einzugehen. Das erfordert Vertrauen und das Zutrauen in eine gemeinsame gute Zukunft. Die eigentlichen Lösungen zu finden und zu etablieren – das liegt in der Hand der Verantwortlichen hier vor Ort.

Wenn es gelingt, die künstlichen Barrieren zwischen den beiden Ufern des Dnjestr abzubauen, werden alle Bürger Moldaus davon profitieren. Denn mehr Bewegungsfreiheit erleichtert das Alltagsleben. Sie erleichtert das gemeinsame Streben nach Wachstum und Wohlstand. Eine vereinigte Republik Moldau ist nicht zuletzt auch für ausländische Investoren attraktiv.

Es ist schon einiges erreicht worden: Die Wiederaufnahme der offiziellen Statusverhandlungen im sogenannten 5+2-Format, aber auch konkret Erfahrbares wie die Wiederaufnahme des Güter- und Personenschienenverkehrs. Die Bundesregierung hat dies nicht nur mit der Meseberg-Initiative von 2010 nachdrücklich unterstützt.

Die Suche nach einer tragfähigen Lösung der Transnistrien-Frage und die Annäherung der Republik Moldau an die Europäische Union sind Prozesse, die sich nicht widersprechen. Im Gegenteil – das sind zwei Seiten derselben Medaille. Die Europäische Union hat deshalb erhebliche Finanzmittel für Projekte auf beiden Seiten des Dnjestr vorgesehen, die zur Überwindung der faktischen Teilung beitragen. Deutschland ist ebenfalls bereit, in engem Schulterschluss mit der moldauischen Regierung die bilateralen Programme auch in Transnistrien wirksam werden zu lassen. Das Angebot zur Teilnahme an einer

vertieften Freihandelszone gilt für das gesamte moldauische Staatsgebiet. Auch der Aktionsplan zur Visa-Liberalisierung richtet sich an alle Staatsbürger der Republik Moldau. Je erfolgreicher die Reformpolitik in Chişinău ist, je mehr Annäherung an Europa erreicht wird, desto attraktiver wird die Perspektive einer Wiedervereinigung auch für die Menschen in Tiraspol.

Lassen Sie mich zum Schluss noch einmal betonen: Ihr Land und seine Menschen haben in den letzten Jahren Bemerkenswertes geschafft. Die wirtschaftliche Weiterentwicklung ist ebenso unverkennbar wie der Fortschritt in Richtung eines freien, demokratischen und territorial integren Staates. Auf diesen Erfolgen lässt sich aufbauen.

Ich bin zu Ihnen nach Moldau gekommen, weil ich der Überzeugung bin, dass unsere Zusammenarbeit auf verschiedenen Feldern reiche Früchte trägt und noch mehr Früchte tragen wird. Natürlich liegen noch schwierige Wegstrecken vor Ihnen und vor uns, die wir mit an diesem Projekt arbeiten. Aber wir können uns ermuntert fühlen, den eingeschlagenen Kurs beizubehalten.

Ich darf Ihnen zusagen: Die Europäische Union und die Bundesrepublik Deutschland wollen Sie im Rahmen unserer Möglichkeiten auf Ihrem Weg begleiten. In diesem Sinne grüße ich alle, die uns heute hier zuhören und wünsche unseren bilateralen Beziehungen weiter eine so gute freundschaftliche und herzliche Entwicklung in dem Bewusstsein, dass uns die gleichen Werte leiten, dass wir unter dem gleichen Himmel leben und an gemeinsamen Horizonten arbeiten.

Dr. jur. utr. Karl Eckhart Heinz, Bonn

Miete gegen Verpachtung

Ein unzulässiger „Swap“ im nordrhein-westfälischen Hochschulbetrieb

Die Universität Bonn besitzt seit der Gründung im Jahre 1818 zwei kunsthistorisch wertvolle Bauwerke, die zu den besonderen Attraktionen Bonns gehören: das ehemalige *Kurfürstliche Residenzschloss* – heute das Hauptgebäude der Universität mit der Universitätsverwaltung, der Aula, den Hörsälen und Institutsräumen – sowie das einstige *Kurfürstliche Lustschloss in Poppelsdorf*, das heute ebenfalls von universitären Einrichtungen genutzt wird.

Der Stolz auf den Besitz dieser Bauwerke wird allerdings dadurch getrübt, dass die Erhaltung deren Bausubstanz erhebliche Mittel erfordert, die von der Universität selbst nicht erbracht werden können. Nachdem das Land Nordrhein-Westfalen im Jahre 2001 einen sogenannten „Bau- und Liegenschaftsbetrieb“ gegründet hatte, dem alle Liegenschaften des Landes – auch soweit sie die Universität Bonn betrafen – zur Bewirtschaftung übertragen wurden, stellte sich die Frage, ob die beiden Schlösser der Bonner Universität ebenfalls in den Genuss der Mittel des Bau- und Liegenschaftsbetriebs kommen könnten, um schon länger wartende Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen durchzuführen. Dem stand entgegen, dass der Besitz der Schlösser bei der Universität und nicht beim Land lag, weshalb offenbar auch keine einfache Einbeziehung

in das Programm des Bau- und Liegenschaftsbetriebs möglich war. Zur Lösung des Problems wurden die beiden Schlösser schließlich an den Bau- und Liegenschaftsbetrieb des Landes *verpachtet*, um sodann im Wege von *Mietverträgen* durch die Universität genutzt zu werden, wie für alle Liegenschaften des Landes Nordrhein-Westfalen heute Mietverträge mit den Nutzern bestehen.¹

Diese für die Bonner Schlösser gefundene Kombination von Pacht- und Mietverträgen scheint auf den ersten Blick eine sinnvolle Konstruktion darzustellen, erweist sich jedoch bei näherer Betrachtung als fragwürdig. Der Verpächter verliert nämlich beim Pachtvertrag grundsätzlich seinen Einfluss auf die Nutzung der Pachtsache, zumindest innerhalb jener Grenzen, die im Pachtvertrag festgelegt sind;² die Universität Bonn verzichtete demnach grundsätzlich durch den Pachtvertrag auf die Bestimmung der Nutzung der beiden Schlösser und überließ damit dem Bau- und Liegenschaftsbetrieb des Landes Nordrhein-Westfalen einen wesentlichen Teil ihrer *Organisationsgewalt*

1) Andreas ARCHUT Großbaustelle Alma Mater, FORSCH Bonner Universitäts-Nachrichten, Juli 2012, S. 4.

über die beiden Schlösser, was sicherlich nicht im Sinn der einstigen Zuweisung dieser Schlösser an die Universität Bonn lag. Mit den Mietverträgen erlangte die Universität zwar die Befugnis, die beiden verpachteten Schlösser zu nutzen, dies aber nur im Rahmen der vertraglichen Regeln des Mietvertrags. Darüber hinaus gewährt aber ein Mietvertrag dem Vermieter auch eine *Kontrollbefugnis* über die Nutzung der Mietsache,³ sodass die Universität durch die Kombination von Pacht- und Mietvertrag nicht nur ihren Einfluss auf die Bestimmung der Nutzung der beiden Schlösser verlor, sondern außerdem im Rahmen ihrer mietvertraglichen Nutzungsbefugnis auch noch unter die Kontrolle des Bau- und Liegenschaftsbetriebs des Landes Nordrhein-Westfalen geriet. Unterlag die Universität schon bisher einem organisatorischen Einfluss der nordrhein-westfälischen Landesregierung,⁴ so treten zu diesem Einfluss nunmehr noch die Abhängigkeiten aufgrund der Pacht- und Mietverträge, zumindest soweit es um die Nutzung der Schlösser durch die Universität Bonn geht. Diese Folgen wurden bei der Konzeption der Pacht- und Mietverträge für die Bonner Schlösser offenbar nicht berücksichtigt. Allerdings sind die rechtstheoretischen Aspekte von Pacht- und Mietverträgen noch weitgehend unbekannt, weil sich die deutsche Zivilistik kaum mit rechtstheoretischen Fragen beschäftigt. So wird der Unterschied zwischen Miet- und Pachtvertrag heute zumeist pragmatisch bestimmt, etwa dass der *Pachtvertrag* neben der Nutzung der Sache auch zu einer *Fruchtziehung* aus der Sache berechtigt, während mit dem Mietvertrag normalerweise keine Fruchtziehung verbunden sei.

Delegation und Mandat

Dass eine Befugnisübertragung in zweierlei Form geschehen kann, war eine Erkenntnis von *Heinrich Triepel*, dessen Studie „Delegation und Mandat im öffentlichen Recht“ aus dem Jahre 1942 zwar dem Titel nach weiten Juristenkreisen bekannt ist, ohne dass die Studie aber selbst heute noch gelesen wird. Das zeigte sich, als im Jubiläumsjahr von Heinrich Triepels 50. Todestag im Jahre 1996 der Versuch einer Weiterführung seiner Erkenntnisse, vor allem mit Bezug auf die Befugnisübertragung in den *europäischen Gemeinschaftsverträgen*,⁵ zunächst kein Interesse bei deutschen und ausländischen juristischen Fachzeitschriften fand. Dabei konnte hier nachgewiesen werden, dass der Unterschied zwischen einem „Bundesstaat“ und den europäischen „Gemeinschaftsstrukturen“ nur durch die unterschiedliche Gestaltung der *Befugnisübertragung*, nämlich einerseits *Delegation* (Gemeinschaft), andererseits *Mandat* (Bundesstaat) erklärt werden kann, woraus sich im übrigen ganz erhebliche Konsequenzen für die Weiterentwicklung der europäischen Gemeinschaftsverträge ergeben (etwa im Hinblick auf die „Demokratisierung“ und „Föderalisierung“ Europas, die heute zum Kern europäischer *Integrationsideologien* gehören, mit den Gemeinschaftsstrukturen aber gänzlich unvereinbar sind!).⁶

Weitere rechtstheoretische Untersuchungen ergaben den interessanten Befund, dass nicht nur im Bereich des öffentlichen Rechts die Erkenntnisse Triepels über den Unterschied zwischen delegativer und mandativer Befugnisübertragung von Bedeutung sind, sondern dass auch im zivilrechtlichen Bereich dieser Unterschied zu wichtigen neuen Einsichten führt. Eines dieser Beispiele betrifft gerade die Unterscheidung von „Miete“ und „Pacht“, wie bereits mehrfach dargestellt.⁷ So entspricht der Mietvertrag der *delegativen* Form der Befugnisübertragung, der Pachtvertrag einem *Befugnismandat*. In beiden Fällen handelt es sich um die Einräumung von Besitz, das heißt um eine *bedingte Einräumung von Befugnissen*, niemals um eine *endgültige* Befugnisübertragung, wie sie Gegenstand einer Übertragung von *Eigentum* wäre.

Eine bedingte Übertragung von Befugnissen gibt es jedoch nicht nur im Bereich dinglicher Rechte. So können auch Kontrollbefugnisse, Befugnisse aus vertraglichen Rechten – hierzu gehören ebenso Befugnisse aus *Vertretung* und *Vollmacht*⁸ – oder faktische Befugnisse, wie sie im familiären Verhältnis zwi-

schen Eltern und ihren Kindern entstehen,⁹ zum Gegenstand bedingter Befugnisübertragungen werden, beispielsweise wenn anderen Personen die Aufsicht über Kinder anvertraut wird.

Das wesentliche Merkmal einer delegativen Befugnisübertragung besteht darin, dass der Befugnisempfänger bei der Ausübung seiner Befugnis *unter der Kontrolle des Befugnisgebers* verbleibt. Dies zeigt sich deutlich bei arbeitsteiligen Strukturen, in denen das Organigramm die Verteilung der Befugnisse und den hierarchischen Kontrollzusammenhang darstellt.¹⁰

Dieser Kontrollzusammenhang bedarf allerdings einer Erklärung: Er setzt voraus, dass die an der Organisation Beteiligten in einem *kollektiven Verhältnis* zueinander stehen und dadurch *gemeinsamen Zielen* untergeordnet sind. Diese gemeinsamen Ziele lassen sich nicht ohne den steten Austausch von *Informationen* verwirklichen,¹¹ und dem gleichen Zweck dient auch der *Kontrollzusammenhang*, der Fehler beim Handeln der einzelnen Befugnissträger verhindern soll, also grundsätzlich kontinuierlich gegenüber den Befugnissträgern ausgeübt werden kann.

Dagegen zeichnet sich eine mandative Befugnisübertragung dadurch aus, dass ihr Gebrauch keiner Kontrolle unterliegt. Der Befugnissträger muss sich lediglich für eventuelle Fehler bei der Befugnisausübung gegenüber seinem Befugnisgeber *verantworten*,¹² er ist gegebenenfalls zu *Schadensersatzleistungen* verpflichtet. Grundsätzlich setzt diese Verantwortung das *Ende der bedingten Befugnisübertragung* voraus.

Sowohl für die delegative wie für die mandative Befugnis gilt jedoch, dass der Befugnisgeber *nicht mehr selbst* von der Befugnis Gebrauch machen kann, es sei denn, er *entzieht* zuvor dem Befugnissträger wieder die diesem übertragene Befugnis.¹³

Pachtvertrag und Mietvertrag

Wie aus den Bemerkungen zu Miete und Pacht bereits erkennbar, ergibt sich der mandative Charakter der Pacht aus dem Umstand, dass der Gebrauch der gepachteten Sache innerhalb eventuell vereinbarter – oder aus dem Sinn des Pachtvertrags logisch herleitbarer¹⁴ – Grenzen in der alleinigen Entscheidung des Pächters liegt und nicht durch den Verpächter bestimmt werden kann, während ein Vermieter den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache sowohl regulieren als auch die Einhaltung

2) Karl Eckhart HEINZ Risikoverteilung bei Miete und Pacht GuT 2004, 79.

3) Karl Eckhart HEINZ Der Mietvertrag Kodifikationsmethoden für das Zivilrecht in Deutschland und in Europa GuT 2006, 111.

4) Karl Eckart HEINZ Rechtsform und Rechtsstellung der Schulen und Hochschulen in Deutschland VR 2012, 84.

5) Karl Eckhart HEINZ Delegation und Mandat. Eine rechts- und verfassungstheoretische Untersuchung DER STAAT 1997, 495.

6) Karl Eckhart HEINZ Demokratie, Föderalismus und die europäische Gemeinschaftsordnung – Die ideologischen Fehler der deutschen Europapolitik – GuT 2009, 374.

7) Karl Eckhart HEINZ Der Besitz, in: *ders.* (Hrsg.) Inhaberschaft – Eigentum – Besitz. Gesammelte Schriften zur Theorie von Gewahrsam, Eigentum und Besitz an Sachen und Informationen einschließlich Patent- und Urheberrecht (Bonn 2003) S. 195; ferner *ders.* Der Besitz als Rechtsverhältnis, in: *ders.* (Hrsg.) Holzwege der deutschen Zivilistik (Bonn 2008) S. 59.

8) Karl Eckhart HEINZ Vertretung und Vollmacht aus rechtstheoretischer Sicht RECHTSTHEORIE 2003, 519.

9) Karl Eckhart HEINZ Theorie und Dogmatik der sogenannten „absoluten Rechte“ GuT 2011, 489; *ders.* Liebe – Ehe – Familie. Theorie des gesamten Familienrechts (Brüssel o. J.) S. 109.

10) Erich KOSIOL Organisation der Unternehmung (2. Aufl. Wiesbaden 1976) S. 119.

11) (FN 10) S. 149.

12) Auch im Delegationsverhältnis gibt es freilich Verantwortlichkeit (FN 10) S. 105.

13) Kosiol diskutiert dies unter dem Gesichtspunkt einer Verantwortlichkeit der „Instanzen“ (FN 10) S. 114.

14) Karl Eckhart HEINZ Zur Systematik der Völkerrechtsquellen und der Einteilung des Völkerrechts ÖZfÖR 1971, 197; *ders.* Der Beitrag der Rechtstheorie zur Kodifikation des Arbeitsrechts RdA 1972, 341; *ders.* Europäische Verfassung. Grundlinien einer allgemeinen Verfassungstheorie und Kritik des europäischen Verfassungsprojekts 2004 (Bonn 2005) S. 27.

seiner Mietregeln *kontrollieren* darf. Der Mietvertrag ist damit ein Beispiel für die delegative Gewährung von Befugnissen und setzt das Konzept eines gemeinsamen Interesses voraus, das in einer *kollektiven vertraglichen Bindung* Ausdruck findet, ein Gedanke, der bei der bisherigen Betrachtung der Miete als „Austauschverhältnis“ gegenseitiger Leistungen – Sachnutzung gegen Mietzins – oder als „Dauerrechtsverhältnis“¹⁵ nicht aufkam. Dass hinsichtlich des Mietgegenstands jedoch ein *gemeinsames Interesse von Mieter und Vermieter* besteht, lässt sich schwerlich bestreiten: Weder dem Vermieter noch dem Mieter kann an einer Verschlechterung der Mietsache während der Mietzeit gelegen sein! Die *Erhaltung der Mietsache im ursprünglichen Bestand* stellt also ein gemeinsames Interesse der Vertragspartner dar. Daraus ergeben sich Konsequenzen, die mit den heutigen gesetzlichen Mietregeln nicht immer vereinbar sind; so können die *Mietspiegelregeln*,¹⁶ die auf einen „Mietmarkt“ abstellen, mit dem Kollektivverhältnis zwischen Mieter und Vermieter nicht in Einklang gebracht werden, denn dieses Verhältnis richtet sich auf einen *konkreten Mietgegenstand* und orientiert sich nicht an den Mietverhältnissen einer Nachbarschaft, es sei denn im Vorstadium der Wohnungssuche, wenn verschiedene Mietwohnungen miteinander verglichen werden. Ebenso versteht es sich, dass Änderungen am Bestand der Mietsache, insbesondere „Modernisierungsmaßnahmen“, nur im *Einvernehmen zwischen dem Mieter und Vermieter* vorgenommen werden dürfen, dass also jeder einseitige Eingriff in die Mietsache unterbleiben muss; auch insoweit sind die Vorstellungen des Gesetzgebers, politisch gewollte und staatlich geförderte Modernisierungsabsichten von Vermietern – unter Inkaufnahme von *Mietzinserhöhungen zu Lasten der Mieter* – zu unterstützen, mit den Garantien des deutschen Grundgesetzes keinesfalls vereinbar.¹⁷

Privatisierung der Liegenschaften des Landes Nordrhein-Westfalen

Die Errichtung des „Bau- und Liegenschaftsbetriebs Nordrhein-Westfalen“ wurde im Jahre 2000 vom damaligen Finanzminister Peer Steinbrück als eine Maßnahme begründet, um das erhebliche Liegenschaftsvermögen des Landes, das bisher von einer Vielzahl von Behörden verwaltet wurde, einer besseren wirtschaftlichen Nutzung zuzuführen und dadurch mögliche Renditepotentiale zu erschließen. Diesem Zweck dient offensichtlich auch das Konzept, durch Mietverträge aus den Liegenschaften Einkünfte für das Land zu gewinnen.¹⁸ Allerdings dürfte fraglich sein, ob auf diese Weise außer Kosteneinsparungen durch Verwaltungsvereinfachung tatsächlich ein zusätzlicher Gewinn für das Land zu erzielen ist; denn das Land erfüllt mit der Bereitstellung von Landesliegenschaften in der Regel *öffentliche Aufgaben* – wie etwa den Betrieb von Schulen und Hochschulen – und bei der Erfüllung solcher Aufgaben lassen sich keine Gewinne erzielen. Tatsächlich muss das Land solchen „Nutzern“ seiner Liegenschaften nunmehr „Mietbudgets“ gewähren;¹⁹ diese entsprechen den beabsichtigten Mieteinnahmen und machen damit die Vermietung zu einem Nullsummenspiel.

Vorbilder für die privatwirtschaftlich orientierte Organisation der Liegenschaftsverwaltung in Nordrhein-Westfalen waren

die Privatisierungen bei der *Post* und der *Telekommunikation* in Deutschland,²⁰ die von der Europäischen Gemeinschaft verlangt wurden. Tatsächlich hat im Telekommunikationsbereich die Konkurrenz zahlreicher Anbieter zu einer eindrucksvollen Fortentwicklung der Telekommunikation geführt, während vergleichbare Erfolge bei der Post schon deshalb nicht eintreten konnten, weil der hohe Personalaufwand die organisatorischen Möglichkeiten begrenzt; man wird auch kaum behaupten können, dass sich die Leistungen der deutschen Post durch die Privatisierung verbessert hätten. Ähnliche Bemühungen um eine Privatisierung der *Deutschen Bahn* haben bis heute aus guten Gründen zu keinen Ergebnissen geführt.²¹ Gerade die Situation der Deutschen Bahn ist ein Beispiel, dass volkswirtschaftliche oder betriebswirtschaftliche Konzepte allein keine brauchbaren Ratgeber für Privatisierungen sind, sondern dass bei der Umwandlung öffentlichrechtlicher in privatrechtliche Strukturen zunächst einmal *rechtstheoretische Zusammenhänge* beachtet werden müssen.²²

Hinsichtlich öffentlicher Liegenschaften, die von der öffentlichen Hand in der Regel durch *Enteignung* erlangt sind, stellen sich jedoch noch ganz andere Fragen. Enteignungen beruhen auf *notwendigen Bedürfnissen der Allgemeinheit*,²³ können also nicht beliebig durchgeführt werden, und das Bundesverfassungsgericht hat bereits in einer frühen Entscheidung²⁴ geklärt, dass mit einer enteigneten Sache beim Wegfall des Enteignungszwecks nicht nach Belieben verfahren werden darf, sondern dass diese Sache *an den ursprünglichen Eigentümer zurück zu gewähren* ist. Der Gedanke, die öffentliche Hand könne mit enteigneten Sachen *Gewinne* einstreichen, wenn der ursprüngliche Enteignungszweck wegfällt, ist daher abwegig. Das gilt insbesondere auch für die *Bodenreform in den Ländern der Sowjetischen Besatzungszone* nach 1945, die aus den Enteignungen des Grundbesitzes über 100 ha *Staatseigentum* machte; dieses wurde im Jahre 1949 in das sozialistische System der Deutschen Demokratischen Republik überführt, und gelangte nach 1990 in die Hand der Bundesrepublik Deutschland. Dass dieser umfangreiche deutsche Staatsbesitz nicht an die sogenannten „Alteigentümer“ zurückgegeben wurde, obwohl inzwischen der Enteignungszweck – die Bodenreform – längst entfallen war, gehört zu den dunklen Seiten der politischen Geschichte der Bundesrepublik Deutschland und wirft auch ein sehr trübes Licht auf die höchstrichterliche Rechtsprechung in Deutschland,²⁵ einschließlich der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Dass hierfür Mängel im Verständnis der Eigentumsdogmatik verantwortlich sind,²⁶ entschuldigt dieses Verhalten nicht, sondern kennzeichnet nur einen allgemeinen

15) Günther BEITZKE Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen (1949).

16) § 558 BGB.

17) Karl Eckhart HEINZ Gedanken zum Referentenentwurf (Stand 25. 10. 2011) der deutschen Bundesregierung für ein Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (MietRÄndG) GuT 2011, 222.

18) Landtag Nordrhein-Westfalen, Plenarprotokoll 13/10 vom 28.09. 2000.

19) FN 1 ebd.

20) FN 17 ebd.

21) Karl Eckhart HEINZ Privatisierung der Deutschen Bahn ThürVBl. 7/2011, 150.

22) FN 21 S. 154.

23) Art. 14 Abs. 3 GG.

24) BVerfGE 38, 175.

25) Karl Eckhart HEINZ „Alteigentum“ und Vertriebenenrechte. Bundesgerichtshof, Bundesverwaltungsgericht und Bundesverfassungsgericht zu Eigentumsfragen GuT 2010, 407; *ders.* Der deutsche Staat und sein Raubgut. Zum Urteil des Kammergerichts vom 28. 1. 2010 – 8 U 56/09 – und zu der vom BGH zugelassenen Revision – V ZR 279/10 – GuT 2011, 219.

26) Karl Eckhart HEINZ Das private „Eigentum an Grundstücken“ als öffentliches Verhältnis GuT 2011, 375; *ders.* Zur Dogmatik der „Sozialpflichtigkeit“ des Eigentums gem. Art. 14 Abs. 2 GG. Zur Haltung des BVerfG bei der Frage der Belegstückabgabepflicht und zur gesetzlichen Begrenzung und Gebührenpflichtigkeit von Urheberrechten (zugl. Anmerkung zu BVerfG, = BVerfGE 58, 137) AfP 2007, 94.

Dokumentation,
Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Niedergang der deutschen – heute vornehmlich *positivistisch* orientierten, dem Gesetzgeber blind vertrauenden – Rechtswissenschaft.²⁷

Jene Liegenschaften des Landes Nordrhein-Westfalen, die Einnahmen aus Vermietungen zu privaten Zwecken ermöglichen sollen, dürfen also gar nicht für diese Zwecke verwendet werden, sondern sind ausnahmslos an die ursprünglichen Eigentümer der Liegenschaften *zurück zu eignen*. Damit dürfte das Vermietungskonzept des Bau- und Liegenschaftsbetriebs Nordrhein-Westfalen grundsätzlich zum Scheitern verurteilt sein.

Hinsichtlich der beiden Schlossgebäude der Universität Bonn kommt jedoch hinzu, dass die Universität schwerlich Einnahmen aus einer Verpachtung an das Land Nordrhein-Westfalen erzielen kann, solange diese Gebäude in marodem Zustand sind und zunächst einer Sanierung bedürfen. Die Universität selbst kann die Sanierung nicht leisten, sodass diese Aufgabe nur vom Land Nordrhein-Westfalen übernommen werden kann. Im Rahmen eines Mietvertrags ist diese Sanierung aber nicht durchzuführen. Insofern ist auch die Kombination von Pacht und Miete im vorliegenden Fall nicht tragfähig und bietet für die Probleme der Bonner Universität keine Lösung. Soweit die Sanierung und Modernisierung vom Bau- und Liegenschaftsbetrieb des Landes geleistet wird, ist die Herkunft der Mittel hierfür unklar.

Das Eigentum an den Bonner Schlössern

Offensichtlich geht das Pacht- und Mietkonzept für die Schlösser der Universität Bonn von der Voraussetzung aus, dass die Universität die Eigentümerin der beiden Schlossgebäude ist, denn nur dann kann überhaupt eine Verpachtung seitens der Universität in Betracht gezogen werden.

Nun wurden die Schlösser zwar der Universität bei der Gründung als Ausstattung zugewiesen, doch ergibt sich daraus nicht notwendigerweise, dass diese Zuweisung im Rahmen einer „Eigentumsübertragung“ erfolgte. Begrifflich stellte die neugegründete Universität auch keine „Körperschaft“²⁸ dar, sondern ist wohl als „Anstalt“ zu verstehen,²⁹ wobei die Ausstattung mit den beiden Schlössern der Erfüllung des Anstaltszwecks diene. Die ursprünglich dem Kölner Kurstaat als öffentliche Einrichtungen gehörenden Schlösser waren nach der Übernahme des Rheinlands an den Preußischen Staat gefallen. Das Eigentum an den Schlössern lag daher beim Preußischen Staat, und es bestand keinerlei Anlass, dieses Eigentum auf die Universität Bonn zu übertragen; im Gegenteil wäre eine solche Eigentumsübertragung sehr ungewöhnlich gewesen, zumal der Preußische Staat aufgrund seiner politischen Bildungsaufgabe für die Ausstattung der Universität Bonn und für den Unterhalt der beiden Schlösser zuständig blieb.

Es ist daher anzunehmen, dass die Bonner Universität nur einen *Besitz*, nicht aber Eigentum an den beiden Schlössern erlangte, und die Frage stellt sich, auf welche Weise dieser Besitz begründet wurde. Weil dieser Besitz eine *Nutzung der Schlösser an den Universitätsbetrieb* band, kann nur eine Zuweisung der Schlösser an die Universität Bonn im Wege einer Stiftung erfolgt sein.³⁰ Freilich darf man sich nicht an die Regeln der „Stiftung“ im Bürgerlichen Gesetzbuch³¹ halten, wenn man diesen Stiftungsvorgang wirklich verstehen will.

Zu bemerken ist, dass auch die Stiftung zu den Verhältnissen delegativer Besitzeinräumung gehört, dem Besitzgeber daher *Kontrollbefugnisse* gegenüber dem Besitzznehmer gewährt. Im Unterschied zur Miete erstreckt sich diese Kontrolle jedoch nicht auf die *pflegerische Nutzung* des Besitzes, sondern auf den mit der Nutzung verbundenen *Stiftungszweck*, im Fall der Universität Bonn auf die *Erfüllung der universitären Bildungsaufgabe*. In welcher Weise der Besitz im übrigen genutzt wird, ist allein Sache des Stiftungsträgers und unterliegt nicht der Kontrolle des Stifters.³² Die anders gearteten Einflussmöglichkeiten des Landes Nordrhein-Westfalen durch *Mietverträge*, zu denen die Universität Bonn gezwungen wurde, ergeben sich hieraus sehr deutlich.

Nachdem das neue Land Nordrhein-Westfalen an die Stelle ehemaliger preußischer Provinzen getreten war, erhielt Nordrhein-Westfalen nicht nur das *Eigentum* an den beiden Schlössern, sondern ebenso die *Stellung des Stifters der Universität, einschließlich der beiden Schlösser*. Hiervon ist heute noch auszugehen. Die Konstruktion eines Pachtverhältnisses zwischen der Universität Bonn und dem Bau- und Liegenschaftsbetrieb des Landes Nordrhein-Westfalen hinsichtlich der beiden Schlossgebäude war daher ganz unsinnig, und gleiches gilt für die Mietverträge, welche die Universität vereinbaren musste, um Mittel zur Unterhaltung der Schlossgebäude zu erhalten. Denn die Universität ist bereits aufgrund ihres Stiftungsbesitzes zur Nutzung der Schlossgebäude berechtigt, und das Land Nordrhein-Westfalen ist aufgrund seines staatlichen Bildungsauftrags für den Unterhalt aller Gebäude zuständig, die diesem Bildungsauftrag zu dienen bestimmt sind; dazu gehört auch die Stiftung der Universität Bonn als Anstalt und ihre Ausstattung mit dem Residenzschloss und dem Poppelsdorfer Schloss. Deshalb muss das Land Nordrhein-Westfalen die erforderlichen Sanierungsarbeiten an den Schlossgebäuden der Universität Bonn durchführen und deren Unterhalt tragen, ohne dass hierfür noch besondere vertragliche Vereinbarungen mit der Universität Bonn notwendig sind. Auf welche Weise das Land die Kosten des Unterhalts für die beiden Schlösser erbringt, ist Sache des Landes und muss die Universitätsverwaltung nicht kümmern. Jedenfalls können von der Universität keine *Mietzahlungen* an den Bau- und Liegenschaftsbetrieb des Landes Nordrhein-Westfalen für die Nutzung der beiden Bonner Schlossgebäude verlangt werden.

Handlungsbedarf

Mag daher sinnvoll gewesen sein, wenn das nordrhein-westfälische Finanzministerium im Jahre 2000 das Konzept eines „Bau- und Liegenschaftsbetriebs“ entwickelte, um die damals noch verteilt verwalteten Liegenschaften des Landes unter einer gemeinsamen Verwaltung zusammenzuführen – und darf man hoffen, dass der erwartete Rationalisierungseffekt seither tatsächlich eingetreten ist – so muss doch gerügt werden, dass nicht für jede Liegenschaft des Landes die Gründe der weiteren öffentlichen Nutzung geprüft wurden, um gegebenenfalls die *Rückweisung* für nicht mehr öffentlich genutzte Liegenschaften einzuleiten. Das erinnert fatal an das Verhalten der deutschen Bundesregierung, die seit dem Jahre 1990 den sogenannten „Alteigentümern“ mit fadenscheinigsten Gründen eine Rückgabe des Bodenreformigentums der Deutschen Demokratischen Republik verweigert.³³ Wenn es um *Gewinnaussichten* geht, unterscheiden sich sozialdemokratische und christlichdemokratische Politiken offensichtlich wenig voneinander!

Es ist also an der Zeit, dass die Notwendigkeit der öffentlichen Nutzung aller Liegenschaften des Landes Nordrhein-Westfalen überprüft wird und dass die nicht mehr öffentlich genutzten Liegenschaften – *Mieteinnahmen* sind keine „öffentliche Nutzung“! – an die ursprünglichen Eigentümer wieder zurückgegeben werden. Hierbei kann von einem „Rückkauf“ durch die ursprünglichen Eigentümer keine Rede sein! Nachzuholen ist, was in dem vergangenen Jahrzehnt seitens des Landes zu leisten versäumt wurde.

27) Karl Eckhart Heinz Ursprung und Entwicklung des Zivilrechts GuT 2011, 129.

28) FN 1 ebd.; Karl Eckhart HEINZ Körperschaftsbegriff und Religionsgesellschaft VR 2010, 117.

29) VR 2012, 84 (FN 4).

30) Karl Eckhart HEINZ Rechtsdogmatik und gesetzliche Regeln der „Stiftung“, in: *ders.* Holzwege (FN 7) S. 66.

31) §§ 80 ff. BGB.

32) Beispielsweise beruht auch eine Aktiengesellschaft auf *Stiftungen der Aktionäre*, sieht man einmal von den Einlagen der Gründungsmitglieder ab; Karl Eckhart HEINZ Aktiengesetz und Grundgesetz, in: Holzwege (FN 7) S. 83. Hieraus ergeben sich gewisse Beschränkungen der Aktionärsrechte, die bisher nicht beachtet werden.

33) Karl Eckhart HEINZ „Alteigentum“ und Vertriebenenrechte GuT 2010, 407 (FN 25).

Auch die zwischen der Universität Bonn und dem Bau- und Liegenschaftsbetrieb Nordrhein-Westfalen geschlossenen Pacht- und Mietverträge bezüglich der Bonner Schlossgebäude sind für die Beteiligten kein Ruhmesblatt. So wäre von der Universität Bonn zu erwarten gewesen, dass sie sich auf ihre Stiftungsrechte beruft, um das Land Nordrhein-Westfalen zu den nötigen Sanierungs- und Unterhaltsleistungen für die Schlossgebäude in Bonn zu veranlassen, und das Land Nordrhein-Westfalen hätte sich auf seine Stifterstellung und auf die damit verbundenen Pflichten besinnen können; letzteres musste schon angesichts der staatlichen Bildungsaufgabe des Lan-

des naheliegen, und daran änderte nichts, wenn das Land Nordrhein-Westfalen seinen Bau- und Liegenschaftsbetrieb zwischengeschaltet hat.

Besonders überrascht, dass die Juristenfakultät der Universität Bonn mehr als ein Jahrzehnt diese Pacht- und Mietverträge hingenommen hat, ohne nach der Zulässigkeit eine Frage zu stellen! Doch bekanntlich finden die praktischen Fragen des Lebens überhaupt nur selten den Weg in den Elfenbeinturm der Wissenschaft – die Rechtswissenschaft macht hierbei offenbar keine Ausnahme.

Bundesministerin der Justiz Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Berlin

Mietrechtsänderungsgesetz – 1. Lesung*

Rede zum Mietrechtsänderungsgesetz vor dem Deutschen Bundestag am 27. September 2012 in Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident!
Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen!

Die Energiewende ist eine der zentralen gesellschaftspolitischen Herausforderungen unserer Zeit. Ein großes Potenzial für Energieeffizienz liegt im Gebäudebestand. Deshalb spielt die Wohnungswirtschaft für das Umweltkonzept der Bundesregierung und für die Energiewende eine wichtige Rolle.

Ein modernes, auf Klimaschutz ausgerichtete Mietrecht kann einen eigenen Beitrag zur Energiewende leisten, ohne die soziale Ausgewogenheit aus den Augen zu verlieren. Aber es ersetzt nicht das, was an Fördermaßnahmen und Verbesserungen der Rahmenbedingungen für die Sanierung im Wohnungsbestand notwendig ist. Die Vorschläge dazu liegen leider seit Monaten im Bundesrat. Ich kann nur sagen: Auch dieses Paket gehört dazu.

Um höhere Energieeffizienz des Gebäudebestandes tatsächlich zu bekommen, müssen Anreize geschaffen werden, gerade auch für Vermieter von wenigen Wohnungen, damit auch sie diese Möglichkeiten nutzen und tatsächlich die notwendigen energetischen Modernisierungen durchführen. Da setzt unser Gesetzentwurf an.

Wir wollen, und zwar in sehr ausgewogener Weise, damit ermöglichen, dass Sanierungsmaßnahmen, die im Durchschnitt – wenn es sich um Fassaden, um Fenster, um anderes handelt – in einer Zeit von drei Monaten durchgeführt werden, geduldet werden und dass für diese Zeit, wenn es zumutbar ist, keine Forderungen nach Mietminderungen erhoben werden. Das ist ein behutsames Vorgehen mit dem Ziel, gerade die privaten Vermieter dazu zu ermuntern, zu investieren, und zwar in einer Weise, dass es auch dem Mieter zugutekommt. Es kommt dem Mieter nämlich zugute, wenn es künftig niedrigere Nebenkosten gibt, weil der Energieverbrauch verringert wird. Genau dazu dienen die von uns zu befördernden energieeffizienzsteigernden Maßnahmen.

Damit schafft der Gesetzentwurf auch mehr Rechtssicherheit. Natürlich gehört es zu den legitimen und selbstverständlichen Interessen des Mieters, zu wissen, welche energiesparenden Maßnahmen er akzeptieren muss und welche Konsequenzen

sich für ihn daraus ableiten. Genau das gilt auch für den Vermieter, der investiert, der Geld in die Hand nimmt, der damit zu mehr Energieeffizienz beiträgt, aber damit eben auch den Wert seiner Mietwohnung erhöht.

Wir ändern nichts an der seit vielen Jahren bestehenden Regelung, dass von den Modernisierungskosten – das gilt dann eben auch für Sanierungskosten – in keinem Fall mehr als elf Prozent jährlich auf die Miete umgelegt werden dürfen. Wenn wir uns die Praxis anschauen, dann erkennen wir, dass diese Spanne von elf Prozent von vielen Vermietern gar nicht ausgeschöpft wird, obwohl sie es nach geltendem Recht tun könnten.

Angesichts der großen Herausforderung der Energiewende, der wir uns gegenübersehen, bedeutet dieser Gesetzentwurf eine wirklich ausgewogene Anpassung von Leistung und Gegenleistung im Mietverhältnis.

Einen weiteren wichtigen Beitrag zu Energieeffizienz und Klimaschutz kann das sogenannte Contracting leisten. Damit beschäftigt sich der Bundestag schon seit mehreren Legislaturperioden, und nie ist es in all den Jahren gelungen, endlich einmal einen Regelungsvorschlag zu unterbreiten. Wir wollen aber doch gerade, dass, wenn ein Vermieter von größeren Wohnungseinheiten von der Wärmeversorgung in Eigenregie auf gewerbliche Wärmelieferung durch einen Dritten umstellt, es zu mehr Energieeffizienz kommt, indem dann investiert wird, zum Beispiel in einen neuen Heizkessel. Eine andere Möglichkeit ist, dass ein Haus mit Mietwohnungen im Zuge dessen mit Fernwärme versorgt wird. Das wollen wir befördern, weil so Energie gespart und die Umwelt geschont wird.

Der Vermieter kann sich darauf verlassen, dass die Umstellung in einem geordneten Verfahren durchgeführt wird, und der Mieter weiß, dass die Umstellung nicht nur umweltfreundlich ist, sondern für ihn auch kostenneutral bleibt. Genau das wollen wir mit den Regelungen gewährleisten, die wir jetzt im Mietrecht vorsehen.

*) Titel der Redaktion GuT. Zum Referentenentwurf, Stand 25. 10. 2011, vgl. Heinz in GuT 2011, 222.

In der Haushaltsdebatte wurde von einigen Rednern darauf hingewiesen, dass die Vertreibung von Mietern aus angestammten Vierteln das soziale Wohngefüge gefährde und dass dies insbesondere ein Problem in den großen Städten sei. Dem kann ich nur zustimmen. In München, in Hamburg, in Köln oder in Berlin – wer regiert dort, teilweise seit Jahren? Wer nutzt die rechtlichen Möglichkeiten zum Kiez- und Milieuschutz, die gerade auf Länderebene bestehen? Ich habe davon bisher wenig gehört. Aber wir machen jetzt etwas mit diesem Gesetzentwurf!

Wir schmeißen niemanden raus; Frau Wawzyniak, im Gegenteil! Vielleicht haben Sie bei diesem Gesetzentwurf bemerkt, dass wir an den Kündigungsfristen nichts ändern, sondern dass es genau bei den Regelungen bleibt, wie wir sie derzeit haben.

Mit unserem Gesetzentwurf werden wir Mieter künftig sogar noch besser vor Eigenbedarfskündigungen schützen. Die Umgehung des Kündigungsschutzes bei der Umwandlung in Eigentumswohnungen nach dem sogenannten Münchener Modell wird es zukünftig nicht mehr geben. Der Schutz vor Eigenbedarfskündigungen für mindestens drei Jahre – nach Landesrecht übrigens dann für bis zu zehn Jahre – wird auch greifen, wenn eine Personengesellschaft ein Mietshaus erwirbt, um die Wohnungen in Eigentumswohnungen umzuwandeln. Genau das hat doch dem Vorschub geleistet, was wir in manchen Städ-

ten erleben, nämlich dass in einer Art und Weise umgewandelt wird, bei der die derzeitigen rechtlichen Regelungen eben nicht greifen. Deshalb ist der Gesetzentwurf, den wir hier vorlegen, ausgewogen im Hinblick auf Rechte und Pflichten von Mietern und Vermietern.

Das gilt auch – erlauben Sie mir eine letzte Bemerkung –, wenn es um missbräuchliches Verhalten von Mietern geht, und das gibt es; das kann man nicht leugnen. Um das festzustellen, braucht man nicht lange statistische Untersuchungen und tatsächliche Bewertungen; da muss man sich nur einmal mit Vermietern unterhalten, liebe Kolleginnen und Kollegen. Die Vermieter stehen teilweise hilflos da, wenn ihre Mietwohnungen beschädigt werden oder sich die Mieter den Zahlungsverpflichtungen entziehen. Da wissen die Vermieter nicht, wie sie ihr Eigentum, ihre Mietwohnung, wiederherrichten sollen oder entsprechend durchgreifen können. Auf der Grundlage des Berliner Räumungsmodells – das haben wir etwas weiterentwickelt – verbessern wir die Möglichkeiten des Vermieters, hier angemessen vorzugehen.

Von daher bietet der Gesetzentwurf eine gute Grundlage für die kommenden, mit Sicherheit sehr engagiert geführten Beratungen zu einem wichtigen gesellschaftlichen Thema.

Wirtschaft und Verbände

Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel, Berlin

Soziale Marktwirtschaft in schwieriger Zeit*

Rede beim Tag der Deutschen Industrie am 25. September 2012 in Berlin

Sehr geehrter Herr Prof. Keitel,
meine Damen und Herren,

Ich möchte mich herzlich für die Einladung zum Tag der Deutschen Industrie bedanken, der ich wieder gerne gefolgt bin, denn wir erleben ja in der Tat außerordentlich herausfordernde Zeiten, in denen große Aufgaben zu bewältigen sind. Herr Prof. Keitel hat das eben schon angedeutet und ausgeführt.

Seit September 2008, als Lehman Brothers Konkurs anmelden musste, hat auch die deutsche Wirtschaft immer wieder ein Wellenbad von Gefühlen durchlebt. Die seit Jahrzehnten tiefste Krise der Weltwirtschaft ging auch an Deutschland nicht spurlos vorüber. Wir haben heute schon fast vergessen, dass wir 2009 einen Einbruch des Bruttoinlandsprodukts von mehr als fünf Prozent hatten – etwas, das wir in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland bis dahin nicht kannten. Umso erfreulicher war es, dass wir 2011 schon wieder das Vorkrisenniveau erreichen konnten – schneller als viele andere Länder in Europa und auch außerhalb Europas. Das lag auch ganz wesentlich daran, dass sich Deutschland von Anfang des Jahrtausends bis zum Ende des ersten Jahrzehnts von einem kranken Mann Europas hin zu einem Stabilitätsanker und Wirtschafts- und Wachstumsmotor in Europa entwickelt hat. Daran haben viele einen Anteil – auch und vor allem die Unternehmen.

Die Soziale Marktwirtschaft hat sich in dieser schwierigen Zeit, wie ich finde, auf sehr gute Art und Weise bewährt. Ohne die Flexibilität von vielen Tarifverträgen wäre diese Zeit nicht so einfach zu überbrücken gewesen. Auch die Politik hat einigermaßen vernünftig gehandelt. Wir haben das, was gemeinsam mit Wirtschaftsvertretern und Sozialpartnern zu besprechen war, auch gemeinsam besprochen.

Ich möchte der deutschen Industrie für das, was damals geleistet wurde, ganz herzlich danken und auch dem BDI, der mit mir – Prof. Keitel hat es ausgeführt – ja nicht immer einer Meinung ist, aber in großen Fragen immer auf einem gemeinsamen Weg war. So ähnlich lautete auch einst ein Europawahlkampfversprechen von Wolfgang Schäuble und mir.

Heute finden wir uns in einer Zeit wieder, in der es auch Unsicherheiten bezüglich der Prognosen für die deutsche Wirtschaft gibt, aber in der wir vor allen Dingen sagen müssen, dass auch europaweit noch ein hohes Maß an Unsicherheit herrscht. Wir wissen, dass in Deutschland die Zahl der Arbeitslosen im Augenblick so niedrig ist wie seit 20 Jahren nicht mehr. Die Jugendarbeitslosigkeit ist massiv zurückgegangen; sie hat sich

*) Titel der Redaktion GuT

mehr als halbiert. Auch bei den Langzeitarbeitslosen haben wir einen Rückgang. Aber wir wissen: Zum Teil spielen hier auch demografische Effekte eine Rolle. Ich möchte außerdem ausdrücklich sagen: Drei Millionen Arbeitslose sind immer noch zu viel – auch und gerade angesichts der Tatsache, dass wir in Zukunft mehr über Fachkräftemangel sprechen werden.

Aber wir spüren auch: Deutschland ist keine Insel, sondern Deutschland als starke Exportnation – rund 40 Prozent der Exporte fließen in die Eurozone, rund 60 Prozent in die Europäische Union – kann sich nicht abkoppeln von den weltwirtschaftlichen und europawirtschaftlichen Entwicklungen. Deshalb haben wir es mit der Bewältigung einer Krise zu tun – insbesondere im Euroraum –, die im Kern eine Vertrauenskrise ist und deren reale Grundlage eine zu hohe Verschuldung und eine zu große Unterschiedlichkeit in der Wettbewerbsfähigkeit ist. Diese Analyse wird inzwischen allgemein geteilt; das ist immerhin schon etwas. Wenn man ein Problem lösen will, muss man wenigstens fragen, wie es dazu gekommen ist, um eine gleiche Grundlage für Lösungen zu haben. Das wurde aber nicht von Anfang an und nicht immer so gemacht.

Es herrscht auf den Finanzmärkten nach wie vor Misstrauen bezüglich der Frage, ob einige Euroländer ihre Schulden langfristig bedienen können. Die Welt fragt sich: Wie wettbewerbsfähig sind die Länder im Euroraum? Wir in Europa müssen uns fragen: Wie kann es uns gelingen, verloren gegangenes Vertrauen zurückzugewinnen? Zu oft ist in Europa etwas gesagt worden, das anschließend nicht eingehalten wurde. Das Versprechen Anfang des Jahrtausends, dass Europa am Ende des laufenden Jahrzehnts der dynamischste Kontinent der Welt sein werde, ist erkennbar nicht gehalten worden. Wir haben noch viel zu tun, damit uns die Welt als dynamischsten Kontinent bezeichnen könnte.

Wir arbeiten jetzt als Bundesregierung an der Überwindung dieser Krise. Und wir wissen: Sie ist nicht über Nacht gekommen. Man kann sehr gut nachvollziehen, wie sie sich insbesondere in den letzten zehn Jahren – nach Einführung des Euro – entwickelt hat. Deshalb brauchen wir auch einen langen Atem, um diese Krise zu überwinden. Und dafür brauchen wir die richtigen Weichenstellungen.

Ich möchte mich ausdrücklich beim BDI und auch bei Ihnen, Herr Prof. Keitel, dafür bedanken, dass Sie uns immer auf diesem Weg begleitet haben, dass Sie die lange Linie sehen, auf der wir arbeiten, dass Sie auch die Vorteile, die uns der Euro und die Europäische Union geben, immer wieder in den Mittelpunkt – auch Ihrer heutigen Rede – stellen und damit deutlich machen: Wir müssen alle Anstrengungen unternehmen, diesen Weg durch die Krise so zu gestalten, dass Europa zum Schluss stärker daraus hervorgeht, als es in diese Krise gegangen ist. Dabei stehen uns noch viele Aufgaben ins Haus.

Wir haben aber schon einiges geschafft. Wir haben den Stabilitäts- und Wachstumspakt gestärkt. Wir haben einen Fiskalvertrag geschlossen. Die Tatsache, dass Deutschland seit 2009 eine Schuldenbremse im Grundgesetz hat, hat uns sehr geholfen, den Fiskalvertrag für fast ganz Europa umzusetzen. Und die Tatsache, dass der ESM als Mittel der Solidarität und der Fiskalpakt als Mittel der Solidität jetzt auch vom Bundesverfassungsgericht positiv bewertet wurden, gibt uns natürlich zwei wichtige Instrumente in die Hand, mit denen wir jetzt arbeiten können.

Ich sage allerdings auch: Ich hätte mir, was den Fiskalpakt anbelangt, gewünscht, dass der Europäische Gerichtshof nicht nur überprüfen kann, ob der Fiskalvertrag in die jeweiligen nationalen Rechtsnormen ordentlich umgesetzt ist, sondern dass der Europäische Gerichtshof zudem überprüfen kann, ob die verabschiedeten Haushalte der jeweiligen Euromitgliedstaaten auch tatsächlich den Ansprüchen dieses Fiskalvertrags entsprechen. Ich werde auch bei der weiteren Entwicklung Europas darauf Wert legen, dass wir diese Frage nicht einfach beiseitelegen, denn die Frage der Verbindlichkeit und die Frage der Glaubwürdigkeit zeigen sich genau an diesen Taten.

Wir haben in dieser schwierigen Krise Solidarität gezeigt. Wir haben Instrumente der Solidarität, aber es ist genau so, wie Prof. Keitel es auch gesagt hat: Haftung und Kontrolle müssen unmittelbar miteinander verknüpft sein. Alles andere würde Europa wieder auf einen Pfad führen, der bewiese, dass wir aus den Fehlern der Vergangenheit nicht gelernt hätten. Dieses Grundprinzip – Haftung und Kontrolle – wird von der Bundesregierung immer und immer wieder vertreten. Wir wissen, dass wir ansonsten fatale Fehlanreize bekämen. Deshalb sind Vergemeinschaftungswünsche ohne die jeweils dafür notwendige Struktur für Durchgriffs- und Eingriffsrechte nicht zielführend, sondern bringen uns wieder dahin, wo wir herkommen und wo wir wegkommen müssen.

Wir wissen inzwischen – und mancher, der mit mir auf Reisen war, weiß auch, dass ich oft meine Charts zücke, auf dem die Lohnstückkosten verschiedener Euroländer abgebildet sind – zwei Dinge.

Erstens: Nach Einführung des Euros haben sich die Lohnstückkosten in der Europäischen Union, insbesondere im Euroraum, massiv auseinanderentwickelt. Gleichzeitig sehen wir aber auch, dass die Reformen, die jetzt in vielen Euroländern durchgeführt werden, dazu führen, dass wir wieder eine höhere Kohärenz der Lohnstückkosten bekommen. Allerdings sind wir da in Europa immer noch ziemlich weit voneinander entfernt.

Und der zweite Punkt, der international immer wieder diskutiert wird und bei dem wir aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland keine Kompromisse machen dürfen, ist, dass nämlich gesagt wird: „Ja, ihr braucht einheitliche Lohnstückkosten; und deshalb müsst ihr“ – wir Deutschen; so wird uns oft geraten – „mit euren Lohnstückkosten schneller hochgehen, damit die Harmonisierung mit denen, die runtergehen müssen, schneller erfolgt.“ Das höre ich auf internationaler Ebene immer wieder – auch von Menschen, die eine sehr hohe Reputation genießen. Ich sage einmal: Wenn man nur die Frage im Auge hat, kurzfristig die Eurokrise zu lösen, dann mag das ja eine Möglichkeit sein. Wem aber das langfristige Wohlergehen Europas wirklich am Herzen liegt, der darf darauf nicht hereinfallen. Davon bin ich zutiefst überzeugt.

Denn – und das ist das, was in der Europäischen Union, in der Diskussion auch bei uns in den Räten und bei vielen anderen nicht immer gesehen wird –: Europa ist im Augenblick nicht Wachstumsmotor der Welt. Das heißt, wenn wir darüber reden, wie wir Wachstum kreieren wollen – was ja sowieso immer eine recht theorielastige Veranstaltung ist, wenn Politiker darüber sprechen; für theorielastige Veranstaltungen bin ich ja bekannt, weil ich theoretische Physikerin war –, wenn wir abstrakt über Wachstum sprechen, dann ist das ja erkennbar ein Bereich, in dem wir das Gewünschte nicht durch Recht, Gesetze oder Richtlinien verordnen können, sondern wir können nur Bedingungen für Wachstum schaffen, falls dieses Wachstum außerhalb des Staatsapparats stattfinden soll. Es ist natürlich vollkommen klar, dass Wachstum nur dann möglich ist, wenn wir in der Lage sind, weltmarktfähige Produkte zu produzieren, die insbesondere auch in den Schwellenländern abgesetzt werden können. Da liegt der Schlüssel für Europas Prosperität. Da aber viele Länder zu den Weltmärkten längst nicht die intensiven Beziehungen haben, die sie eigentlich haben müssten, ist die Versuchung, nur noch aus dem eigenen Erleben heraus zu argumentieren, riesig groß. Und deshalb ist der Anschluss an die Weltmärkte das eigentliche Kriterium, wenn wir fragen: Wie hoch müssen unsere Lohnstückkosten ausfallen, wie hoch unsere Investitionen in Innovationen, was müssen wir schaffen?

Wenn wir uns die Globalisierung vor Augen halten, kann ich nur das unterstreichen, was Herr Prof. Keitel gesagt hat. Wir in Europa sind knapp 500 Millionen Menschen, wir sind der größte Binnenmarkt der Welt – zum Beispiel China fordert uns immer wieder auf: „Macht was draus.“ Aber zu glauben, die einzelnen Volkswirtschaften in Europa – selbst die deutsche Volkswirtschaft – könnten alleine in den globalen Märkten noch et-

was bewegen, ist eben ein Irrtum. Deshalb lohnt es sich, alle Mühe in Europa und in ein wettbewerbsfähiges Europa zu investieren.

Wir haben zum 50. Jahrestag der Unterzeichnung der Römischen Verträge gesagt: „Wir Europäer, wir sind zu unserem Glück vereint.“ – Wir sind zum Glück vereint, aber wir sind auch so vereint, dass wir für unser Glück in der Zukunft zu arbeiten haben. Das steckt in diesem Satz und dem fühlen wir uns verpflichtet. Aber: Dieses Glück darf kein Scheinglück sein, sodass man sich sozusagen dauernd lächelnd in die Augen schaut und die eigentlichen Probleme nicht mehr bespricht. Denn je vereinter wir sind, desto ehrlicher müssen wir auch miteinander umgehen. Und so, wie wir einander in Deutschland die Leviten lesen oder uns gegenseitig ins Stammbuch schreiben, was notwendig ist, so müssen wir das auch in einem sich vereinigen Europa sehr viel stärker tun.

Natürlich treten, je enger die europäische Integration wird, umso mehr auch die politischen Unterschiede zutage – je nachdem, welchen Weg man denn für dieses Europa vorsieht –, so, wie das bei uns zu Hause in den nationalen Parlamenten auch der Fall ist. Streit muss geführt werden, denn das ist ein Wettbewerb um den besten Weg. Natürlich muss dieser Streit auch demokratisch legitimiert sein, was uns vor erhebliche Herausforderungen stellt.

Wir arbeiten jetzt im Europäischen Rat gemeinsam mit dem Präsidenten der Europäischen Zentralbank, mit dem Präsidenten der Kommission und dem Vorsitzenden der Eurogruppe an den nächsten Schritten für mehr Europa im Sinne von mehr Verbindlichkeit und der Möglichkeit, Glaubwürdigkeit zurückzugewinnen. Hierbei geht es darum, Strukturen zu schaffen, die nicht ein generelles Mehr an Europa erfordern, was gar nicht notwendig ist – das Subsidiaritätsprinzip muss weiter gelten –, aber da, wo mehr Europa notwendig ist, da muss es eben geschaffen werden – und dann immer nach dem Prinzip, das hier schon genannt wurde: Haftung und Kontrolle.

Wir erleben das jetzt gerade wieder bei der Bankenaufsicht. Ich bin dafür, dass im Euroraum eine stärkere Bankenaufsicht stattfindet. Wir haben beim Stresstest für spanische Banken erlebt, dass die neugeschaffene europäische Kontrollbehörde, die EBA, die Aufgaben nicht richtig bewältigt hat, weil letztlich die nationalen Einflüsse wieder zu groß waren. Aber: Eine europäische Aufsicht muss auch ein Mehr an Verbindlichkeit mit sich bringen. Ich kann nicht schon einmal über eine direkte Rekapitalisierung von Banken in anderen Ländern sprechen, wenn ich die Durchgriffsrechte überhaupt noch nicht geschaffen habe. Das heißt, Schritt für Schritt und in der richtigen Reihenfolge – und nicht schnell und nach dem Motto „Hauptsache, wir haben etwas“, weil genau das nicht das schafft, was wir so dringend brauchen: Glaubwürdigkeit. Die Welt schaut uns ja hinreichend kritisch bei unseren Bemühungen zu und ist im Augenblick ohnehin eher zu kritisch als zu wenig kritisch.

Ich glaube, wir haben eine gute Chance, die Herausforderungen zu bewältigen. Das erfordert allerdings erhebliche politische Anstrengungen. Sie erfordern natürlich auch den Willen, in schwierigen Situationen dieses Europa zu verteidigen. Ich finde, dies ist aller Mühe wert; und Deutschland muss seinen Beitrag dazu leisten.

Nun stimme ich Ihnen vollkommen zu: Die Steuereinnahmen entwickeln sich sehr günstig. Das gesamtstaatliche Defizit Deutschlands wird im laufenden Jahr wahrscheinlich 0,9 Prozent des BIPs betragen. Wir werden die Vorgaben der Schuldenbremse drei Jahre früher erreichen, wenn die wirtschaftliche Entwicklung weitestgehend so ist, wie wir sie im Augenblick prognostizieren. Aber: Wir haben im Augenblick auch einen Auftrag – und ich nehme ja nicht alle globalen Aufträge an –, möglichst viel auch für den Binnenkonsum in Deutschland zu tun, damit wir auch der Eurozone einen gewissen Wachstumsimpuls geben. Deshalb stellt sich die Frage: Wie viel sollen wir zum jetzigen Zeitpunkt sparen und konsolidieren, und wie viel sollen wir zugleich den Menschen für Konsumzwecke

zu geben versuchen? Denn ich glaube, dass wir durchaus die Aufgabe haben, Wachstum auch durch Binnenkonsum ein Stück weit zu festigen, was ja im Augenblick auch passiert.

Unsere Defizitquote wird in diesem Jahr also knapp unter einem Prozent liegen, die durchschnittliche Defizitquote im Euroraum bei 2,9 Prozent; Großbritannien erwartet eine in Höhe von 6,5 Prozent, die Vereinigten Staaten 7,1 Prozent. Ich will dies nur nebenbei anmerken. Wir wollen spätestens 2016 einen Bundeshaushalt ohne Nettoneuverschuldung haben. Das gab es zuletzt im Jahre 1969. Damals hat im Übrigen die Philosophie begonnen, mit der auch heute wieder argumentiert wird: „Sich erst noch einmal verschulden, damit wir Wachstum haben; und wenn wir Wachstum haben, werden wir die Verschuldung zurückfahren.“ Wir haben jetzt das Jahr 2012. Es hat in keinem einzigen Jahr geklappt. Es hätte geklappt, wenn es die Deutsche Einheit nicht gegeben hätte, also vielleicht im Jahr 1990. Nun gab es sie – das war auch recht, sonst würde ich nicht hier stehen. Aber wir müssen wieder zu einem ausgeglichenen Bundeshaushalt zurückkommen. Und deshalb ist es natürlich richtig, dass Deutschland seine Anstrengungen fortsetzen muss.

Deshalb sage ich erstens: Die Bundesregierung hat in den letzten vier Jahren richtigerweise jedes Jahr vier Milliarden Euro mehr in Forschung und Bildung investiert. Dies hat uns zu einem der zuverlässigsten Länder weltweit gemacht, was die Finanzierung von wissenschaftlichen Organisationen anbelangt. Das hat auch zu einer Rückkehr von Wissenschaftlern geführt. Wir haben mit der Hightech-Strategie eine gute Kooperation von Wirtschaft und Forschungsinstitutionen gefunden. Auch darauf können wir wirklich stolz sein. Ich hoffe, dass es uns noch gelingt, das Grundgesetz im Sinne der Forschungsk Kooperation zu ändern, also zwischen Bund und Ländern sozusagen eine Aufweitung zu schaffen. Das ist dringend erforderlich, um die universitären Bereiche mit Großforschungseinrichtungen zu vernetzen. Es ist absehbar, dass viele Bundesländer – wenn ich mir allein die Pensionslasten anschau, die auf die Länder zukommen – in Zukunft keine weltmarktcompatible Forschung mehr haben können, wenn wir nicht zu einer engeren Kooperation kommen. Und wer von Ihnen Einfluss hat, in diesem Bereich noch tätig zu werden, könnte das vielleicht dankenswerterweise tun.

Zweitens: Wir streben keine Steuererhöhungen an. Ich will hier auch noch einmal sagen: Auch die Bundessozialministerin hat von Vermögensabgaben nichts gesagt. Es gibt heutzutage kommunikative Wunder. Sie hat, wie es ihre Aufgabe ist, einen Armutsbericht vorgelegt, in dem unter dem Kapitel „Spenden“ darauf hingewiesen wird, dass man bezüglich der steuerlichen Progression und der Absetzbarkeit von Spenden vielleicht noch mehr tun könnte, um das freiwillige Engagement zu fördern. Dann ist der Progressionssatz aus dem Bericht herausgenommen, der Kontext vernichtet worden. Dann war es schon die Progression; und kurz darauf war es eine Vermögensabgabe. Niemand plant das. Wir werden das nicht tun, weil wir das im Augenblick und auch überhaupt für falsch halten und weil wir über die Volatilität des Kapitals Bescheid wissen und über alles, was davon hier ist, froh sind.

Was wir aber nach Vorlage des Existenzsicherungsberichts tun wollen, ist, den Grundfreibetrag, der rechtlich dem Einzelnen zusteht, bevor die Steuerzahlungen beginnen, zu erhöhen. Wir wollen gleichzeitig, dass Lohnerhöhungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht durch die kalte Progression geschmälert werden. Das heißt, wir wollen die kalte Progression bekämpfen. Dafür gibt es einen Gesetzentwurf im Bundesrat. Dessen Verabschiedung wäre ein guter Beitrag für mehr Wachstum und auch für mehr Steuergerechtigkeit. Deshalb hoffen wir, dass wir noch eine Chance haben, das umzusetzen.

Ich will hier auch ganz klar sagen: Die Rente mit 67 war eine notwendige Entscheidung. Die Absenkung des Rentenniveaus ist Teil eines zukunftsfähigen Rentenkonzepts. Und deshalb werden wir, die Bundesregierung, an diesen Parametern auch nichts ändern. Allerdings – soweit können Sie noch völ-

lig bedenkenlos klatschen – müssen wir uns mit der Frage befassen, was angesichts des abgesenkten Rentenniveaus die Rente für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Durchschnittsgehalt in Zukunft bedeutet. Denn die Akzeptanz eines sozialen Sicherungssystems, in das man 45 Jahre lang einzahlt, hängt natürlich davon ab, ob man nach 45 Beitragsjahren noch die Chance hat, etwas bessergestellt zu sein als derjenige, der nie in ein solches System eingezahlt hat.

Wir stehen politisch – und das ist für Ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, das heißt, auch für die Industrie wichtig – vor folgendem Problem: Wir haben klare Vorgaben durch das Bundesverfassungsgericht, in welcher Art und Weise die Hartz-IV-Sätze, die Sozialhilfesätze und die Grundsicherung anzusteigen haben. Wir sind da durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts völlig gebunden. Früher haben wir eine Grundsicherungskopplung an die Steigerung der Renten gehabt. Das ist uns aus der Hand genommen. Das heißt, wir müssen in einer Mischung aus der Inflation und der Lohnentwicklung jährlich die Grundsicherung erhöhen und trotzdem in irgendeiner Weise erreichen, dass sich Arbeiten lohnt und dass der, der arbeitet, mehr hat als derjenige, der nicht arbeitet, und im Alter auch dafür belohnt wird. Wir brauchen dabei auch die private Vorsorge; und wir brauchen auch eine faire Betrachtung der privaten Vorsorge, die jemand in Kombination mit der im gesetzlichen Rentensystem erarbeiteten Rente geleistet hat. Insoweit werden wir darauf zurückkommen und ein Konzept vorlegen, wie wir Altersarmut bekämpfen – nicht, indem wir an die Renteneinnahmen herangehen, sondern indem wir Anreize schaffen, sich privat zu versichern, und Anreize schaffen, dass das System der gesetzlichen Rente nicht völlig seine Akzeptanz verliert. Sie werden auch bald erfahren, wie das Konzept aussieht. Insofern können wir beim nächsten Tag der Industrie darauf zurückkommen.

Natürlich ist auch das Thema Energiepreise für die deutsche Wirtschaft von herausragender Bedeutung. Ich möchte mich dafür bedanken, dass Sie im Grundsatz die energiepolitische Entscheidung angesichts der Katastrophe von Fukushima mitgetragen haben und sich an der konstruktiven Umsetzung der Lösung der daraus entstandenen Probleme beteiligen.

Diese Entscheidung birgt Chancen in zweierlei Hinsicht:

Zum Ersten, weil wir weitestgehend einen Konsens zur Energiepolitik im Land haben; und dieser Konsens ist ein Wert an sich.

Zum Zweiten, weil wir, wenn wir es gut machen, die Chance haben, als ein Modellland auch für viele andere Länder zu dienen. Ich erinnere zum Beispiel an die Entscheidung Japans, aus der Kernenergie auszusteigen.

Aber der Weg ist steinig, er ist schwierig; und das auch infolge von Vorentscheidungen – ich nenne beispielsweise das Erneuerbare-Energien-Gesetz; wenn wir Änderungen vornehmen wollen, muss ja immer wieder demokratisch darüber entschieden werden. Das ist zum Teil gar nicht so einfach. Wir haben am Beispiel der Solarförderung gesehen, was passieren kann. Selbst wenn Teile der Politik willens sind, die Fördersätze stark zu reduzieren, sind doch inzwischen so viele – also schon mehr als die Hälfte – von bestimmten Fördersätzen oder Subventionen abhängig, sodass es gar nicht einfach ist, sie dazu zu bringen, die Abhängigkeit selbst zu kappen. Das ist die Situation, die wir bei der Förderung der erneuerbaren Energien zum Teil haben. Es ist ein Glücksfall, muss ich sagen, dass – obwohl auf hohem Niveau – in den neuen Regelungen für die Solarförderung eine Deckelung bei 52 Gigawatt eingezogen ist. Allerdings muss man wissen, dass man am Tag 60, 65 oder 70 Gigawatt verfügbar haben muss. Wenn man sich überlegt, dass jetzt bis 52 Gigawatt Solarenergie gebaut werden kann, ist das eine erhebliche Herausforderung. Und da wir nicht wissen – da wir

Neuland beschreiten –, ob die Offshore-Energie, ob die Windenergie an Land, ob die Solarenergie sich so oder so schnell entwickeln, müssen wir die Bereitschaft finden, in der Kooperation von Bund und Ländern auf diese Entwicklungen so zu reagieren, dass wir nicht sinnlose Kostensteigerungen haben, die uns als Industriestandort letztlich schwächen. Daran arbeiten wir. Da muss bei der Windenergie noch etwas passieren. Das wird kein einfacher Weg.

Was wir nicht zulassen dürfen, ist eine Dreiteilung der Gesellschaft: Die einen sind für die Preise zuständig, die Zweiten für die Versorgungssicherheit und die Dritten für die Umweltfreundlichkeit. Das wäre die Aufkündigung des Konsenses. Stattdessen müssen wir uns allen drei Zielen verantwortlich fühlen. Deshalb bin ich froh, dass es gelungen ist, eine beständige Arbeitsstruktur mit den Bundesländern zu schaffen. Die Ministerpräsidenten und die Bundeskanzlerin treffen sich jetzt zwei Mal jährlich – außerhalb der routinemäßigen Treffen –, um ausschließlich über den Fortgang der Energiewende zu sprechen. Wir haben die entsprechenden Plattformen, denn weder Bund noch Länder können die Dinge allein lösen. Wir brauchen für fast jedes Ausbauprojekt der Netze die Länder, wir brauchen auch in der Frage einer EEG-Änderung die Länder. Es geht also nur voran, wenn Bund und Länder eng zusammenarbeiten.

Wir werden bis Jahresende die Netzbedarfsplanung fertig haben. Es wird ein Gesetz für die großen Übertragungsleitungen geben, die mit Gleichstrom funktionieren. Und wir werden Wert darauf legen, dass die großen Infrastrukturprojekte, die von den Ländern geplant werden, mit dem sogenannten EnLAG, dem Energieleitungsausbaugesetz, auch tatsächlich schnell vorankommen. Das Bundesverwaltungsgericht pflegt eine sehr zügige Rechtsprechung; das ist eine große Unterstützung. Und dann wird es auch darauf ankommen, den Ausbau der erneuerbaren Energien mit dem Ausbau der Netze zu synchronisieren. Da ist es eine gute Nachricht, dass sich der Bundesumwelt- und der Bundeswirtschaftsminister dieser Aufgabe gleichermaßen verbunden fühlen.

Wir sehen bei der Energiewende, wir sehen in der Rohstoffpolitik, wir sehen in der Frage der Bekämpfung der Eurokrise immer wieder, dass Politik und Wirtschaft – bei allen unterschiedlichen Aufgabenstellungen – in der heutigen Zeit an verschiedenen Stellen stärker miteinander zu tun haben, als wir vielleicht vor einigen Jahren noch dachten. Ich glaube, dass uns das in der notwendigen Distanz, aber auch in der notwendigen Bereitschaft zur Zusammenarbeit, wenn es zum Wohle Deutschlands ist, recht gut gelungen ist. Deshalb richte ich ein ganz herzliches Dankeschön – auch wenn es noch zu früh für Abschiedsreden ist, Herr Prof. Keitel; Sie haben es selbst gesagt – auch an Sie, der Sie immer wieder die Gemeinsamkeit der Aufgabe gesehen, aber sich auch nicht gescheut haben, wenn etwas schief läuft, dies klar beim Namen zu nennen. Deshalb: Danke schön für die Zusammenarbeit. Und, Herr Grillo – wir haben ja schon einmal ein bisschen getestet; ob in der Mongolei oder in Kasachstan beim Abschluss von Rohstoffpartnerschaften –, es gibt jedenfalls begründete Aussichten, dass sie auch mit uns beiden ganz gut wird.

In diesem Sinne herzlichen Dank für die Kooperation und auf weitere intensive Diskussionen zum Wohle unseres Landes.

GuT

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

Gewerbemiete

§ 93 BGB

Sonderrechtsfähigkeit des Bestandteils einer (Gesamt-)Sache; Modul einer technischen Anlage; (un)wesentlicher Bestandteil; Überlassungsvertrag über das Modul; Leihe; Herausgabeverlangen nach Vertragsbeendigung

a) Auch eine nicht serienmäßig hergestellte Sache, die Bestandteil einer (Gesamt-)Sache ist, kann sonderrechtsfähig sein, wenn sie an die Gegenstände, mit denen sie verbunden ist, nicht besonders angepasst ist und durch eine andere gleichartige Sache ersetzt werden kann.

b) Ein Bestandteil einer Sache ist nicht schon dann als wesentlich anzusehen, weil seine Abtrennung mit einem hohen Aufwand verbunden ist; die Kosten der Abtrennung müssen vielmehr im Vergleich zu dem Wert des abzutrennenden Bestandteils unverhältnismäßig sein.

c) Ob ein Bestandteil einer zusammengesetzten Sache wesentlich und damit sonderrechtsunfähig ist, bestimmt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Verbindung. Nachfolgende Wertveränderungen – insbesondere Wertminderungen durch Abnutzung oder Alterung – sind bei der Prüfung der Wesentlichkeit eines Bestandteils grundsätzlich nicht zu berücksichtigen.

(BGH, Urteil vom 11. 11. 2011 – V ZR 231/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Fa. G. (im Folgenden: Schuldnerin) stellte ein ORC Kompaktmodul (im Folgenden: Modul) her. Dieses ist ein Teil eines kleinen Wärmekraftwerks zur Stromerzeugung, in dem anstelle von Wasser eine organische Flüssigkeit eingesetzt, für den Antrieb einer Turbine verdampft und anschließend wieder kondensiert wird. Dieses Modul betrieb die Schuldnerin zunächst in einer Versuchsanlage.

2 Im November 2001 schloss die Klägerin mit der Beklagten für den weiteren Betrieb des Moduls an einem anderen Standort einen unentgeltlichen, zeitlich unbegrenzten Überlassungsvertrag, der im Falle einer Liquidation, einer Umfirmierung oder eines Wechsels der Gesellschafter der Beklagten erlöschen sollte. Falls die Schuldnerin nach der Beendigung des Vertrags das Modul nicht übernehmen wollte, sollte das Eigentum auf die Beklagte übergehen.

3 Das Modul wurde von der Beklagten in einer neuen Halle montiert und an eine mit Holzabfällen der Fabrik betriebene Feuerungsanlage angeschlossen. Es erzeugt dort Strom, der über einen Transformator in das öffentliche Netz eingespeist wird.

4 Über das Vermögen der Schuldnerin wurde im Mai 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Streithelfer der Klägerin zum Verwalter bestellt. Im August 2005 veräußerte dieser der Klägerin u. a. das von der Schuldnerin an die Beklagte überlassene Modul unter Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen die Beklagte. Im Oktober 2005 kündigte der Streithelfer den Vertrag mit der Beklagten mit sofortiger Wirkung, zeigte die Veräußerung des Moduls an die Klägerin an und erklärte vorsorglich die Anfechtung des Überlassungsvertrags nach § 134 InsO.

5 Die Klägerin hat u. a. – hier allein von Interesse – die Beklagte auf Herausgabe des Moduls verklagt. Das Landgericht Gera hat diesem Klageantrag stattgegeben, das Oberlandesgericht Jena hat ihn abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin den Herausgabeanspruch weiter.

6 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht meint, dass die Klägerin nicht die Herausgabe des Moduls nach § 985 BGB

beanspruchen könne, weil das Eigentum bereits mit der Integration in die zur Stromerzeugung errichtete Anlage gemäß §§ 949, 947, 93 BGB auf die Beklagte übergegangen sei.

7 Das Modul sei nicht lediglich ein Scheinbestandteil der Anlage (§ 95 BGB). Die Klägerin habe nämlich den ihr obliegenden Beweis, dass die Verbindung des Moduls mit den anderen Bestandteilen der Anlage nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt sei, nicht geführt.

8 Das Modul sei vielmehr durch die Verbindung wesentlicher Bestandteil einer Anlage (§ 93 BGB) geworden. Ob und welche Schäden mit einer Abtrennung des Moduls verbunden seien, sei zwischen den Parteien streitig, könne aber dahinstehen, weil ein Ausbau des Moduls dazu führte, dass sowohl dieses als auch die Restanlage in ihrem Wesen verändert würden. Das Modul könne zwar in eine andere Anlage integriert werden, sei jedoch nicht allein nutzbar. Die Restanlage wäre entwertet, weil sie nach Entfernung des Moduls weder wirtschaftlich vergleichbar noch gleichwertig genutzt werden könnte. Das Modul sei nicht leicht ersetzbar, weil solche Module nicht in Serie, sondern nur auf Bestellung hergestellt würden. Zudem müsste das bereits als gebrauchtes Aggregat eingebaute Modul durch ein neues, 800.000 € teures Modul ersetzt werden. Schließlich würden der Ausbau des 30 t schweren Moduls und dessen Ersatz wegen des dafür erforderlichen Einsatzes von Personal (ein Ingenieur und vier Techniker) und Gerät (Kran) einen erheblichen Aufwand verursachen, so dass von einer leichten Ersetzbarkeit keine Rede sein könne.

9 Der Klägerin stehe auch kein schuldrechtlicher Anspruch auf Herausgabe des Moduls zu. In dem Kaufvertrag zwischen der Klägerin und dem Streithelfer sei zwar ein mit Vertragsabschluss abgetretener Herausgabeanspruch genannt worden, ein erst auf Grund der Kündigung des Überlassungsvertrags durch den Streithelfer entstandener vertraglicher Anspruch auf Überreignung durch Abtrennung sei jedoch nicht an die Klägerin abgetreten worden.

10 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Die Verneinung eines Herausgabeanspruchs der Klägerin aus Eigentum nach § 985 BGB ist rechtsfehlerhaft.

11 1. Das Modul ist allerdings Bestandteil der von der Beklagten errichteten Anlage (Kleinkraftwerk). Bestandteile einer Sache sind diejenigen körperlichen Gegenstände, die entweder von Natur aus eine Einheit bilden oder die (hier allein in Betracht kommend) durch die Verbindung miteinander ihre Selbständigkeit dergestalt verloren haben, dass sie fortan, solange die Verbindung dauert, als eine einzige Sache erscheinen (RGZ 67, 30, 32). Maßgebend dafür ist die Verkehrsanschauung (RGZ 158, 362, 370; BGH, Urteil vom 4. November 1987 – VIII ZR 314/86, BGHZ 102, 135, 149) und – wenn diese fehlt oder nicht festgestellt werden kann – die natürliche Betrachtungsweise eines verständigen Beobachters (RGZ 158, 362, 370), wobei Zweck und Wesen der Sache und ihrer Bestandteile vom technisch-wirtschaftlichen Standpunkt aus zu beurteilen sind (BGH, Urteil vom 3. März 1956 – IV ZR 301/55, BGHZ 20, 154, 157).

12 Feststellungen zur Verkehrsanschauung hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Sie waren hier angesichts der Umstände entbehrlich, dass das herausverlangte Modul allein nicht funktionsfähig und von vornherein dazu ausgelegt ist, mit anderen Anlagenteilen (hier: Feuerungsanlage, Trafostation) verbunden zu werden, und nur so seinen Zweck (Strom zu erzeugen) erfüllen kann. Vor diesem Hintergrund ist das Modul durch die Verbindung ein Bestandteil einer – vorwiegend der Stromerzeugung dienenden – Anlage geworden.

13 2. Nicht von Rechtsfehlern frei ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, das Modul sei nach § 93 BGB wesentlicher Bestandteil der Anlage.

14 a) Dabei geht es zutreffend davon aus, dass die Frage, ob das Modul wesentlicher Bestandteil der Anlage geworden ist, sich nach den Wirkungen eines Ausbaus des Moduls bestimmt. Nur Bestandteile, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird (wesentliche Bestandteile), können nach § 93 BGB nicht Gegenstand besonderer Rechte sei.

15 b) Das Berufungsgericht sieht das Modul schon deshalb als wesentlichen Bestandteil der Anlage an, weil es für sich allein nicht funktionsfähig ist. Das ist rechtsfehlerhaft, weil eine Wesensänderung eines abgetrennten Bestandteils zu verneinen ist, wenn dieser in gleicher oder in ähnlicher Weise in eine andere Anlage integriert werden und damit wieder seine Funktion (hier: Strom zu erzeugen) erfüllen kann (vgl. Senatsurteil vom 31. Oktober 1986 – V ZR 166/85, WPM 1987, 47 ‹Dampfkessel in einer Fabrikanlage› sowie BGH, Urteile vom 8. Oktober 1955 – IV ZR 116/55, BGHZ 18, 226, 230 und vom 27. Juni 1973 – VII ZR 201/72, BGHZ 61, 80, 81 ‹Motoren in Schiffen oder Kraftfahrzeugen›).

16 c) Das Modul wäre allerdings dann wesentlicher Bestandteil, wenn durch die Trennung die bei der Beklagten verbleibende Restsache in ihrem Wesen verändert würde (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 1973 – VII ZR 201/72, BGHZ 61, 80, 81 und vom 1. Februar 1990 – IX ZR 110/89, NJW-RR 1990, 586, 587; AnwK-BGB/Ring, § 93 Rn. 22; Köhler, BGB – Allgemeiner Teil, 34. Aufl., S. 287; Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB ‹2004›, § 93 Rn. 18). Für die Wesentlichkeit eines Bestandteils ist nach § 93 BGB auch entscheidend, ob die Restsache nach der Abtrennung des Bestandteils noch in der bisherigen Weise benutzt werden kann, sei es auch erst, nachdem sie zu diesem Zweck wieder mit anderen Sachen verbunden wird (BGH, Urteile vom 8. Oktober 1955 – IV ZR 116/55, BGHZ 18, 226, 229; vom 3. März 1956 – IV ZR 301/55, BGHZ 20, 154, 156 und vom 27. Juni 1973 – VII ZR 201/72, BGHZ 61, 80, 81). Kann das auszubauende Teil durch ein gleiches oder ähnliches Aggregat ersetzt und dadurch die Gesamtsache in gleicher oder ähnlicher Funktion wieder hergestellt werden, ist der abzutrennende Bestandteil grundsätzlich als unwesentlich anzusehen (vgl. Senatsurteil vom 31. Oktober 1986 – V ZR 166/85, WPM 1987, 47; BGH, Urteile vom 27. Juni 1973 – VII ZR 201/72, BGHZ 61, 80, 81 und vom 1. Februar 1990 – IX ZR 110/89, NJW-RR 1990, 586, 587).

17 aa) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist ein Aggregat nicht schon deshalb wesentlicher Bestandteil der Gesamtsache im Sinne des § 93 BGB, weil es nicht serienmäßig (auf Vorrat), sondern nur auf Bestellung produziert wird.

18 Zwar betrafen die meisten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, in denen eingefügte Bestandteile als nicht wesentlich angesehen worden sind, serienmäßig produzierte Aggregate und Austauschteile (vgl. BGH, Urteile vom 8. Oktober 1956 – IV ZR 116/55, BGHZ 18, 226, 230 ‹Schleppermotor›, vom 3. März 1956 – IV ZR 301/55, BGHZ 20, 154, 156, 158 ‹Messinstrumente›, vom 27. Juni 1973 – VII ZR 201/72, BGHZ 61, 80, 81 ‹Kraftfahrzeugmotor› und das Senatsurteil vom 31. Oktober 1986 – V ZR 166/85, WPM 1987, 47 ‹Dampfkessel›). Entscheidend ist jedoch nicht, ob die abtrennbare Sache serienmäßig produziert wird, sondern ob sie an die Gegenstände, mit denen sie verbunden ist, besonders angepasst ist und ob sie durch andere gleichartige ersetzt werden kann. Ist sie an die Gegenstände, mit denen sie verbunden ist, besonders angepasst und kann nur mit diesen verwendet werden, ist sie wesentlicher Bestandteil einer einheitlichen Sache, weil sie durch die Trennung wirtschaftlich wertlos würde (vgl. BGH, Urteil vom 3. März 1956 – IV ZR 334/55, BGHZ 20, 159, 162; OLG Bremen, OLGR 2005, 248, 249). Ist sie dagegen nicht speziell angepasst und kann sie durch ein anderes Teil desselben oder eines anderen Herstellers ersetzt werden, geht sie durch die Verbindung grundsätzlich nicht in der daraus entstandenen Sache auf, sondern bleibt ein unwesentlicher, sonderrechtsfähiger Bestandteil (vgl. BGH, Urteil vom 3. März 1956 – IV ZR 301/55, BGHZ 20, 155, 158).

19 Diese Unterscheidung entspricht der mit der Norm verfolgten Absicht, nicht die durch die Verbindung entstandene Gesamtheit zu konservieren, sondern unter Rücksichtnahme auf volkswirtschaftliche Interessen allein solche Abtrennungen zu vermeiden, welche die Trennstücke beschädigten oder wesentlich veränderten (Prot. I S. 3319, 3320, abgedruckt in Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB, Allgemeiner Teil, S. 436). Daran fehlt es, wenn der abzutrennende Bestandteil an anderer Stelle in gleicher Weise verwendet und die Restsache durch eine andere Sache gleicher Art und Funktion ergänzt werden kann.

20 bb) Das Modul ist nicht deshalb als wesentlicher Bestandteil des Kleinkraftwerks der Beklagten anzusehen, weil das (hier bereits bei dem Einbau) gebrauchte Modul nach der Trennung durch ein neues, viel teureres Modul ersetzt werden müsste, das ungefähr 800.000 € kostete. Diese Begründung ist in zwei Punkten fehlerhaft.

21 (1) Für die Wesentlichkeit eines abtrennbaren Bestandteils ist die Wertzerstörung oder -minderung durch die Trennung, jedoch nicht der Aufwand des Besitzers der Restsache für eine Ersatzbeschaffung maßgeblich.

22 § 93 BGB bezweckt den Schutz volkswirtschaftlicher Interessen. Es soll verhindert werden, dass wirtschaftliche Werte ohne einen rechtfertigenden Grund zerstört werden und dadurch der Volkswirtschaft Schaden zugefügt wird (vgl. BGH, Urteil vom 3. März 1956 – IV ZR 301/55, BGHZ 20, 154, 157). Das individuelle Interesse des Besitzers einer solchen Sache, nach einer Abtrennung eines Bestandteils von den Aufwendungen für eine Ersatzbeschaffung verschont zu bleiben, wird vom Schutzzweck des § 93 BGB dagegen nicht erfasst.

23 (2) Es kommt auch nicht darauf an, ob nach dem jetzigen Zustand der Restsache sich der Einbau eines neuen Moduls noch lohnte (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 1973 – VII ZR 201/72, BGHZ 61, 80, 83). Ob ein Bestandteil einer zusammengesetzten Sache wesentlich und damit sonderrechtsunfähig ist, bestimmt sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt der Verbindung. Die auf die Wertverhältnisse im Zeitpunkt der Trennung abstellende Auslegung des § 93 BGB durch das Berufungsgericht ist zwar mit dem Gesetzeswortlaut, aber nicht mit der sachenrechtlichen Folge der Vorschrift vereinbar. Das volkswirtschaftliche Interesse vor wertzerstörenden oder wertmindernden Trennung wird nach § 93 BGB dadurch geschützt, dass die einzelnen Bestandteile mit der Vereinigung ihre Sonderrechtsfähigkeit verlieren (vgl. Motive III, S. 42). In diesem Zeitpunkt entscheidet sich, ob die Sache unter wirtschaftlich-technischen Gesichtspunkten in der Gesamtsache aufgegangen ist (vgl. BGH, Urteil vom 3. März 1956 – IV ZR 301/55, BGHZ 20, 154, 157). Das Eigentum an einem Bestandteil geht in dem Eigentum an der Gesamtsache auf, wenn die Verbindung bewirkt hat, dass eine anschließende Trennung zu einer Zerstörung wirtschaftlicher Werte führte. Ist dies dagegen nicht der Fall, bleibt die Sache trotz Verbindung sonderrechtsfähig.

24 Vor diesem Hintergrund sind nachfolgende Wertveränderungen – insbesondere übliche Wertminderungen durch Abnutzung oder Alterung – bei der Prüfung der Wesentlichkeit eines Bestandteils grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Gegen die Berücksichtigung dieser Umstände spricht zudem, dass sie unklare Eigentumsverhältnisse an den Bestandteilen einer verbundenen Sache zur Folge hätte. Die Bestandteile blieben dann zwar nach der Verbindung zunächst sonderrechtsfähig, würden aber zu wesentlichen, sonderrechtsunfähigen Bestandteilen der Gesamtsache, sobald die Abtrennung infolge Abnutzung oder Alterung unwirtschaftlich geworden wäre.

25 cc) Schließlich ist das Modul auch nicht deshalb ein wesentlicher Bestandteil, weil der für den Ausbau erforderliche Aufwand hoch wäre.

26 (1) Die Berücksichtigung des für die Trennung erforderlichen Aufwands ist im Ausgangspunkt allerdings nicht zu beanstanden. Eine unverhältnismäßige Höhe der Kosten der Trennung wird in der Rechtsprechung (vgl. RG, RGZ 158, 362, 374

und WarnRspr 1932, Nr. 115; Senatsurteil vom 31. Oktober 1986 – V ZR 166/85, WPM 1987, 47) und im Schrifttum – entweder in entsprechender Anwendung des für die Vermischung von Sachen in § 948 Abs. 2 BGB bestimmten Grundsatzes (so: Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., Rn. 1189; Larenz/Wolf, Allg. Teil des BGB, 9. Aufl., § 20 Rn. 47; Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB <2004>, § 93 Rn. 17) – oder unter Hinweis auf die wirtschaftliche Unvernünftigkeit einer solchen Trennung (Köhler, BGB – Allgemeiner Teil, 34. Aufl., S. 287; Erman/Michalski, BGB, 13. Aufl., § 93 Rn. 4; jurisPK-BGB/Vieweg, BGB, 4. Aufl., § 93 Rn. 18) als weiteres (unge-schriebenes) Tatbestandsmerkmal des § 93 BGB angesehen.

27 (2) Das Berufungsgericht hat jedoch nicht die Unverhältnismäßigkeit der Kosten der Trennung im Verhältnis zu dem Wert des abzutrennenden Bestandteils, sondern – was die Revision zu Recht beanstandet – lediglich festgestellt, dass das Modul nur mit erheblichem Aufwand entfernt und durch ein anderes ersetzt werden könnte. Darauf kommt es jedoch nicht an. Auch der im Berufungsurteil beschriebene hohe Aufwand kann verhältnismäßig sein, wenn er bei der Montage und Demontage solcher schwerer Aggregate deswegen betrieben wird, weil sich die damit verbundenen Kosten rentieren.

28 (3) Ob das Modul deshalb wesentlicher Bestandteil der Anlage nach § 93 BGB geworden ist, weil die Kosten für den Ausbau im Verhältnis zu seinem Wert unverhältnismäßig hoch wären, muss ebenfalls nach den Verhältnissen in dem Zeitpunkt der Verbindung nach § 947 BGB beurteilt werden. Mit dieser entscheidet sich die Sonderrechtsfähigkeit des Bestandteils. Nachfolgende Wertminderungen infolge Abnutzung oder Alterung sind für die Eigentumsverhältnisse an dem Bestandteil auch dann ohne Bedeutung, wenn sie dazu führen, dass im Zeitpunkt des Ausbaus sich die Kosten der Trennung im Vergleich zu dem Wert des abzutrennenden Bestandteils als unverhältnismäßig darstellen.

29 III. Das Berufungsurteil stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

30 Gegenüber dem dinglichen Herausgabeanspruch der Klägerin nach § 985 BGB stünden der Beklagten keine Einreden aus dem Überlassungsvertrag zu, die sie gemäß § 986 Abs. 2 BGB der Klägerin entgegenhalten könnte. Die Beklagte wäre nämlich infolge der Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung des Überlassungsvertrags durch den Streithelfer nicht (mehr) berechtigt, die Herausgabe des Moduls an die Klägerin zu verweigern.

31 1. Der Überlassungsvertrag konnte – unabhängig von den vertraglich vereinbarten Kündigungsrechten – durch außerordentliche Kündigung beendet werden. Er ist als Leihvertrag nach §§ 598 ff. BGB anzusehen (vgl. Senat, Urteil vom 11. Dezember 1981 – V ZR 247/80, BGHZ 82, 354, 356 f. [= WuM 1982, 212]; BGH, Urteil vom 17. März 1994 – III ZR 10/93, BGHZ 125, 293, 299) und auch wenn das Leihverhältnis zeitlich nicht begrenzt worden und das ordentliche Rückforderungsrecht des Verleihers nach § 604 Abs. 3 BGB vertraglich ausgeschlossen ist wegen Eigenbedarfs nach § 605 Nr. 1 BGB kündbar.

32 2. Daher war die von dem Streithelfer unter Hinweis auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin ausgesprochene außerordentliche Kündigung nach § 605 Nr. 1 BGB wirksam.

33 a) Nach dieser Vorschrift kann der Verleiher die Leihe kündigen, wenn er infolge eines nicht vorhergesehenen Umstands der verliehenen Sache bedarf. Der Eigenbedarf des Verleihers

kann auch darin begründet sein, dass er aus wirtschaftlichen Gründen auf die Verwertung der Leihsache angewiesen ist (vgl. OLG Koblenz, NJW-RR 1996, 843, 844; jurisPK-BGB/Colling, 5. Aufl., § 605 Rn. 3; MünchKomm-BGB/Häublein, BGB, 5. Aufl., § 605 Rn. 4; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 605 Rn. 2; Staudinger/Reuter, BGB <2005>, § 605 Rn. 3). Ein solcher Eigenbedarf ist zu bejahen, wenn der Verleiher wegen einer bei ihm eingetretenen Überschuldung die Sache dem Entleiher nicht mehr unentgeltlich überlassen kann, sondern zur Befriedigung seiner Gläubiger verwerten muss. Nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens hat der Verwalter dieses Interesse des Schuldners an der Rückerlangung der Sache wahrzunehmen.

34 b) Die Kündigung des Streithelfers war auch nicht deswegen unwirksam, weil der Verleiher bei einer außerordentlichen Kündigung wegen Eigenbedarfs nach § 605 Nr. 1 BGB auf die Belange des Entleihers in billiger Weise Rücksicht nehmen muss, zumal dann, wenn dieser sich – wie hier – auf eine lange Dauer des Leihverhältnisses eingerichtet hat. Dabei ist er allerdings nicht verpflichtet, seine Interessen denen des Entleihers unterzuordnen (vgl. BGH, Urteil vom 17. März 1994 – III ZR 10/93, BGHZ 125, 293, 300).

35 Auch unter Berücksichtigung der Belange beider Vertragsteile ist hier jedoch dem Interesse der Beklagten an der Fortsetzung eines Leihverhältnisses kein Vorrang gegenüber dem Interesse der in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen Schuldnerin einzuräumen, die verliehene Sache unter Beendigung des Leihverhältnisses zu verwerten. Soziale Belange, wie sie bei einer langfristigen Verleihung von Wohnraum auf Seiten des Entleihers zu berücksichtigen sind, kommen hier ohnehin nicht in Betracht.

36 IV. Die Sache ist noch nicht entscheidungsreif.

37 1. Ein Eigentumsverlust nach § 93 BGB infolge der Verbindung des Moduls mit der Anlage ist zwar von dem Berufungsgericht fehlerhaft bejaht worden, aber auf der Grundlage des beiderseitigen Parteivorbringens auch nicht ausgeschlossen. In der neuen Verhandlung wird zu prüfen sein, ob das Modul möglicherweise deshalb wesentlicher Bestandteil der Gesamtanlage geworden ist, weil die Abtrennung zu einer Zerstörung oder erheblichen Beschädigung des Moduls oder der Restanlage führte oder weil die Trennung mit einem im Verhältnis zum Wert des abgetrennten Bestandteils unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre.

38 2. Lägen die Voraussetzungen von § 93 BGB vor, wäre das Modul wesentlicher Bestandteil der Anlage und nicht bloß ein Scheinbestandteil nach § 95 BGB. Das Berufungsurteil ist insoweit nicht zu beanstanden, wobei dahinstehen kann, ob § 95 BGB auf Teile von Maschinen, die nicht nach § 94 BGB Bestandteil eines Grundstücks oder Gebäudes geworden sind, überhaupt entsprechend anzuwenden ist (bejahend: BGB-RGRK/Kregel, 12. Aufl., § 93 Rn. 21; verneinend: Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB <2004>, § 93 Rn. 10 und § 95 Rn. 4).

39 Die auf den Überlassungsvertrag und den mit ihm verfolgten Zweck (die Rückforderung von Fördermitteln zu vermeiden) gestützten Angriffe der Revision sind unerheblich, weil es bei der Anwendung des § 95 BGB auf die vertragliche Regelung als solche nicht ankommt (vgl. Senat, Urteil vom 20. Mai 1988 – V ZR 269/86, BGHZ 104, 298, 301). Maßgebend ist vielmehr, ob die Sache nach dem inneren Willen des Verbindenden bei einem normalen Lauf der Dinge nicht wieder abgetrennt werden soll (vgl. Senat, Urteil vom 20. Mai 1988 – V ZR 269/86, BGHZ 104, 298, 301; BGH, Urteil vom 10. Dezember 1998 – IX ZR 86/98, ZIP 1999, 75). Das nach Beweisaufnahme gefundene Ergebnis des Berufungsgerichts, die Klägerin habe den von ihr zu führenden Beweis (vgl. RGZ 158, 362, 375), dass nach dem inneren Willen des Verbindenden das Modul nur vorübergehend Teil der Anlage sein sollte, nicht erbracht, lässt vor diesem Hintergrund einen Rechtsfehler nicht erkennen und liegt im Rahmen zulässiger tatrichterlicher Würdigung.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe



**Art. 245 EGBGB; § 355 BGB; § 14 BGB-InfoV
Widerrufsbelehrung nach Muster der BGB-InfoV;
Leasing**

Der Verwender einer Widerrufsbelehrung kann sich auf die Schutzwirkungen des § 14 Abs. 1 BGB-InfoV berufen, wenn er das in Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 BGB-InfoV geregelte Muster für die Widerrufsbelehrung verwendet hat.

(BGH, Urteil vom 15. 8. 2012 – VIII ZR 378/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin, eine Leasinggesellschaft, nimmt die Beklagte nach fristloser Kündigung eines Kraftfahrzeugleasingvertrages auf Zahlung restlicher Leasingraten und Schadensersatz in Anspruch.

2 Die Parteien schlossen am 2./10. November 2006 für die Dauer von 54 Monaten einen anschließend in Vollzug gesetzten Leasingvertrag über einen PKW A. Der Leasingantrag enthält auf einer gesonderten Seite eine von der Beklagten unterzeichnete Widerrufsbelehrung, die mit dem Muster gemäß Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV in der bei Vertragsschluss geltenden Fassung inhaltlich übereinstimmt. Nachdem ab Juni 2009 die mit 640 € monatlich vereinbarten Leasingraten ausgeblieben waren, kündigte die Klägerin den Leasingvertrag mit Schreiben vom 3. September 2009 fristlos und verwertete das Fahrzeug in der Folgezeit für 10.555 €. Die Beklagte widersprach am 22. Februar 2010 ihre Vertragserklärung.

3 Die Klägerin beansprucht für rückständige Leasingraten, einen Restwertausgleich sowie Sicherstellungskosten die Zahlung von insgesamt 19.341,37 € nebst Zinsen. Ihre Klage hatte in den Vorinstanzen Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht beschränkt auf den Grund des Anspruchs zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

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

5 I. Das Berufungsgericht (OLG Karlsruhe, Urteil vom 8. Dezember 2011 – 9 U 52/11, juris) hat zur Begründung seiner Entscheidung – soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung – im Wesentlichen ausgeführt:

6 Der Klägerin, die den Leasingvertrag auf Grund des Verzugs der Beklagten mit der Zahlung der Leasingraten wirksam gekündigt habe, stünden sowohl die beanspruchten Leasingraten als auch der nach Maßgabe der Leasingbedingungen zutreffend ermittelte Restwertausgleich und der Ersatz der angefallenen Sicherstellungskosten zu. An dem Bestand des Vertrages habe der von der Beklagten erklärte Widerruf nichts geändert, weil die Widerrufsfrist am 22. Februar 2010 abgelaufen gewesen und der Widerruf deshalb nicht wirksam sei. Denn ein Widerrufsrecht, das sich zumindest aus §§ 500, 495, 355 BGB aF ergeben habe, habe die Beklagte am 22. Februar 2010 nicht mehr wirksam ausüben können, weil die ihr erteilte Widerrufsbelehrung, auch wenn sie den Anforderungen des § 355 BGB aF nicht voll gerecht geworden sei, die Widerrufsfrist spätestens mit dem Vollzug des Leasingvertrages im Jahre 2006 in Lauf gesetzt habe. Zwar sehe die Widerrufsbelehrung, bei der die Klägerin exakt den damaligen Text der Musterbelehrung nach Anlage 2 zu § 14 BGB-InfoV in der bei Vertragsschluss gültigen Fassung verwandt habe, zum Lauf der Widerrufsfrist lediglich vor, dass die Frist „frühestens mit Erhalt dieser Belehrung“ beginne, was nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unzureichend sei und die Widerrufsfrist nicht in Gang setze. Dies könne jedoch nicht gelten, wenn sich der Unternehmer der Musterbelehrung gemäß Anlage 2 zu § 14 BGB-InfoV bediene und sie wörtlich und vollständig übernehme. Art. 245 EGBGB habe als Ermächtigungsgrundlage zum Erlass dieser Rechtsverordnung auch eine nicht perfekte und deswegen fehlerhafte Musterbelehrung gedeckt, bei der der Fehler – wie hier – nur geringfügig sei und den Rahmen der durch die Musterbelehrung erstrebten Typisierung nicht überschritten habe. Zumindest könne sich die Klägerin auf den durch die BGB-Informationspflichten-Verordnung und deren § 14 begründeten Ver-

trauenstatbestand berufen, wenn und soweit sich die falsche Belehrung – wie vorliegend – tatsächlich nicht ausgewirkt habe. Denn die Beklagte, die allenfalls von einem Beginn der Widerrufsfrist mit der noch im Jahre 2006 erfolgten Übergabe oder Zulassung des Fahrzeugs habe ausgehen können, habe zu keinem Zeitpunkt vor der Kündigung des Vertrages im Jahre 2009 Anstalten gemacht, den Vertrag zu widerrufen; ebenso wenig habe sie behauptet, im Laufe des Jahres 2006 oder sonst zu einem Zeitpunkt vor der Kündigung des Vertrages durch die Klägerin einen Widerruf beabsichtigt zu haben.

7 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand. Die Revision ist daher zurückzuweisen.

8 Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Klägerin den Leasingvertrag aufgrund des Zahlungsverzugs der Beklagten wirksam gemäß Abschnitt XIV Nr. 2 der Leasingbedingungen gekündigt hat und dass sie das Leasingfahrzeug anschließend im Einklang mit Abschnitt XV der Leasingbedingungen verwertet und abgerechnet hat. Dagegen wendet sich die Revision nicht. Sie macht lediglich geltend, dass das Berufungsgericht die Widerrufserklärung der Beklagten zu Unrecht als verspätet angesehen habe. Die von der Klägerin verwendete Widerrufsbelehrung nach dem Muster der Anlage 2 zu § 14 der BGB-Informationspflichten-Verordnung (iF von Art. 3 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen vom 2. Dezember 2004 (BGBl. I S. 3102; im Folgenden: BGB-InfoV)) genüge nicht den Anforderungen des § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB aF. Zu einer solchen Abweichung sei der Ordnungsgeber nicht ermächtigt gewesen. Die Klägerin könne sich auch nicht auf ein schutzwürdiges Vertrauen in die Wirksamkeit der Musterbelehrung berufen. Hiermit kann die Revision indessen nicht durchdringen. Die Klägerin kann sich für die Wirksamkeit der von ihr erteilten Widerrufsbelehrung vielmehr auf die in § 14 Abs. 1 BGB-InfoV geregelte Gesetzlichkeitsfiktion stützen, so dass ihre Belehrung danach als ordnungsgemäß gilt und die Widerrufsfrist bei Absendung der Widerrufserklärung am 22. Februar 2010 abgelaufen war.

9 1. Auf das vorliegende Vertragsverhältnis finden das Bürgerliche Gesetzbuch, das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch und die BGB-Informationspflichten-Verordnung in der bis zum 10. Juni 2010 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 22 Abs. 2 EGBGB). Die hier jedenfalls nach §§ 500, 495 Abs. 1, § 355 Abs. 2 BGB aF zu erteilende Widerrufsbelehrung hat zwar den Anforderungen des in § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB aF geregelten Deutlichkeitsgebots nicht genügt. Denn eine Belehrung, die sich – wie hier – hinsichtlich des Beginns der Widerrufsfrist auf die Aussage beschränkt, dass die Frist frühestens mit Erhalt dieser Belehrung beginnt, ist – wie durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs inzwischen geklärt ist – nicht in der erforderlichen Weise eindeutig und umfassend, weil die Verwendung des Wortes „frühestens“ es dem Verbraucher nicht ermöglicht, den Fristbeginn ohne Weiteres zu erkennen (BGH, Urteile vom 9. Dezember 2009 – VIII ZR 219/08, WPM 2010, 721 Rn. 13, 15; vom 1. Dezember 2010 – VIII ZR 82/10, WPM 2011, 86 Rn. 12; vom 2. Februar 2011 – VIII ZR 103/10, WPM 2011, 474 Rn. 14 [= GuT 2011, 308 KL]; vom 28. Juni 2011 – XI ZR 349/10, WPM 2011, 1799 Rn. 34; vom 1. März 2012 – III ZR 83/11, juris, Rn. 15).

10 Gleichwohl hat dieser Mangel nicht zur Folge gehabt, dass die Widerrufsfrist gemäß § 355 Abs. 3 Satz 3 BGB aF wegen einer nicht ordnungsgemäßen Belehrung der Beklagten über ihr Widerrufsrecht nicht erloschen wäre. Die erteilte Belehrung gilt vielmehr gemäß § 14 Abs. 1 BGB-InfoV (aufgehoben mit Wirkung ab 11. Juni 2010 durch Art. 9 Nr. 4 des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2355)) als ordnungsgemäß. Nach dieser Bestimmung genügt die Belehrung über das Widerrufsrecht den Anforderungen des § 355 Abs. 2 BGB aF und den diesen er-

gänzenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wenn – wie hier – das Muster der Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 BGB-InfoV in Textform verwandt wird.

11 2. Allerdings ist in der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum umstritten, ob die in § 14 Abs. 1 BGB-InfoV für die in Bezug genommene Musterbelehrung angeordnete Gesetzesfiktion noch von der dafür in Art. 245 Nr. 1 EGBGB aF geschaffenen Ermächtigungsgrundlage gedeckt wird, ob § 14 Abs. 1 BGB-InfoV und die Musterbelehrung mangels hinreichender Ermächtigungsgrundlage und eines dann zugleich gegebenen Verstoßes gegen die gesetzlichen Belehrungsanforderungen des § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB aF nichtig sind und ob sich dies auf ein Vertrauen des Verwenders in die Ordnungsmäßigkeit der Musterbelehrung auswirken kann.

12 a) Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass Art. 245 Nr. 1 EGBGB aF, der die Ermächtigung enthält, Inhalt und Gestaltung der dem Verbraucher unter anderem gemäß § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB aF mitzuteilenden Belehrung über das Widerrufsrecht festzulegen, bereits nach seinem Wortlaut nichts dafür herbeibringt, dass die Exekutive die gesetzlichen Anforderungen an den Umfang der Belehrung nach Zweckmäßigkeitserwägungen sollte herabsetzen dürfen. Er habe vielmehr den Ordnungsgeber an die Voraussetzungen gebunden, die das Bürgerliche Gesetzbuch für den Inhalt der Widerrufsbelehrung zwingend vorgegeben habe. Zudem verdiene ein mit der Musterbelehrung bezweckter Vertrauensschutz des Verwenders keinen Vorrang vor den gleichermaßen schutzwürdigen Belangen des Verbrauchers an der Erteilung einer dem Gesetz entsprechenden Belehrung (OLG Schleswig, OLG 2007, 929, 931; OLG Jena, Urteil vom 28. September 2010 – 5 U 57/10, juris Rn. 69 f.; vgl. auch MünchKommBGB/Masuch, 5. Aufl., § 355 Rdnr. 57; jeweils mwN; Staudinger/Kaiser, BGB, Neubearb. 2003, Art. 245 EGBGB Rn. 13; Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, Neubearb. 2004, § 495 Rn. 35).

13 Die gegenteilige Auffassung versteht die Verordnungsermächtigung dahin, dass dem Ordnungsgeber das Recht eingeräumt worden sei, den Umfang der Belehrung im Interesse des Verbrauchers zu ergänzen, bei bestimmten Informationen aber auch im Interesse einer Typisierung einschränkend zu konkretisieren (Palandt/Grüneberg, BGB, 69. Aufl., § 14 BGB-InfoV Rn. 6; Bodendiek, MDR 2003, 1, 3; ähnlich OLG Koblenz, NJW 2006, 919, 921 <zu § 14 Abs. 4 BGB-InfoV>). Sie will im Übrigen die von § 14 Abs. 1 BGB-InfoV ausgehenden Schutzwirkungen lediglich dann versagen, wenn sich ein Mangel der Belehrung im Einzelfall konkret zu Lasten des Verbrauchers ausgewirkt hat (OLG Frankfurt am Main, OLG 2009, 849; Palandt/Grüneberg, aaO; AnwKBGB/Ring, 2005, § 14 BGB-InfoV Rn. 12).

14 b) In den bisher entschiedenen Fällen konnte der Senat die Frage offen lassen (vgl. Senatsurteil vom 2. Februar 2011 – VIII ZR 103/10, aaO Rn. 21 mwN). Er entscheidet sie nunmehr dahin, dass der Verwender einer Widerrufsbelehrung sich auf die Schutzwirkungen des § 14 Abs. 1 BGB-InfoV berufen kann, wenn er das in Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 BGB-InfoV geregelte Muster für die Widerrufsbelehrung in der bis zum 31. März 2008 geltenden Fassung verwendet hat. Die Gesetzesfiktion, die der Ordnungsgeber der Musterbelehrung durch § 14 Abs. 1 BGB-InfoV beigelegt hat, wird trotz der hier in Rede stehenden Abweichung vom Deutlichkeitsgebot des § 355 Abs. 2 Satz 1 BGB aF (dazu vorstehend unter II 1) von der Ermächtigungsgrundlage des Art. 245 Nr. 1 EGBGB aF gedeckt.

15 aa) Die Verordnungsermächtigung ist im Zuge der Beratungen des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz geschaffen worden. In den Materialien findet sich folgende Begründung (BT-Drucks. 14/7052, S. 208):

„Der Ausschuss ist sich bewusst, dass es Unternehmern angesichts der zunehmenden Informationspflichten zunehmend schwerer fällt, dieser „Informationslast“, die freilich zum Schutz des Verbrauchers unabdingbar ist, fehlerfrei nachzu-

kommen. Die korrekte Abfassung der Widerrufsbelehrung und ihre korrekte Verbindung mit den Verbraucherinformationen ist indessen für den Unternehmer wie auch für den Verbraucher von entscheidender Bedeutung. Es hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass immer wieder Rechtsstreitigkeiten darüber entstehen, ob ein Unternehmer den Verbraucher ordnungsgemäß über das Widerrufs- oder Rückgaberecht belehrt hat. Dem Ausschuss erscheint es daher aus Gründen der Vereinfachung für die Geschäftspraxis der Unternehmer, aber auch der Rechtssicherheit und Entlastung der Rechtspflege zweckmäßig, im Verordnungswege den gesetzlich erforderlichen Inhalt und die Gestaltung der Belehrung einheitlich festzulegen. Dem dient die hier neu einzustellende Verordnungsermächtigung...“

16 bb) Der Gesetzgeber hat hiernach dem Ordnungsgeber zwar den Auftrag erteilt, bei einem Gebrauchmachen von der Ermächtigung den gesetzlich erforderlichen Inhalt einer Widerrufsbelehrung in korrekter Weise in die von ihm zu gestaltende Belehrung einfließen zu lassen und darüber eine ordnungsgemäße Information des Verbrauchers über dessen Widerrufsrecht zu gewährleisten. Der vorrangig mit der Ermächtigung und dem darin enthaltenen Gestaltungsauftrag verfolgte Zweck, die Geschäftspraxis der Unternehmer zu vereinfachen sowie Rechtssicherheit herzustellen und in der Folge die Rechtspflege zu entlasten, würde jedoch verfehlt, wenn sich der Unternehmer auf die Gesetzesfiktion der von ihm verwendeten Musterbelehrung nicht berufen könnte. Das gilt umso mehr, als dem Ordnungsgeber aufgetragen war, neben dem Interesse des Verbrauchers an einer korrekten Belehrung auch das Interesse an einer Vereinfachung und Vereinheitlichung der Belehrungsgestaltung und ihrer Handhabung zu berücksichtigen, was zugleich gewissen Standardisierungen zu Zwecken der Handhabbarkeit und Verständlichkeit Raum gibt. Dass der Ordnungsgeber, der davon ausgegangen ist, die Musterwiderrufsbelehrung brauche nicht umfassend über jedes Detail bei jeder denkbaren Fallgestaltung zu belehren, sondern müsse dem Verbraucher nur grundsätzlich seine Rechte verdeutlichen (vgl. BT-Drucks. 16/3595, S. 2), den ihm eröffneten Gestaltungsspielraum bei Abfassung der Musterbelehrung überschritten hätte, ist deshalb nicht ersichtlich. Zudem sollte er, um das vom Gesetzgeber mit der Verordnungsermächtigung verfolgte Programm effektiv verwirklichen zu können, nämlich den Gebrauch von Widerrufsbelehrungen zu vereinfachen und rechtssicher zu machen, auch berechtigt sein, die von ihm einheitlich festzulegende Widerrufsbelehrung einem Streit über ihre Ordnungsmäßigkeit zu entziehen und ihr dazu etwa die gewählte Gesetzesfiktion beizulegen. Dem ist er mit § 14 Abs. 1 BGB-InfoV und dem darin in Bezug genommenen Belehrungsmuster in rechtlich zulässiger Weise nachgekommen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 543, 280, 241, 311, 314 BGB
Gewerberaummieter; Textil-Einzelhandel;
vorvertragliche Aufklärungspflicht des Mieters über
Verkaufsabsicht einer dem Vermieter erklärtermaßen
bedenklichen Marke; Thor Steinar; Mono-Store

Den Mieter eines Textileinzelhandelsgeschäfts trifft eine vorvertragliche Aufklärungspflicht darüber, dass er sich die Möglichkeit des Verkaufs ausschließlich einer einzigen Textilmарke offen halten möchte, wenn dem Mieter vom Vermieter vor Vertragsschluss erklärt wird, der Vermieter hege Bedenken gegen den Verkauf dieser Marke. Erweckt der Mieter in dieser Situation gegenüber dem Vermieter den Eindruck, er werde eine Vielzahl von Marken anbieten, von denen die problematische Marke nur eine ist, verletzt er seine vorvertragliche Aufklärungspflicht.

(OLG Dresden, Beschluss vom 27. 7. 2012 – 5 U 68/12)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin nimmt die Beklagte zu 1) auf Räumung gewerblich genutzter Räume nach außerordentlicher Kündigung und Anfechtung wegen arglistiger Täuschung des Mietvertrages in Anspruch. Die ursprünglich gegen die Beklagte zu 2) gerichtete Räumungsklage hat die Klägerin bereits in erster Instanz zurückgenommen.

Die Klägerin und die Beklagte zu 1) schlossen am 28. 09./02.10.2009 einen Mietvertrag (Anlage K 1) über die Ladenfläche 37 im Einkaufszentrum „xxx“ in der xxxstraße in xxx. Zu diesem Mietvertrag schlossen sie einen ersten Nachtrag vom 21.10./16.11.2009 (Anlage K 1). Der Mietvertrag war befristet auf die Zeit vom 01.10.2009 bis zum 30.09.2014, wobei der Beklagten zu 1) als Mieterin zwei Optionen zur Verlängerung um je fünf Jahre eingeräumt wurden. Die monatliche Bruttogesamtmiete betrug 1669,57 €.

Zur Anbahnung des Mietvertrages kam es dadurch, dass der Zeuge M, ein Mitarbeiter der Beklagten zu 1), sich auf ein Inserat beim Centermanagement, konkret bei der Zeugin Mg, meldete. Der Zeuge M trat bis zum Tag der Eröffnung des Ladengeschäfts, dem 29.10.2009, unter dem Namen „Kaiser“ auf. Am 22.09.2009 kam es zu einem Besichtigungstermin im Mietobjekt, zu welchem eine Mitarbeiterin der Beklagten zu 1) das Schreiben der Beklagten zu 1) an das Centermanagement vom 18.09.2009 (Anlage K 6) mitbrachte. Im Nachgang zum Besichtigungstermin kam es zu einem Telefonat zwischen dem Centermanager, dem Zeugen G, und dem Zeugen M, dessen Inhalt zwischen den Parteien im Einzelnen strittig ist. Jedenfalls erklärt der Zeuge G dem Zeugen M, die Geschäftsleitung der Klägerin habe Bedenken betreffend den Verkauf von Textilien der Marke „Thor Steinar“. Vor diesem Hintergrund sei es erforderlich, dass die Beklagte zu 1) im Rahmen eines gesonderten Schreibens auf die Umstände betreffend den Verkauf der Marke „Thor Steinar“ eingehen möge. Ein entsprechendes Schreiben des Geschäftsführers der Beklagten zu 1) vom 01.10.2009 (Anlage K 7) wurde von den Mitarbeitern der Beklagten zu 1) zum Übergabetermin für das Mietobjekt am 02.10.2009 mitgebracht. Ebenso überreichten sie an diesem Tage den vom Geschäftsführer der Beklagten zu 1) unterzeichneten Mietvertrag. Das Ladengeschäft war zu diesem Zeitpunkt noch leer. Die Beklagte zu 1) eröffnete das Ladengeschäft am 29.10.2009. Sie verkauft dort Textilien ausschließlich der Marke „Thor Steinar“ in einem Laden, der die Bezeichnung „O...“ trägt.

Mit Schreiben vom 18.12.2009 (Anlage K 3) an die Beklagte zu 1) erklärte die Klägerin sowohl die Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung als auch dessen außerordentliche Kündigung. Die Beklagte zu 1) wies die Kündigung mit Schreiben ihres Prozessbevollmächtigten vom 22.12.2009 (Anlage K 4) zurück. Sie räumte das Ladengeschäft nicht.

Mit seinem Urteil vom 30.12.2011 hat das Landgericht Zwickau die Beklagte zu 1) verurteilt, die streitgegenständlichen Gewerberäume geräumt an die Klägerin herauszugeben. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Klägerin könne die Herausgabe der streitgegenständlichen Gewerberäume von der Beklagten zu 1) verlangen, weil ein Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Beklagten zu 1) nicht vorliege. Die Klägerin habe mit ihrem Schreiben vom 18.12.2009 den Mietvertrag wirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte zu 1) mit ihrer Berufung. Sie macht geltend, das Landgericht habe sein Urteil auf eine unvollständige Beweisaufnahme gestützt und zu Unrecht die Voraussetzungen einer arglistigen Täuschung der Klägerin durch die Beklagte zu 1) angenommen. Eine Täuschung der Klägerin über Tatsachen, welche alleiniger Anknüpfungspunkt für eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung sein könne, sei der Beklagten zu 1) nicht vorzuwerfen. Die Beklagte zu 1) begehrt die Abänderung des erstinstanzlichen Urteils dahin, dass die Klage abgewiesen wird.

Der Senat hat die Beklagte zu 1) mit dem Beschluss vom 11.05.2012 darauf hingewiesen, dass er beabsichtige, die Beru-

fung wegen fehlender Erfolgsaussicht durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO zurückzuweisen. Die Beklagte zu 1) hat mit dem Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 07.06.2012 zum Senatsbeschluss vom 11.05.2012 Stellung genommen und gleichzeitig diejenigen Senatsmitglieder wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt, welche am Senatsbeschluss vom 11.05.2012 mitgewirkt haben. Das Befangenheitsgesuch wurde mit Senatsbeschluss vom 11.07.2012 zurückgewiesen.

Aus den Gründen: II. Die Berufung der Beklagten zu 1) war durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO zurückzuweisen, denn der Senat ist einstimmig davon überzeugt, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtsache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt und die Fortbildung des Rechts bzw. die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht erfordert. Zudem erscheint auch nicht aus sonstigen Gründen die Durchführung einer mündlichen Verhandlung als geboten.

Nach Auffassung des Senats ist die Klage zulässig, es bestehen insbesondere keine Zweifel an der Prozessfähigkeit der Klägerin. Bei der Klägerin handelt es sich, ausweislich der Information auf einer allgemein zugänglichen Internet-Seite des Großherzogtums Luxemburg (www.XXX) um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach luxemburgischem Recht, welche am 23.05.2007 gegründet wurde und unter der Nr. B... registriert ist. Bedenken an der Rechtfähigkeit der Klägerin bestehen unter diesen Voraussetzungen nicht. Daran ändern auch nichts die Ausführungen der Beklagten zu 1) im Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 07.06.2012. Es erscheint auch nicht recht verständlich, warum die Beklagte zu 1) keine Bedenken hatte, mit der Klägerin einen Mietvertrag abzuschließen, während sie nunmehr ernstliche Zweifel an deren Prozessfähigkeit hegen will. Für den Senat ergeben sich solche Zweifel jedenfalls nicht.

Der Senat hält auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Beklagten zu 1) im Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 07.06.2012 an der bereits im Hinweisbeschluss vom 11.05.2012 vertretenen Auffassung fest, wonach der Klägerin der von ihr geltend gemachte Herausgabeanspruch aus § 546 Abs. 1 BGB zusteht, weil sie den Mietvertrag vom 28.09./02.10.2009 mit ihrer Kündigung vom 18.12.2009 wirksam fristlos beendet hat. Die Klägerin konnte mit diesem Schreiben entsprechend § 543 Abs. 1 BGB den Vertrag fristlos kündigen, weil die Beklagte zu 1) schon nach dem zwischen den Parteien unstrittigen Sachverhalt mindestens fahrlässig eine vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt hat und der Klägerin demzufolge aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB auf Gewährung von Schadensersatz in der Form des negativen Interesses haftet (vgl. allgemein BGH, Urteil vom 16.02.2000, XII ZR 279/97, NJW 2000, 1714 [= WuM 2000, 593]).

Die Beklagte zu 1) hat ihre vorvertragliche Aufklärungspflicht zum einen durch den Inhalt des Schreibens vom 01.10.2009 (Anlage K 7) und zum anderen durch das ihr zurechenbare Verhalten ihres Mitarbeiters M, der sich gegenüber der Klägerin eines falschen Namens bediente, verletzt. Es bestehen zwar vor Abschluss eines Mietvertrages – auch bei der Geschäftsraummiete – im Grundsatz keine Aufklärungspflichten, denn beiden Vertragspartnern obliegt es selbst, ihre Interessen wahrzunehmen, so dass sie sich selbst die notwendigen Informationen für die Entscheidung beschaffen müssen, ob die Eingehung des Vertrages für sie vorteilhaft ist oder nicht (vgl. BGH, Urteil vom 28.04.1971, VIII ZR 258/69, NJW 1971, 1795; Urteil vom 28.04.2004, XII ZR 21/02, NJW 2004, 2674 [= GuT 2004, 160]). Ausnahmsweise besteht aber eine vorvertragliche Aufklärungspflicht hinsichtlich derjenigen Umstände und Rechtsverhältnisse in Bezug auf die Mietsache, die von besonderer Bedeutung für den Entschluss der anderen Vertragspartei zur Eingehung des Vertrages sind und deren Mitteilung nach Treu und Glauben erwartet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom

28. 06. 2006, XII ZR 50/04, NJW 2006, 2618 [= GuT 2006, 220]; Urteil vom 11. 08. 2010, XII ZR 192/08, NJW 2010, 3362 [= GuT 2010, 338]). Nach diesen Kriterien war für die Beklagte zu 1) im vorliegenden Fall gegenüber der Klägerin aufklärungsbedürftig, welchen Stellenwert die Textilien der Marke „Thor Steinar“ im Ladengeschäft der Beklagten zu 1) einnehmen sollten. Der Zeuge G hatte den Zeugen M unstrittig nach dem Besichtigungstermin und vor der Unterschrift der Klägerin unter dem Mietvertrag darüber informiert, dass die Geschäftsleitung der Klägerin Bedenken betreffend den Verkauf von Textilien der Marke „Thor Steinar“ hatte und vor diesem Hintergrund weitere Informationen betreffend den Verkauf dieser Marke erforderlich seien. Es gehörte danach zur Aufklärungspflicht der Beklagten zu 1), die Klägerin darüber zu informieren, welchen Stellenwert die Marke „Thor Steinar“ im Sortiment des Ladengeschäfts einnehmen konnte. Nach dem Vorbringen der Beklagten zu 1) beabsichtigte diese zwar, im Ladengeschäft unterschiedliche Marken zu veräußern und entschied sich erst nach Vertragsschluss dafür, allein Textilien der Marke „Thor Steinar“ zu veräußern. Die Beklagte zu 1) hielt sich nach ihrem Vortrag allerdings gleichwohl für berechtigt, im Ladengeschäft nur Textilien der Marke „Thor Steinar“ anzubieten und wollte sich diese Möglichkeit von vorneherein offen lassen. Dementsprechend traf sie eine Aufklärungspflicht dahin, der Klägerin offen zu legen, dass die Möglichkeit bestand, dass im Ladengeschäft ausschließlich Textilien der Marke „Thor Steinar“ veräußert würden. Dieser Aufklärungspflicht ist die Beklagte zu 1) – entgegen der von ihr vertretenen Auffassung – aber nicht nachgekommen. Es ist zwar zutreffend, dass das Schreiben der Beklagten zu 1) vom 18. 09. 2009 in einem Satz die Möglichkeit eines „Mono-Stores“ mit nur einer Marke benennt. Abgesehen davon, dass dies im Gesamtkontext des Schreibens als theoretische Möglichkeit erscheint, kommt es darauf aber nicht entscheidend an. Vielmehr äußerte der Zeuge G die Bedenken der Klägerin in Bezug auf die Marke „Thor Steinar“ nach Erhalt dieses Schreibens, so dass es für den Inhalt der Aufklärung durch die Beklagte zu 1) maßgeblich auf den Inhalt des Schreibens der Beklagten zu 1) vom 01. 10. 2009 ankam, welches die Reaktion auf den telefonischen Hinweis des Zeugen G war. In diesem Schreiben wird die Möglichkeit eines Ladengeschäftes mit nur einer Marke allerdings gerade nicht angesprochen. Weiterhin legt die Beklagte zu 1) zwar offen, dass es Probleme mit der Marke „Thor Steinar“ in der öffentlichen Wahrnehmung gegeben habe. Sie erweckt aber nach Auffassung des Senats mit dem Schreiben vom 01. 10. 2009 den Eindruck, dass sie ein Sortiment von verschiedenen Waren anbieten möchte und der Verkauf allein der Marke „Thor Steinar“ keine von der Klägerin zur erwartende Variante ist. Wenn aber die Klägerin im Nachgang zum Schreiben vom 18. 09. 2009 ausdrücklich darauf hinwies, dass gerade in Bezug auf die Marke „Thor Steinar“ Bedenken bestünden, dann konnte die Beklagte zu 1) ihrer Aufklärungspflicht nur dadurch genügen, dass sie ausdrücklich darauf hinwies, dass sich die Möglichkeit eines Mono-Stores mit einer Marke gerade auch auf die aus Sicht der Klägerin problematische Marke, nämlich die Marke „Thor Steinar“ bezog. Nur mit einer solchen, ausdrücklichen Bezugnahme konnte die Beklagte zu 1) ihrer vorvertraglichen Aufklärungspflicht entsprechen. Der Inhalt des Schreibens vom 01. 10. 2009 verschleierte dagegen diese Möglichkeit und konnte von der Klägerin nur dahin verstanden werden, dass das Warensortiment aus unterschiedlichen Marken bestehen sollte.

Die dagegen von der Beklagten zu 1) im Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 07. 06. 2012 vorgebrachten Einwände überzeugen den Senat nicht. So ergibt sich die vom Senat vorgenommene Bewertung, dass die Einrichtung eines „Mono-Stores“ im Schreiben vom 18. 09. 2009 nur als eine theoretische Möglichkeit erscheint, aus dem Gesamtkontext des Schreibens, wie der Senat schon im Beschluss vom 11. 05. 2012 ausgeführt hat. In Absatz 3 des Schreibens vom 18. 09. 2009 betont die Beklagte, ihr Warenspektrum sei weit gefächert und zeichne sich durch eine große Auswahl von verschiedenen Marken aus. Dagegen scheint der letzte Satz des Absatzes, dass ein

Mono-Store mit nur einer Marke „denkbar“ sei, eben nur als theoretische Möglichkeit. Im Übrigen weist der Senat darauf hin, dass er ausweislich der vorstehenden Ausführungen seine Auffassung gerade nicht auf den Inhalt des Schreibens vom 18. 09. 2009, sondern vielmehr auf den Inhalt des nachfolgenden Schreibens vom 01. 10. 2009 gestützt hat. Der Inhalt dieses Schreibens geht aber dahin, dass die Beklagte zu 1) ein breites Sortiment aus verschiedenen Marken anbieten will, von denen die Marke „Thor Steinar“ nur eine ist.

Weiterhin wurde die Aufklärungspflichtverletzung von Seiten der Beklagten zu 1) dadurch verstärkt, dass der Zeuge M mit dem falschen Namen „Kaiser“ gegenüber der Klägerin auftrat. Der Zeuge M hat selbst in seiner Vernehmung durch das Landgericht am 18. 11. 2011 ausgesagt, dass sein richtiger Name gerade im Internet in Zusammenhang gebracht wird mit der Marke „Thor Steinar“. Dies ist auch insoweit nicht verwunderlich, als es sich bei dem Zeugen M um den ehemaligen Geschäftsführer der Fa. xxx GmbH handelt, welche die Textilien der Marke „Thor Steinar“ vertreibt (vgl. Handelsregisterauszug Anlage K 13). Der Zeuge M hat erklärt, er habe die Nennung seines wahren Namens vermeiden wollen, weil er angenommen habe, dies sei für den Abschluss eines Mietvertrages nicht förderlich, weil sein Name im Zusammenhang mit der Marke „Thor Steinar“ und negativen Berichten im Internet genannt werde. Demzufolge diene die Namenstauschung von Seiten des Zeugen M, welche sich die Beklagte zu 1) zurechnen lassen muss, gerade dazu, die Verbindung zwischen der Beklagten zu 1) als Mieterin und der Marke „Thor Steinar“, wegen derer die Geschäftsleitung der Klägerin besondere Bedenken hatte, zu verschleiern. Auch in der Namenstauschung durch den Zeugen M liegt deshalb im Ergebnis eine Aufklärungspflichtverletzung von Seiten der Beklagten zu 1). Gegen diese Ausführungen hat auch die Beklagte zu 1) im Schriftsatzes ihrer Prozessbevollmächtigten vom 07. 06. 2012 keine wesentlichen Einwendungen erhoben.

Die Aufklärungspflichtverletzung von Seiten der Beklagten zu 1) war mindestens fahrlässig, weil es eine ausdrückliche Nachfrage von Seiten des Zeugen G gab, welche die Bedeutung der Marke „Thor Steinar“ für die Entscheidung der Klägerin als Vermieterin offenlegte. Zudem bestand in Bezug auf den Zeugen M sogar Vorsatz dahin, dass eine Verbindung zwischen seinen Namen und der Marke „Thor Steinar“ nicht offenbar werden sollte. Schließlich war die Aufklärungspflichtverletzung der Beklagten zu 1) nach Auffassung des Senats – entgegen der von der Beklagten zu 1) vertretenen Auffassung – auch ursächlich für einen Irrtum auf Seiten der Klägerin über die untergeordnete Bedeutung der Marke „Thor Steinar“ im Warensortiment der Beklagten zu 1) und damit auch für den Abschluss des Mietvertrages. Dies ergibt sich zum einen aus der vom Zeugen G offen gelegten Bedeutung der Marke „Thor Steinar“ für die Geschäftsleitung der Klägerin und zum anderen auch aus den als Anlagen K 15 und K 16 vorgelegten E-Mails der Zeugin Mg vom 02. 10. 2009. Wenn die Beklagte zu 1) hiergegen im Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 07. 06. 2012 vorträgt, der Senat habe mit Sachverhaltsunterstellungen zu Lasten der Beklagten zu 1) gearbeitet, trifft dies nicht zu. Die Anlagen K 15 und K 16 wurden im Rechtsstreit vorgelegt und zeigen das Verständnis, welches von den Vertretern der Klägerin nach den Auskünften von Seiten der Beklagten zu 1) bestand. Dementsprechend sind sie sehr wohl von Bedeutung für die Frage der Kausalität der Aufklärungspflichtverletzung von Seiten der Beklagten zu 1). Erhebliche Einwendungen gegen die Annahme der Kausalität hat deshalb die Beklagte zu 1) im Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 07. 06. 2012 nicht vorgebracht.

Die Klägerin hat schließlich auch ihr Recht zur außerordentlichen Kündigung nicht durch zu langes Zuwarten nach Kenntnis vom Kündigungsgrund verloren. Die außerordentliche Kündigung muss zwar gemäß § 314 Abs. 3 BGB binnen angemessener Frist erklärt werden. Ein Zuwarten der Klägerin von etwa sieben Wochen von der Kenntnisnahme des Waren-

sortimentes bei Ladenöffnung am 29. 10. 2009 bis zur Erklärung der Kündigung am 18. 12. 2009 erscheint aber unter den Umständen des vorliegenden Falles noch als angemessen. Es ist nämlich zum einen die lange Vertragslaufzeit zu berücksichtigen sowie der verzögerte Abstimmungsprozess wegen des Sitzes der Klägerin in Luxemburg. Zum anderen ist kein schützenswertes Interesse der Beklagten zu 1) erkennbar, innerhalb eines kürzeren Zeitraumes als von sieben Wochen Klarheit darüber zu bekommen, ob das Mietverhältnis beendet werde (vgl. zu diesem Aspekt BGH, Urteil vom 21. 03. 2007, XII ZR 36/05, NZM 2007, 400 [= GuT 2007, 130]).

Soweit die Beklagte zu 1) im Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 07. 06. 2012 unter Ziffer 4. ausführt, die Voraussetzungen der Zulassung einer Revision zum Bundesgerichtshof seien in diesem Falle erfüllt, teilt der Senat diese Auffassung nicht. Der Senat geht mit der hier vertretenen Auffassung nicht über diejenigen Grundsätze hinaus, die der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung zum Umfang der Aufklärungspflicht im Geschäftsraummietvertrag aufgestellt hat. Dies wird aus den vorstehenden Ausführungen des Senates auch erkennbar.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren war gemäß §§ 41, 47 GKG auf den Betrag der Jahresmiete zzgl. Mehrwertsteuer, aber ohne Nebenkostenvorauszahlungen festzusetzen (vgl. BGH, Beschluss vom 02. 11. 2005, XII ZR 137/05, NZM 2006, 138 [= GuT 2006, 81]).

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 5. Zivilsenats des OLG Dresden

§§ 535, 536, 242, 293 BGB

Gewerberaumiete; Gebrauchsüberlassung; Gebrauchsmöglichkeit; Besitzverschaffung; rechtlich und tatsächlich gesicherter Zugang; Mangel; „Enklave“; Annahmeverzug; Verwirkung

Vermietet der Vermieter dem Mieter einen von anderen, nicht vermieteten Räumen umschlossenen Raum („Enklave“), ohne für einen rechtlich und tatsächlich gesicherten Zugang zu sorgen, so ist der Mieter von der Zahlung des Mietzinses befreit.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. 9. 2011 – I-24 U 4/11)

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung des Klägers hat keinen Erfolg.

A. Zur Begründung verweist der Senat auf seinen Beschluss vom 27. Juli 2011. Dort hat der Senat im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Das Landgericht [Wuppertal] hat die Klage zu Recht abgewiesen. Das Vorbringen des Klägers in der Berufungsbegründung vom 9. März 2011 rechtfertigt keine abweichende Beurteilung.

I. Ein Anspruch des Klägers auf Zahlung von Mietzins für den hier interessierenden Zeitraum von Januar 2006 bis Mai 2008 (= 29 Monate à EUR 410,- = EUR 11.890,-) besteht nicht. Das Landgericht hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass der Kläger seiner aus § 535 BGB resultierenden Hauptleistungspflicht zur Gebrauchsüberlassung nicht nachgekommen ist.

Die Zahlungspflicht des Mieters entfällt grundsätzlich dann, wenn ihm die Mietsache nicht in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zur Verfügung gestellt, also die entsprechende Gebrauchsmöglichkeit vom Vermieter nicht verschafft wird. Denn der Vermieter ist grundsätzlich verpflichtet, die Mietsache so bereitzustellen, dass der Mieter in der Lage ist, die Sache vertragsgemäß zu gebrauchen. In der Regel erfolgt dies durch die Verschaffung des Besitzes gemäß § 854 BGB. Ist die Besitzübertragung nicht erforderlich, so kann das Gewähren darin liegen, dass dem Mieter Zugang zur Sache verschafft wird (vgl. BGH NJW-RR 1989, 589 [= WuM 1989, 229]; NJW 2002, 3322 [GuT 2003, 15]; 2007, 2394 [= GuT 2007, 10];

Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Auflage, § 535 Rn. 35). In welcher Weise und mit welchem Inhalt der Vermieter seiner Überlassungspflicht zu genügen hat, richtet sich in erster Linie nach dem Gegenstand des jeweiligen Vertrages und den darin getroffenen Abreden der Parteien. Im Übrigen kann trotz nicht erfolgter Gebrauchsüberlassung der Mieter gleichwohl zur Entrichtung des Mietzinses verpflichtet sein, wenn er sich mit der Annahme der Mietsache in Annahmeverzug befand (vgl. BGH NJW-RR 1991, 267 f. [= WuM 1991, 25]). Diese Voraussetzungen liegen hier indes nicht vor.

1. Bei dem vom Kläger vermieteten Raum ist für die Gebrauchsüberlassung unabdingbar, dass dem Mieter auch der Besitz daran verschafft wird (vgl. hierzu auch BGH NJW-RR 1989, 589 f. [= WuM 1989, 229]; BGHZ 65, 137 (139 f.)). Nur soweit der vertragsmäßige Gebrauch ein beschränkter sein soll, der sich nur auf die gelegentliche, dem jeweiligen Bedarf angepasste Nutzung richtet, kann eine Verpflichtung zur Besitzverschaffung entfallen. Derartige wird beispielsweise bei der stundenweisen Benutzung eines in den Räumen des Gestattenden stehenden Klaviers (BGHZ 65, 137 (140)) oder der Gestattung der Nutzung von Wäschetrocknern im Hausgarten des Vermieters (BGHZ a. a. O.) angenommen (vgl. hierzu BGH NJW-RR 1989, 589 f. m. w. N.).

Ein derartiger Fall liegt hier jedoch nicht vor. Denn der Beklagten war die vollständige und durchgängige Nutzung des Raumes geschuldet. Daran ändert nichts, dass die Beklagte in Erwägung gezogen hatte, diesen Raum einem anderen Mieter des Klägers zur Verfügung zu stellen, um aus einer daraus entstehenden geschäftlichen Verbindung Vorteile ziehen zu können. Denn ein Besitz des Raumes war der Beklagten schon aufgrund des fehlenden Zugangs nicht möglich. Davon muss bereits unter Würdigung des Vorbringens des Klägers ausgegangen werden.

Der Kläger hat der Beklagten gleichsam eine „Enklave“ vermietet, ohne für einen rechtlich und tatsächlich gesicherten Zugang zu sorgen.

Über die durch die Firma S. vom Kläger angemieteten Räume bestand keine Zugangsmöglichkeit, weil eine solche erst durch einen – nicht erfolgten – Mauerdurchbruch hätte erreicht werden können. Sodann wäre die Beklagte auch rechtlich auf die Zustimmung des Mieters S. angewiesen gewesen, um zum Mietobjekt gelangen zu können. Ein Zugang über das Treppenhaus wurde vom Kläger ebenfalls nicht ermöglicht. Vielmehr beruft er sich sogar ausdrücklich auf den Passus in § 1 des Mietvertrages vom 3. Mai 2002, wonach der Zugang vom Wirtschaftsweg nicht zum Mietobjekt gehöre. Dies will er offensichtlich in der Weise verstanden wissen, dass er der Beklagten auch nicht diesen Zugang zu dem Raum geschuldet habe. Unstreitig ist nunmehr schließlich, dass die Beklagte zu dem Objekt keine Schlüssel hatte. [...]

2. Nicht festgestellt werden konnte auch, dass sich die Beklagte mit der Annahme der Räumlichkeiten in Verzug befand (§ 293 BGB), weshalb der Kläger auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des § 326 Abs. 2 BGB keinen Anspruch auf die Mietzinsen hat. Gemäß § 293 BGB gerät der Gläubiger in Annahmeverzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Die geschuldete Leistung muss grundsätzlich tatsächlich angeboten werden (§ 294 BGB). Unter den Voraussetzungen des § 295 BGB, d. h. wenn der Gläubiger erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, genügt auch ein wörtliches Angebot. Wann und gegenüber wem ein solches Angebot erklärt worden sein soll, lässt das Vorbringen des Klägers vermissen. [...]

3. Das Verhalten der Beklagten, sich auf die fehlende Gebrauchsüberlassung zu berufen, ist auch nicht treuwidrig. Es mag ihr zupass gekommen sein, dass sich der Kläger nicht um das Mietverhältnis kümmerte, als sich ihre Planungen in Bezug auf die zunächst angestrebte Zusammenarbeit mit der Firma S. zerschlugen. Die Beklagte war jedoch nicht gehalten, den Zu-

gang zu den Mieträumlichkeiten vom Kläger einzufordern. Auch wenn der Mieter regelmäßig ein gesteigertes Interesse daran haben dürfte, den Zugang zum Mietobjekt mit dem Beginn des Mietverhältnisses zu erlangen, so erwächst daraus keine Verpflichtung, den Vermieter zur Erfüllung seiner Verpflichtungen anzuhalten.

4. Hier spricht zudem vieles dafür, dass die Forderung des Klägers verwirkt ist.

[...] Hier ist das Zeitmoment durch die Untätigkeit des Klägers verwirklicht worden. Er hat nach Abschluss des Mietvertrages am 3. Mai 2002 (Beginn des Mietverhältnisses am 1. Juli 2002) bis zum Schreiben vom 2. Mai 2006 zu keinem Zeitpunkt die Zahlung der Mietzinsen eingefordert. Damit ist ein hinreichender Zeitraum von vier Jahren verstrichen, der für die Erfüllung des Zeitmoments ausreichend ist. In dem vom Bundesgerichtshof (NJW 2006, 219 f. [= GuT 2006, 25]) entschiedenen Fall waren Mietzinsen für einen Zeitraum von zwei Jahren nur gekürzt gezahlt worden, ohne dass dies vom Vermieter beanstandet worden. Dort hat der Bundesgerichtshof das Zeitmoment als verwirklicht angesehen.

Doch auch das Umstandsmoment dürfte verwirklicht worden sein. [...]

Letztlich kann es nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand im Hinblick auf die nicht erfolgte Gebrauchsüberlassung offen bleiben, ob das Verhalten der Parteien auch zur Verwirklichung des Umstandsmoments ausreicht.

Mitgeteilt von VRiOLG a. D. Ziemßen, Düsseldorf

§ 536 BGB

**Geschäftsraummiete; Ladenlokal nebst Kellerräumen;
Mangel; Minderfläche; Gebrauchswertminderung;
Mietzinsminderung; Kellerraum-Fläche**

Lässt sich im Fall einer Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Fläche bei der Geschäftsraummiete die Minderfläche eindeutig Nebenräumen (hier: Kellerräume) zurechnen, so darf die Minderung nicht pauschal nach dem prozentualen Anteil der fehlenden Fläche an der vertraglich vereinbarten Gesamtfläche berechnet werden. Vielmehr muss eine angemessene Herabsetzung des Mietzinses den geringeren Gebrauchswert dieser Räume in Rechnung stellen (Abgrenzung zu BGH Urteil vom 24. März 2004 – VIII ZR 295/03 – NJW 2004, 1947 [= WuM 2004, 336] und vom 10. März 2010 – VIII ZR 144/09 – NJW 2010, 1745 [= WuM 2010, 240]).

(BGH, Urteil vom 18. 7. 2012 – XII ZR 97/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten um Ansprüche aus einem seit 2003 bestehenden Mietverhältnis über ein Ladenlokal (Imbiss) nebst Kellerräumen in Berlin (Mietvertrag 1). Die vereinbarte Miete „ohne die kalten Betriebskosten und ohne die Kosten für Heizung und Warmwasser“ betrug ursprünglich monatlich 5840 €. Ein weiteres Mietverhältnis (Mietvertrag 2) schlossen sie über Hofgebäude und Freifläche. Vermieterin ist die Beklagte, Mieter sind der Kläger und seine Streithelfer.

2 Der Kläger begehrt aus eigenem und abgetretenem Recht seiner Streithelfer die Rückzahlung von Mietzinsen. Er beruft sich hierfür auf eine Minderung der Miete wegen zu geringer Fläche hauptsächlich der mit dem Mietvertrag 1 vermieteten Kellerräume. Die Beklagte begehrt mit der Widerklage die Zahlung von Nebenkosten. Sie hat erstinstanzlich einen Teil der Rückforderung wegen zu geringer Fläche akzeptiert und von ihrer Nebenkostenforderung abgezogen.

3 Durch den Mietvertrag 1 sind Geschäftsräume vermietet worden, ein Laden (ca. 87 m²) und ein „darunter liegender Keller/Lager (2 Räume, ca. 110 m²)“. Weiter heißt es im Mietvertrag: „Die zulässige Belastung der Geschossdecken beträgt 200

kg/m²; die vermietete Fläche gilt als mit ca. 197 m² vereinbart.“ Die tatsächliche Fläche des Ladens beträgt 85,68 m², die des Kellers hingegen nur 53,93 m².

4 Das Landgericht Berlin hat die Beklagte zur Zahlung von 11.959,20 € verurteilt, wovon 10.000 € auf eine zwischen den Parteien nicht streitige Erstattung der Kautions sowie 1959,20 € auf eine Rückzahlung wegen Mietminderung entfallen. Den Kläger hat es auf die Widerklage zur Zahlung von 26.584,40 € Nebenkosten verurteilt. Dagegen hat der Kläger Berufung und die Beklagte Anschlussberufung eingelegt. Der Kläger hat – soweit in der Revisionsinstanz noch streitbefangen – die Zahlung weiterer 18.035,69 € begehrt. Die Beklagte hat von der Anerkennung einer Mietminderung für den Mietvertrag 1 Abstand genommen und mit der Anschlussberufung eine weitere Zahlung von 5833,44 € geltend gemacht.

5 Das Berufungsgericht [KG] hat die Beklagte zur Zahlung von insgesamt 28.035,69 € nebst Zinsen verurteilt und die weitergehenden Rechtsmittel zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten.

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

7 I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts sind auch die Kellerräume Mietgegenstand geworden. Für eine Leihe oder sonst kostenfreie Überlassung sei nichts zu erkennen. Die Vertragsurkunde habe die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich. Mache eine der Vertragsparteien geltend, es seien vom Wortlaut abweichende Vereinbarungen getroffen worden, müsse sie im Einzelnen und unter Angabe von Beweismitteln darlegen, aus welchen Gründen sich eine Vereinbarung anderen Inhalts ergeben sollte und aus welchen Gründen die Parteien von einer Beurkundung insoweit abgesehen hätten. Über die von der Beklagten behaupteten Gespräche im Vorfeld der Beurkundung, die von der Urkunde abweichende Regelungen ergeben hätten, sei kein Beweis zu erheben.

8 Bei der Berechnung der Minderung hat das Berufungsgericht im Gegensatz zum Landgericht, das den Minderungsbeitrag in Anlehnung an das Mietverhältnis 2 ermittelt hat, von einer Differenzierung zwischen Ladenlokal und Kellerräumen abgesehen. Es hat die Minderung aufgrund der prozentualen Flächenabweichung von insgesamt rund 29% berechnet.

9 Das Berufungsgericht hat seine Ansicht damit begründet, dass die Vertragsparteien davon abgesehen hätten, für unterschiedlich zu nutzende Mietflächen verschieden hohe Anteile des einheitlich für die Gesamtfläche vereinbarten Mietzinses anzusetzen. Der Betrag sei daher einheitlich auf die gesamte Mietfläche zu verteilen. Für die unterschiedliche Bewertung einzelner Flächen (Gastraum, Toiletten, Keller) sei ein Anhaltspunkt nicht zu erkennen. Wenn die Parteien eine solche (unterschiedliche) Aufteilung des Mietzinses gewollt hätten, hätte nichts näher gelegen, als dies in den Vertrag aufzunehmen. Bei Mietverträgen über Gewerbeflächen sei es durchaus üblich, so zu verfahren.

10 II. Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

11 1. Das Berufungsgericht ist noch zutreffend davon ausgegangen, dass auch die Kellerräume Mietgegenstand geworden sind. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe über die Behauptung der Beklagten Beweis erheben müssen, sie habe die Kellerfläche den Mietern kostenlos als „Dreingabe“ überlassen wollen, greift nicht durch. Das Berufungsgericht hat sich zu Recht auf die Vertragsurkunde bezogen, welche auch die Kellerräume als vermietete Räume aufführt und insoweit eindeutig ist. Dass die Revision die Vereinbarung eines Quadratmeterpreises in Zweifel zieht, steht der Einbeziehung der Kellerräume in den Mietvertrag nicht entgegen, weil diese nicht davon abhängt, dass der Mietpreis an die Fläche gekoppelt wurde. Angesichts der Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit, die für die Vertragsurkunde streitet, begegnet es revisionsrechtlich keinen Bedenken, dass das Berufungsgericht dem

Beweisangebot der Beklagten nicht nachgegangen ist, schon weil die unter Beweis gestellten Tatsachen dem Inhalt der Vertragsurkunde nicht ohne weiteres entgegenstehen. Das Berufungsgericht hat insoweit darauf abgestellt, dass es sich um Gespräche im Vorfeld des Vertragsabschlusses gehandelt hat, welche dem Inhalt der Urkunde nur dann entgegenstehen, wenn sie beim Vertragsabschluss noch aktuell waren und sich daraus zudem eine der Urkunde widersprechende Erklärung ergab. Dass ein derartiger Vortrag und Beweisantritt der Beklagten vom Berufungsgericht übergangen worden seien, wird von der Revisi-on nicht dargelegt.

12 2. Die vom Berufungsgericht angenommene Mietminderung wegen der Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Mietfläche ist nicht frei von Rechtsfehlern.

13 a) Nicht zu beanstanden ist allerdings, dass das Berufungsgericht die Unterschreitung der vertraglich vereinbarten Fläche als Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB angesehen hat.

14 aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt bei der Miete von Räumen die Unterschreitung der vertraglich vereinbarten durch die dem Mieter vom Vermieter tatsächlich überlassene Fläche einen Mangel der Mietsache dar. In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof zunächst zur Wohnraummiete entschieden (BGH Urteil vom 24. März 2004 – VIII ZR 295/03 – NJW 2004, 1947 [= WuM 2004, 336] Rn. 11 f.; zuletzt BGH Urteile vom 10. März 2010 – VIII ZR 144/09 – NJW 2010, 1745 [= WuM 2010, 240] Rn. 11 f. und vom 10. November 2010 – VIII ZR 306/09 – NJW 2011, 220 [= WuM 2011, 11] Rn. 14). Einer zusätzlichen Darlegung des Mieters, dass infolge der Flächendifferenz die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert ist, bedarf es hierfür nicht (BGH Urteil vom 24. März 2004 – VIII ZR 295/03 – NJW 2004, 1947 [= WuM 2004, 336]). Der Senat hat sich dieser Rechtsprechung für die Miete von Geschäftsräumen angeschlossen (Senatsurteil vom 4. Mai 2005 – XII ZR 254/01 – NJW 2005, 2152 [= GuT 2005, 163]).

15 bb) Die Flächenangaben dienen nicht lediglich der Beschreibung des Mietobjekts. Die Fläche ist von den Vertragsparteien auch vertraglich vereinbart worden. Das ergibt sich aufgrund der revisionsrechtlich einwandfreien Feststellungen der Vorinstanzen aus der Mietvertragsurkunde. Darin heißt es ausdrücklich, dass die vermietete Fläche als mit ca. 197 m² vereinbart gilt. Um die Kellerfläche unter diesen Umständen dennoch von der vertraglichen Vereinbarung auszunehmen, hätte es einer besonderen Vereinbarung der Mietvertragsparteien bedurft (vgl. BGH Urteil vom 10. November 2010 – VIII ZR 306/09 – NJW 2011, 220 [= WuM 2011, 11]; Kraemer NZM 1999, 156, 160).

16 Dass die in Bezug auf die Beschaffenheit der Mietsache vereinbarte Nutzfläche schließlich mit einem Circa-Maß angegeben ist, steht einem zur Mietminderung berechtigenden Sachmangel nicht im Wege, wenn die tatsächliche Fläche mehr als 10% unter der vereinbarten Quadratmeterzahl liegt (vgl. BGH Urteil vom 10. März 2010 – VIII ZR 144/09 – NJW 2010, 1745 [= WuM 2010, 240] Rn. 12 mwN). Die vorgenannte Rechtsprechung bezieht sich zwar auf die Wohnraummiete, bei welcher Kellerflächen grundsätzlich nicht in die Wohnflächenberechnung einfließen (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 1 a der Wohnflächenverordnung vom 25. November 2003 BGBl. I S. 2346; ähnlich § 42 Abs. 4 Nr. 1 II. BV – gültig bis 31. Dezember 2003). Jedenfalls bei einer gravierenden Abweichung wie im vorliegenden Fall kann im Rahmen der Geschäftsraummiete auch für Nebenräume aber nichts anderes gelten. Es kommt des Weiteren nicht darauf an, in welcher Weise der Mieter die betreffende Fläche im konkreten Fall hätte nutzen wollen und in welchem Umfang er konkret beeinträchtigt ist (BGH Urteil vom 10. März 2010 – VIII ZR 144/09 – NJW 2010, 1745 [= WuM aaO] Rn. 11 mwN; Kraemer NZM 1999, 156, 161). Dass die fehlende Fläche nur

Nebenräume betrifft, findet sodann im Rahmen der Ermittlung des herabgesetzten Mietbetrages nach § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB Berücksichtigung.

17 b) Das Berufungsgericht hat den Minderungsbetrag aufgrund der prozentualen Flächenabweichung von rund 29% berechnet und ist zu monatlichen Minderungsbeträgen zwischen 2028 € und 2285 € gelangt. Das begegnet durchgreifenden Bedenken.

18 aa) Aufgrund des Mangels hat der Mieter nach § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten. Durch die Minderung soll die von den Vertragsparteien festgelegte Gleichwertigkeit zwischen den beiderseitigen Leistungen bei einer Störung auf der Vermieterseite wieder hergestellt werden (Senatsurteil BGHZ 163, 1, 6 = NJW 2005, 1713, 1714 [= WuM 2005, 384 = GuT 2005, 166 KL]). Welche Herabsetzung der Miete angemessen ist, richtet sich nach der Schwere des Mangels und der dadurch bewirkten Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit der vermieteten Sache (Staudinger/Emmerich BGB <2011> § 536 Rn. 57 mwN).

19 bb) Die allein vom Anteil an der Gesamtfläche ausgehende Berechnung des Berufungsgerichts wird einer an dem Ausmaß der Gebrauchsbeeinträchtigung orientierten Mietzinsminderung nicht gerecht. Sie lässt den generell geringeren Nutzungswert der Kellerräume außer Betracht und ist daher nicht angemessen im Sinne von § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB.

20 Allerdings legt der Bundesgerichtshof zum Wohnraummietrecht in ständiger Rechtsprechung die prozentualen Flächenunterschreitung als Maßstab der Minderung zugrunde (BGH Urteil vom 24. März 2004 – VIII ZR 295/03 – NJW 2004, 1947, 1949 [= WuM 2004, 336] unter Bezugnahme auf Kraemer NZM 1999, 156, 161 und Urteil vom 10. März 2010 – VIII ZR 144/09 – NJW 2010, 1745 [= WuM 2010, 240] Rn. 12). Diese Berechnungsmethode wird in der Regel die einzig mögliche sein (Kraemer NZM 1999, 156, 161) und verlangt keine Aufteilung nach der Art der von der Flächenunterschreitung betroffenen Räume. Dies entspricht der Ermittlung der Wohnfläche nach den besonderen Vorschriften des Wohnraummietrechts (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 1 a der Wohnflächenverordnung vom 25. November 2003 BGBl. I S. 2346; ähnlich § 42 Abs. 4 Nr. 1 II. BV – gültig bis 31. Dezember 2003). Die Gleichwertigkeit der Flächen ergibt sich hierbei schon aus der unterschiedslosen Einbeziehung der Räume in die Wohnflächenberechnung. Sie kommt in der Mietzinsermittlung bei preisgebundenen Wohnungen (vgl. § 8a Abs. 1 Satz 1 WoBindG; § 3 Abs. 2 Satz 1 NMV 1970) auch bei der Ermittlung des Mietpreises zum Ausdruck.

21 Die vorliegende Fallgestaltung unterscheidet sich hiervon dadurch, dass sich die Flächenabweichung ganz überwiegend auf die Kellerräume bezieht und sich diesen auch konkret zuordnen lässt. Eine Mietzinsminderung wäre bei der Wohnraummiete schon deswegen grundsätzlich nicht möglich, weil Kellerräume – wie ausgeführt – nach den einschlägigen Berechnungsvorschriften nicht zur Wohnfläche zählen (vgl. § 2 Abs. 3 Nr. 1 a der Wohnflächenverordnung vom 25. November 2003 BGBl. I S. 2346; ähnlich § 42 Abs. 4 Nr. 1 II. BV – gültig bis 31. Dezember 2003).

22 Eine Gleichsetzung der Kellerfläche mit der Fläche des Ladenlokals und Nebenräumen wäre allenfalls gerechtfertigt, wenn die Kellerräume hinsichtlich ihrer Nutzung mit dem hauptsächlichsten vertraglichen Nutzungszweck gleichwertig wären (vgl. – zur Wohnraummiete – BGH Urteil vom 16. September 2009 – VIII ZR 275/08 – NJW 2009, 3421 [= WuM 2009, 661] und Beschluss vom 29. September 2009 – VIII ZR 242/08 – WuM 2009, 662). Das ist hier jedenfalls nach den bisherigen Feststellungen der Vorinstanzen aber nicht der Fall. Daher verbietet sich eine Gleichsetzung, weil die Kellerräume ausweislich der Mietvertragsurkunde als Lager gemietet wurden und gegenüber dem Gastraum und Nebenräumen des Ladenlokals einen deutlich niedrigeren Gebrauchswert aufweisen. Das wird auch anhand des Mietvertrags 2 deutlich, der sich auf ein ebenfalls zur Nutzung als Lager gemietetes Hofgebäude sowie eine

Freifläche bezieht und für 185 m² Fläche einen Mietzins (ohne Betriebs- und Nebenkostenvorauszahlungen) von monatlich nur 400 € ausweist. Auch der Kläger selbst hat die Minderungsquote schließlich wesentlich geringer berechnet als das Berufungsgericht. Die vom Berufungsgericht angewendete Minderungsquote vernachlässigt dagegen den niedrigeren Gebrauchswert der Kellerfläche und würde daher letztlich zu einer nicht gerechtfertigten – erheblichen – Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses zu Lasten der Beklagten führen.

23 III. Das Berufungsurteil kann demnach, soweit es von der Revision angefochten worden ist, keinen Bestand haben. Der Senat ist daran gehindert, in der Sache abschließend zu entscheiden, weil im Hinblick auf die Bemessung der Minderungsbeträge weitere tatrichterliche Feststellungen erforderlich sind. Das Berufungsgericht hat sich von seinem Standpunkt aus folgerichtig mit den näheren Einwänden der Parteien zur Bemessung der herabgesetzten Miete nicht auseinandergesetzt, was nachzuholen ist.

24 Das gilt auch hinsichtlich der Entscheidung über die Anschlussberufung. Denn auch diese ist vom Umfang der Minderung bezüglich des Mietvertrags 1 abhängig. Die Beklagte hat insoweit von der erstinstanzlichen Verrechnung mit dem Rückforderungsanspruch Abstand genommen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 535, 536, 543 BGB
Geschäftsraummiete; Arztpraxis; Mangel;
Brandschutz-Dispens; Schimmelpilz;
Nötigungswirkung der Fristsetzung zur
Mängelbeseitigung; fristlose Kündigung wegen
gesundheitsgefährdenden Mangels

1. Solange die zuständige Behörde trotz eines Verstoßes gegen Brandschutzvorschriften eine Nutzung des Mietobjekts (hier: Arztpraxis) duldet und der Gebrauch nicht oder nur unerheblich beeinträchtigt ist, liegt ein Mangel nicht vor.

2. Die Äußerung des Vermieters, ein Mahnschreiben des Mieters mit Fristsetzung zur Mängelbeseitigung wirke wie eine Nötigung, stellt noch keinen Grund zur außerordentlichen Kündigung dar.

3. Schimmelpilzbildung in einer Arztpraxis berechtigt zur Minderung, deren Höhe sich an deren Ausbreitung und dem gesundheitsgefährdenden Ausmaß bemisst.

4. Auf Schimmelpilzbildung in seiner Arztpraxis kann der Mieter eine fristlose Kündigung erst stützen, wenn der Vermieter nach Anzeige des Mangels nicht alsbald für Abhilfe sorgt.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. 7. 2011 – I-24 U 31/11)

Aus den Gründen: A. I. Das Landgericht [Kleve] ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Beklagte zur Mietzinszahlung verpflichtet ist. Denn der Mietvertrag bestand bis zu seiner einvernehmlichen Aufhebung in dem Zwischenvergleich des Landgerichts Kleve vom 7. Juni 2010 unverändert fort. Der Beklagte war zuvor nicht berechtigt, das Mietverhältnis außerordentlich zu kündigen, denn die Voraussetzungen des § 543 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 BGB lagen nicht vor.

1. Die vom Beklagten gerügten Verstöße gegen zwingende Brandschutzvorschriften stellen keine Mängel gemäß § 536 Abs. 1 BGB dar. Hiervon ist das Landgericht zutreffend ausgegangen. Die vom Beklagten ausgesprochene außerordentliche Kündigung stützen sie somit nicht.

a. Ein Verstoß gegen behördliche Vorschriften führt nicht automatisch zur Annahme eines Mangels gemäß § 536 Abs. 1 BGB wegen unterlassener Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs. Voraussetzung ist vielmehr, dass die fehlende Übereinstimmung mit gesetzlichen Bestimmungen eine Aufhebung oder erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsa-

che zum vertragsgemäßen Gebrauch zur Folge hat. Eine solche liegt regelmäßig nur dann vor, wenn die zuständige Behörde eine Nutzung des Mietobjekts untersagt oder wenn ein behördliches Einschreiten insoweit ernstlich zu erwarten ist (vgl. BGH NJW 2009, 3421 [= WuM 2009, 661]; ZMR 1971, 220; Senat MDR 2010, 1244 f. [= GuT 2010, 203] m.w.N.; OLG R 2006, 716 [= GuT 2006, 235]; siehe auch Urteil vom 28. Oktober 2010, Az. I-24 U 28/10, veröffentlicht in Juris [= GuT 2011, 270]; OLG Düsseldorf – 10. Zivilsenat – DWW 2005, 235 [= GuT 2005, 228 KL]; DWW 2006, 240 [= GuT 2006, 138]; GuT 2007, 217 f.; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Auflage, Rn. 285). Dies war hier nicht der Fall. Der Beklagte konnte seine Arztpraxis betreiben, ohne dass die Stadt R. wegen der (möglicherweise) bestehenden formellen oder materiellen Baurechtswidrigkeit eingeschritten wäre oder dies gedroht hätte. Soweit die Stadt R. unter dem 2. September 2009 darauf verwies, dass das Treppenhaus nicht den Vorschriften der aktuellen Landesbauordnung Nordrhein-Westfalen (BauO NW) entspräche, enthält dies keine Androhung einer ordnungsbehördlichen Maßnahme bzw. eine Fristsetzung zur Beseitigung, nach deren Ablauf eventuelle Maßnahmen gedroht hätten. Deshalb war bis zur endgültigen Klärung der Angelegenheit bzw. der Durchführung von Baumaßnahmen von einer Duldung der Nutzung auszugehen. Entsprechendes folgt aus dem Schreiben der Stadt R. vom 28. Oktober 2010. Nachdem die Klägerin entsprechende Umbaumaßnahmen durchgeführt hatte, bestätigte die Stadt R. unter dem 12. November 2009, dass die brandschutztechnischen Mängel in dem Gebäude beseitigt worden sind. Soweit der Beklagte meint, die Vorschrift des § 36 Abs. 5 BauO NW sei zwingend und es habe der Behörde nicht zugestanden, hiervon abzuweichen, verkennt er die Dispensmöglichkeit des § 73 BauO NW. Hiervon hat die Stadt R. ganz offensichtlich Gebrauch gemacht.

b. Der Beklagte geht rechtsirrig davon aus, einem potentiellen Nachmieter die vermeintlich bauordnungswidrige Situation offen legen zu müssen. Er verkennt, dass er lediglich über das Vorhandensein von Mängeln der Mietsache aufklärungspflichtig sein kann. Solche Mängel liegen aber aus den oben ausgeführten Gründen nicht vor denn der nunmehr vorhandene Zustand des Treppenhauses ist von der Behörde ausdrücklich als ordnungsgemäß anerkannt worden.

c. Soweit der Beklagte den Ausspruch der außerordentlichen Kündigung darauf stützt, die Klägerin habe sich nicht um eine Lösung bemüht, ist dieses unrichtig. In dem Schreiben vom 27. Mai 2009 hat er die Klägerin erstmals über die Brandschutzproblematik informiert, und dies, obwohl er nach eigenem Bekunden bereits seit Februar 2009 im Rahmen der Besichtigung mit Dr. B. davon Kenntnis erlangt hatte. Die Klägerin hat sodann innerhalb der vom Beklagten bis zum 9. Juni 2009 gesetzten Frist unter dem 4. Juni 2009 reagiert und angekündigt, selbstverständlich für Abhilfe zu sorgen. Dass sie gleichzeitig zum Ausdruck bringt, das Schreiben des Beklagten wirke wie eine Nötigung, ist vor dem Hintergrund verständlich, dass der Beklagte sich von dem Mietvertrag lösen wollte und unstrittig geschuldete Mietzinsen mehrfach mit der Intention nicht bezahlt hatte, eine außerordentliche Kündigung der Klägerin zu provozieren. Dies hat der Beklagte ebenso wenig bestritten wie das Vorbringen der Klägerin, es seien aus diesem Grund insgesamt 10 Mahnbescheidverfahren zur Beitreibung der Mietschulden erforderlich gewesen. Der ausdrücklich von der Klägerin geäußerten Abhilfebereitschaft steht dies nicht entgegen, zumal diese ersichtlich darum bemüht war, das Mietverhältnis trotz der beschriebenen Widrigkeiten fortzuführen.

www.prewest.de

Februar 2007 – 30. Sept. 2012: 593 122 Zugriffe

2. Auch der aufgetretene Wasserschaden berechnete den Beklagten nicht zum Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung gemäß § 543 BGB. Das Landgericht hat die erhobenen Beweise zutreffend gewürdigt, der Senat schließt sich dem an.

a. Die Aufgabe des Berufungsgerichts besteht in erster Linie darin, die erstinstanzliche Entscheidung auf seine Richtigkeit zu kontrollieren. Es hat deshalb gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO seiner Verhandlung und Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszuges verfahrensfehlerfrei festgestellten Tatsachen einschließlich einer fehlerfreien Beweiswürdigung zugrunde zu legen (vgl. BGHZ 163, 313, 316 f.; BGH ZMR 2007, 677, 679 [= WuM 2007, 467 = GuT 2007, 317 KL]), so dass im zweiten Rechtszug nicht die Wiederholung einer erstinstanzlich bereits durchgeführten Beweisaufnahme verlangt werden kann. Die Bindung an die erstinstanzlichen Feststellungen (einschließlich der Beweiswürdigung) gilt nur dann nicht, wenn konkrete Anhaltspunkte „vernünftige“ Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der (entscheidungserheblichen) erstinstanzlichen Feststellungen (einschließlich der Beweiswürdigung) begründen (BGH aaO). Kann sich das Berufungsgericht indes von der Richtigkeit der erstinstanzlichen Beweiswürdigung überzeugen, so ist es auch an diese gebunden (vgl. BGH aaO).

b. Unter Anlegung dieser Kriterien ist die Beweiswürdigung des Landgerichts nicht zu beanstanden, so dass kein Anlass besteht, sie zweitinstanzlich zu wiederholen und die vom Beklagten wiederholend genannten Zeugen erneut zu befragen.

aa. Soweit der Beklagte beanstandet, der „modrige“ Geruch sei in sämtlichen Praxisräumen wahrzunehmen gewesen und sich dabei auf das Zeugnis seiner Ehefrau, der Zeugin E. beruht, ist das Landgericht diesen Angaben zu Recht nicht gefolgt. Abgesehen davon, dass die Zeuginnen P. (Ärztin, tätig beim Gesundheitsamt) und R. (Arzthelferin des Beklagten) diesen Geruch nur in dem betroffenen Laborraum selbst und nicht in den anderen Räumen wahrgenommen haben, rechtfertigt die dadurch eingetretene Geruchsbelästigung allenfalls eine vorübergehende Minderung des Mietzinses gemäß § 536 BGB, nicht jedoch den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung.

bb. Entsprechendes gilt für die vom Beklagten behauptete Schimmelpilzbildung. Das Landgericht ist richtig davon ausgegangen, dass dieser nur in einem gesundheitsgefährdenden Ausmaß relevant sein kann, ein solches aber nicht vorlag. Derartige vermochten die Zeugen P. und H. (Gesundheitsingenieur) für den betroffenen Laborraum jedenfalls nicht zu bestätigen. Auch kann nicht die Kontamination des Labors oder sonstiger Praxisräume festgestellt werden. Die Mitarbeiter des Gesundheitsamtes sahen offenbar keinen Anlass, dahingehende Feststellungen von Amts wegen zu treffen und auch der Beklagte hat sie nicht angeregt bzw. sich selbst darum gekümmert. Zwar kann aufgrund der vorgelegten Fotos davon ausgegangen werden, dass das Labor an einigen von Feuchtigkeit betroffenen Stellen auch eine gewisse Schimmelpilzbildung aufwies. Deren Ausdehnung konnte indes durch die Reparatur des Schadens, die jedenfalls provisorisch am 5. Juni 2009 erfolgt ist, und die damit einhergehende Trocknung der Wände sowie die vollständige Schließung des Labors, die der Beklagte unter Auslagerung der Laborgeräte vorgenommen hat, verhindert werden, weshalb von einer Ausbreitung des Schimmelpilzes in der gesamten Arztpraxis nicht auszugehen ist.

cc. Aus alledem folgt, dass sowohl die Geruchs- als auch die Schimmelpilzbildung auf den Laborraum beschränkt waren, der nach den unwidersprochen gebliebenen Angaben der Klägerin eine Fläche von 8–10 qm (bei einer Gesamtfläche von 167 qm) aufweist. Dies entspricht einem Anteil von 6% (bei 10 qm) und 4,8% (bei 8 qm) der Gesamtfläche. Die vom Landgericht erkannte Minderung ist mit 10% angemessen und trägt dem Umfang der Gebrauchsbeeinträchtigung ausreichend Rechnung. Es ist vom Beklagten nicht nachvollziehbar dargelegt worden, dass die Verlegung des Labors in einen anderen Raum zu relevanten Störungen des Praxisbetriebs und damit der Nutzung der Räume geführt hat. Die Klägerin hat vorgetragen, das Mietobjekt

umfasse 12 Räume, während die Zeugin R. von 9 Räumen sprach. Im Hinblick auf die Anzahl der Räume ist auch unter Berücksichtigung dessen, dass ein Arzt in der Regel mehr als ein Behandlungszimmer zur Verfügung haben muss, um reibungslos eine größere Anzahl von Patienten behandeln zu können, nicht nachvollziehbar, warum 8 Räume (9 Räume abzüglich des Labors) nicht ausreichend gewesen sein sollten. Soweit der Beklagte insoweit gewisse Einschränkungen hat hinnehmen müssen, ist diesen dadurch Rechnung getragen, dass die Minderung aufgrund der Raumgröße bei allenfalls 6% liegt und deshalb eventuelle weitere Beeinträchtigungen mit weiteren 4% ausreichend berücksichtigt sind.

Mitgeteilt von VRiOLG a. D. Ziemßen, Düsseldorf

**§§ 543, 286, 276 BGB
Zahlungsverzug wegen unberechtigter
Mietzinsminderung; fristlose Kündigung**

Der eine fristlose Kündigung begründende Zahlungsverzug entfällt nicht wegen fehlenden Verschuldens des Mieters, wenn dieser bei Anwendung verkehrsüblicher Sorgfalt hätte erkennen können, dass die tatsächlichen Voraussetzungen des von ihm in Anspruch genommenen Mietrechts nicht bestehen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 25. Oktober 2006 – VIII ZR 102/06, NZM 2007, 35 [= WuM 2007, 24 = GuT 2007, 36 KL]).

(BGH, Urteil vom 11. 7. 2012 – VIII ZR 138/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagten sind seit 1. September 2007 Mieter eines Einfamilienhauses der Klägerinnen in F. In § 4 Nr. 1 des Mietvertrags ist bestimmt, dass die Miete mit den Nebenkosten monatlich im Voraus, spätestens am 3. Werktag des Monats kostenfrei an den Vermieter zu zahlen ist.

2 Im Dezember 2008 teilten die Beklagten den Klägerinnen mit, dass sich im Haus aufgrund baulicher Mängel Schimmel und Kondenswasser bilde, und baten um Abhilfe, die die Klägerinnen ablehnten. Nach deren Ansicht, die sie den Beklagten anlässlich eines Ortstermins im Dezember 2008 mitteilten, ist das Heizungs- und Lüftungsverhalten der Beklagten für die Schimmel- und Kondenswasserbildung verantwortlich.

3 Die Beklagten minderten daraufhin die vertraglich vereinbarte Bruttomiete in Höhe von 1550 €/Monat für die Monate März 2009 bis Juni 2010 um jeweils 310 € (20%).

4 Mit ihrer Klage nehmen die Klägerinnen die Beklagten auf Zahlung des für die Monate März 2009 bis Januar 2010 aufgelaufenen Mietrückstands (3410 €) nebst Zinsen sowie auf Räumung des Hauses in Anspruch. Den mit Schriftsatz vom 7. Januar 2010 (dem Beklagtenvertreter zugestellt am 8. Januar 2010) klageerweiternd geltend gemachten Räumungsanspruch stützen sie zum einen auf die mit diesem Schriftsatz ausgesprochene fristlose Kündigung, in der der bis einschließlich Januar 2010 offene Mietzahlungsrückstand von 3410 € aufgeführt ist, zum anderen auf eine weitere in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 22. Dezember 2010 ausgesprochene fristlose (hilfsweise ordentliche) Kündigung, in der der bis Juni 2010 aufgelaufene Mietzahlungsrückstand von 4960 € genannt ist.

5 Das Amtsgericht Freising hat nach Einholung eines Sachverständigenutachtens mit Urteil vom 27. Mai 2010 einen zur Minderung berechtigenden Mangel des vermieteten Anwesens verneint und der Klage in vollem Umfang stattgegeben.

6 Die Beklagten glichen daraufhin im Juni 2010 den für die Monate Februar 2010 bis Mai 2010 aufgelaufenen Mietrückstand in Höhe von 1240 € aus und nahmen ab Juli 2010 unter Vorbehalt die Mietzahlungen wieder in voller Höhe auf. Während des Berufungsverfahrens zahlten die Beklagten am 17. Februar 2011 weitere 3720 € (Mietrückstand März 2009 bis Ja-

nuar 2010 zuzüglich Mietrückstand Juni 2010) an die Klägerinnen und glichen damit den zu dieser Zeit noch offenen Mietrückstand vollständig aus.

7 Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht Landshut, nachdem die Parteien die Hauptsache in Höhe von 3410 € übereinstimmend für erledigt erklärt hatten, die Beklagten in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zur Zahlung von Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 3410 € seit 8. Juli 2010 bis 17. Februar 2011 verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgen die Kläger den Räumungsanspruch weiter und erstreben die Abänderung des Berufungsurteils, soweit dort zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

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

9 I. Das Berufungsgericht hat – soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse – zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

10 Den Klägerinnen stehe der geltend gemachte Räumungsanspruch nicht zu, da weder die Kündigung vom 7. Januar 2010 noch die Kündigung vom 22. Dezember 2010 das Mietverhältnis beendet habe. Zwar habe zu beiden Zeitpunkten Rückstand mit mehr als zwei Monatsmieten bestanden. Die Wirksamkeit der fristlosen Kündigungen vom 7. Januar und 22. Dezember 2010 erfordere nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 Buchst. b BGB jedoch, dass die Beklagten mit den Mietzahlungen in Verzug gewesen seien. Daran fehle es, denn die Beklagten treffe kein Verschulden an der Nichtzahlung der Miete, da die von ihnen vorgenommene Minderung nicht offensichtlich unberechtigt und nicht unangemessen gewesen sei.

11 Hinsichtlich des Verschuldensmaßstabs des § 276 BGB sei im Rahmen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB ein großzügiger Maßstab anzulegen. Bestünden sachlich gerechtfertigte Meinungsverschiedenheiten über die Höhe der Mietzahlung (Berechtigung der Minderung), müssten diese im Wege der Leistungsklage ausgetragen werden. Der Rückgriff des Vermieters auf das Kündigungsrecht sei in diesen Fällen sachfremd, weil § 543 BGB nicht als Druckmittel gegen den Mieter eingesetzt werden dürfe, um ihn zum Verzicht auf die Geltendmachung seiner Rechte zu bewegen. Da im Streitfall die Ursache der Schimmelbildung unklar gewesen sei, fehle es an einem Verschulden der Beklagten.

12 Diese Erwägungen träfen nicht nur auf die Kündigung vom 7. Januar 2010, sondern auch auf die Kündigung vom 22. Dezember 2010 zu. Zwar entfalle die Berechtigung für eine Mietminderung, wenn der Mieter (nachträglich) erkenne, dass eine Minderungsbefugnis nicht bestehe. Davon sei immer dann auszugehen, wenn der Mieter vom Gericht auf diesen Umstand hingewiesen werde. Selbst wenn der Mieter das ihm ungünstige Urteil durch eine weitere Instanz überprüfen lassen wolle, müsse er dennoch sein Zahlungsverhalten ändern, ohne dass es einer vorherigen Mahnung des Vermieters bedürfe. Im Streitfall habe daher zu den nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils geschuldeten und von den Beklagten auszugleichenden Mieten auch der bis zum erstinstanzlichen Urteil aufgelaufene Zahlungsrückstand in Höhe von 3410 € gezählt. Jedoch hätten die Beklagten letztlich sämtliche Rückstände mit der letzten, am 17. Februar 2011 geleisteten Zahlung in Höhe von 3710 € ausgeglichen. Damit trete die Wirkung des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB ein, so dass die Kündigung unwirksam geworden sei. Dass die Zahlungen nur unter Vorbehalt erfolgt seien, ändere nichts an deren Erfüllungswirkung.

13 Auch die am 22. Dezember 2010 hilfsweise erklärte ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB greife nicht durch, da es auch insoweit am Verschulden der Beklagten fehle. Die Frage, ob ein Mieter, nachdem er durch Urteil auf die fehlende Berechtigung zur Mietminderung hingewiesen worden sei, nur die ab diesem Zeitpunkt fällig werdenden Zahlungen zu leisten habe oder ob er sogleich den aufgelaufenen Rück-

stand in voller Höhe ausgleichen müsse, werde kontrovers diskutiert. Zwar hätten die Beklagten nach Zustellung des Ersturteils alle Rückstände ausgleichen müssen, was der Prozessbevollmächtigte der Beklagten, dessen Verschulden sich die Beklagten nach § 278 BGB zurechnen lassen müssten, irrtümlich anders gesehen habe. Dennoch fehle es am Verschulden, da es noch keine eindeutige obergerichtliche Rechtsprechung hierzu gebe. Im Übrigen könne ein etwaiges Fehlverhalten der Beklagten deshalb in einem milderen Licht erscheinen, weil sie nachträglich Zahlung geleistet hätten.

14 II. Diese Beurteilung des Berufungsgerichts hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Mietverhältnis der Parteien ist durch die fristlose Kündigung der Klägerinnen vom 7. Januar 2010 beendet worden. Der Räumungsanspruch der Kläger ist daher gemäß § 546 Abs. 1 BGB begründet.

15 Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB kann das Mietverhältnis von jeder Vertragspartei aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos gekündigt werden. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn der Mieter in einem Zeitraum, der sich über mehrere Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrags in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB). So verhält es sich im Streitfall.

16 1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bestand im Zeitpunkt des Zugangs der fristlosen Kündigung vom 7. Januar 2010 ein Zahlungsrückstand von 3410 €, der die Summe der Mieten für zwei Monate (3100 €) überschritt. Mit diesem Betrag waren die Beklagten entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch in Verzug (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Denn den Beklagten stand – wie in der Revisionsinstanz zwischen den Parteien nicht mehr im Streit ist – wegen der Schimmel- und Kondenswasserbildung kein Minderungsrecht zu, da die Ursache der beanstandeten Mängel nach den Feststellungen der Vorinstanzen in einem unzureichenden Heizungs- und Lüftungsverhalten der Beklagten liegt.

17 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts entfällt der Verzug der Beklagten nicht deshalb, weil die von ihnen vorgenommene Mietminderung angesichts der zunächst unklaren Ursache der Schimmelpilzbildung nicht „offensichtlich unberechtigt“ gewesen und der Mietrückstand deshalb von ihnen nicht zu vertreten sei.

18 a) Allerdings wird in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und in der mietrechtlichen Literatur teilweise die Auffassung vertreten, im Rahmen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB sei bezüglich des Verschuldens ein milderer Maßstab anzuwenden, insbesondere im Falle eines Rechtsirrtums des Mieters. Der Streit über das Minderungsrecht müsse in diesen Fällen im Wege der Leistungsklage über die nicht gezahlten Mieten ausgetragen werden. Anderenfalls könne allein der Druck einer fristlosen Kündigung den Mieter zu einem Verzicht auf seine Rechte aus § 536 BGB bewegen. Erst wenn der Vermieter vom Gericht erfahre, dass sein Minderungsrecht nicht bestehe, entfalle der Entschuldigungsgrund und könne Verzug eintreten (Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 543 BGB Rn. 103 ff.; vgl. Kokemüller, WuM 1999, 201, 202 ff.; LG Berlin, GE 2007, 1486, 1487; vgl. auch LG Frankfurt am Main, NJW-RR 2004, 1238 f.).

19 b) Diese Auffassung trifft nicht zu. Der Senat hat bereits entschieden, dass auch im Wohnraummietrecht an das Vorliegen eines unverschuldeten Rechtsirrtums strenge Anforderungen zu stellen sind und kein Grund besteht, im Rahmen des § 543 Abs. 3 BGB zugunsten des Mieters einen milderen Sorgfaltsmaßstab anzulegen (Senatsurteil vom 25. Oktober 2006 – VIII ZR 102/06, NZM 2007, 35 [= WuM 2007, 24] Rn. 25 ff. [= GuT 2007, 36 KL]). Auch bei einem im Bereich des Tatsächlichen hier der Ursache einer Schimmelpilzbildung angesiedelten Irrtums besteht dafür kein Grund (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 1989 IVa ZR 156/88, NJW-RR 1990, 160, 161).

20 Nach § 286 Abs. 4 BGB kommt der Schuldner nicht in Verzug, solange die Leistung aufgrund eines Umstandes unterbleibt,

den er nicht zu vertreten hat; zu vertreten hat der Schuldner gemäß § 276 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit. Mit dieser gesetzlichen Regelung lässt sich die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagten hätten im Rahmen des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB schon deshalb nicht in Verzug geraten können, weil ihre Einschätzung, der Schimmelbefall sei auf einen von den Klägerinnen zu vertretenden Baumangel zurückzuführen, nicht „offensichtlich unberechtigt“ gewesen sei, nicht vereinbaren. Sie liefe darauf hinaus, dass sich die Haftung des Mieters auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkte. Für eine derartige Privilegierung des Mieters besteht kein Anlass. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts wird auf den Mieter, der das Risiko einer fahrlässigen Fehleinschätzung der Ursache eines Mangels zu tragen hat, kein unzulässiger Druck dahin ausgeübt, auf seine Rechte aus § 536 BGB zu verzichten. Denn der Mieter kann den Minderungsbetrag, den er für angemessen hält, unter dem einfachen, lediglich die Wirkungen des § 814 BGB ausschließenden Vorbehalt der Rückforderung an den Vermieter zahlen, so dass ihm die Möglichkeit bleibt, eine gerichtliche Klärung seiner Rechte herbeizuführen, ohne dem Risiko einer fristlosen Kündigung ausgesetzt zu sein.

21 c) Vorliegend entfällt der Zahlungsverzug nicht wegen fehlenden Verschuldens der Beklagten. Dass sie bei Anwendung verkehrsbüblicher Sorgfalt nicht hätten erkennen können, dass die Ursache der Schimmelpilzbildung in ihrem eigenen Wohnverhalten lag, ist von ihnen nicht dargetan worden und auch sonst nicht ersichtlich. Im Gegenteil haben die Beklagten selbst eingeräumt, dass sie wegen der Haltung mehrerer Katzen, die das Haus nicht verlassen sollten, in ihrem Lüftungsverhalten eingeschränkt waren; zudem musste sich ihnen die Vermutung aufdrängen, dass das Vorhandensein von zwei Aquarien sowie eines Terrariums mit Schlangen eine die Schimmelbildung begünstigende höhere Luftfeuchtigkeit in der gemieteten Wohnung bedingte und somit an das Lüftungsverhalten entsprechend höhere Anforderungen zu stellen waren.

22 3. Da im Zeitpunkt der fristlosen Kündigung vom 7. Januar 2010 mithin sämtliche Voraussetzungen einer fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB vorlagen, hätten die Beklagten dem damit begründeten Räumungsanspruch der Klägerinnen nur dadurch die Grundlage entziehen können, dass sie innerhalb der Schonfrist des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB die Mietrückstände vollständig ausgeglichen hätten. Dies ist nicht geschehen. Ein Ausgleich der die Kündigung begründenden Zahlungsrückstände fand erst mit der Zahlung vom 17. Februar 2011 statt. Diese nicht mehr im Zeitraum des § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB liegende Zahlung konnte der Kündigung vom 7. Januar 2010 ihre Wirksamkeit nicht mehr nehmen. Soweit die damit verspätete Zahlung der offenen Rückstände auf Rat des Prozessbevollmächtigten der Beklagten geschehen sein sollte, haben sich die Beklagten dessen Verschulden gemäß § 278 BGB zurechnen zu lassen.

23 III. Nach allem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 BGB). Da keine weiteren Feststellungen zu treffen sind, hat der Senat in der Sache selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 BGB). Da sich der Räumungsanspruch der Klägerinnen als begründet erweist, ist die Berufung der Beklagten gegen das auf Räumung erkennende Urteil des Amtsgerichts zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 543, 560, 569 BGB

Wohnraummiete; Verzug mit einseitig erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen; fristlose Kündigung

Kommt der Mieter mit der Zahlung von durch den Vermieter nach § 560 Abs. 4 BGB einseitig erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen in Verzug, scheidet eine (auch) darauf gestützte fristlose Kündigung des Vermieters nicht daran, dass der Vermieter den Mieter nicht vor Ausspruch der Kündigung auf Zahlung der erhöhten Betriebskosten verklagt hat.

(BGH, Urteil vom 18. 7. 2012 – VIII ZR 1/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin ist Mieterin einer Wohnung der Beklagten in S. Gemäß § 3 des zwischen den Parteien bestehenden Mietvertrags vom 1. August 1997 betrug die Grundmiete zunächst 649,16 DM (= 331,91 €) zuzüglich 110,61 DM (= 56,55 €) Betriebskostenvorauszahlungen und 51,89 DM (= 26,53 €) Vorauszahlungen für die Heiz- und Warmwasserkosten. Die Vorauszahlungen für Heizung und Warmwasser erhöhten sich im Jahr 2000 um 15,41 €, zum 1. Oktober 2003 um weitere 66,46 € sowie zum 1. Oktober 2004 nochmals um 18,74 €.

2 Ab November 2003 zahlte die Klägerin die Erhöhungsbeträge und Teile der Grundmiete nicht. Die Beklagten kündigten wegen der im Zeitraum November 2003 bis Dezember 2004 aufgelaufenen Rückstände das Mietverhältnis mit Erklärung vom 15. Dezember 2004 fristlos.

3 Die Klägerin hat die Beklagten auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von insgesamt 2202,94 € wegen mehrerer Mängel der Mietwohnung in Anspruch genommen. Die Beklagten haben im Wege der Widerklage Zahlung von Mietrückständen in Höhe von insgesamt 4722,70 € für den Zeitraum von November 2003 bis einschließlich Oktober 2007 und Nachforderungen aus der Betriebskostenabrechnung 2002 in Höhe von 797,51 € und aus der Betriebskostenabrechnung 2003 in Höhe von 889,40 € verlangt. Zudem haben sie gestützt auf die fristlose Kündigung vom 15. Dezember 2004 Räumung und Herausgabe der Wohnung begehrt.

4 Das Amtsgericht Königs Wusterhausen hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Berufungsgericht [LG Potsdam] hat die Berufung der Klägerin nur in Höhe eines Betrages von 112,17 € als begründet angesehen und die weitergehende Berufung zurückgewiesen.

5 Mit der vom Senat hinsichtlich der Verurteilung zur Räumung zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Widerklageabweisungsbegehren weiter.

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

7 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung soweit im Revisionsverfahren noch von Interesse im Wesentlichen ausgeführt:

8 Die Kündigung sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil sich der Rückstand teilweise aus Mieterhöhungen wegen der Anpassung von Betriebskostenvorauszahlungen errechne. Dieser Umstand schließe eine Kündigung nicht grundsätzlich aus. Das Mieterschutzgesetz gelte nicht mehr und das Gesetz zur Regelung der Miethöhe habe den Ausschluss einer Kündigung wegen einer Erhöhung der Betriebskostenvorschüsse nicht vorgesehen. Vielmehr sei bei der Frage, ob der Mieter schuldhaft gehandelt habe, zu berücksichtigen, dass der Rückstand auf einer Mieterhöhung beruhe. Es sei hier jedoch von einem Verschulden der Klägerin auszugehen, da sie keine Einsicht in die Berechnungsunterlagen, die den Betriebskostenabrechnungen zu Grunde lagen, genommen habe.

9 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin gemäß § 546 Abs. 1 BGB zur Herausgabe der Mietwohnung verpflichtet ist. Denn die Kündigung

GuT

**Immobilienverwaltung
und
Immobilienbewirtschaftung**

der Beklagten vom 15. Dezember 2004 hat das Mietverhältnis wirksam beendet. Aus § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB ergibt sich keine Verpflichtung des Vermieters, den Mieter vor Ausspruch der Kündigung auf Zahlung der Erhöhungsbeträge nach § 560 Abs. 4 BGB zu verklagen.

10 1. Gemäß § 543 Abs. 1 Satz 1 BGB kann jede Vertragspartei das Mietverhältnis aus wichtigem Grund außerordentlich fristlos kündigen. Ein wichtiger Grund liegt nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB insbesondere vor, wenn der Mieter in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit der Entrichtung der Miete in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der die Miete für zwei Monate erreicht.

11 Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Das Berufungsgericht hat die Klägerin rechtskräftig zur Zahlung von Miete in Höhe von 1581,19 € für den Zeitraum von November 2003 bis einschließlich Dezember 2004 verurteilt. Dieser Betrag übersteigt die Miete für zwei Monate.

12 Die Klägerin war zum Zeitpunkt der Kündigung vom 15. Dezember 2004 mit der Entrichtung dieser Miete in Verzug. Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, dass die Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB geltend gemacht habe, da die Beklagten ihr eine zumutbare Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen verweigert hätten. Denn aus den von der Revision in Bezug genommenen Schriftsätzen ergibt sich nicht, dass die Klägerin diese Einrede wie erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 14. April 2005 – VII ZR 14/04, NJW-RR 2005, 1041 unter II 1 b; Senatsurteil vom 15. April 1987 – VIII ZR 126/86, NJW-RR 1987, 903 [= WuM 1987, 317] unter II 1 b bb) vor dem Ausspruch der Kündigung erhoben hat. Das Berufungsgericht ist daher zu Recht nicht darauf eingegangen.

13 2. Der fristlosen Kündigung der Beklagten steht entgegen der Auffassung der Revision § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB nicht entgegen.

14 a) Ist der Mieter rechtskräftig zur Zahlung einer erhöhten Miete nach den §§ 558 bis 560 BGB verurteilt worden, so kann der Vermieter nach § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB das Mietverhältnis wegen Zahlungsverzugs des Mieters nicht vor Ablauf von zwei Monaten nach rechtskräftiger Verurteilung kündigen, wenn nicht die Voraussetzungen der außerordentlichen fristlosen Kündigung schon wegen der bisher geschuldeten Miete erfüllt sind. Letzteres ist hier nicht der Fall. In den Mietrückständen sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die gemäß § 560 Abs. 4 BGB erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen enthalten (66,46 € ab Oktober 2003 und 85,20 € ab Oktober 2004). Der Kündigungsgrund des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB liegt hier nur vor, wenn man die Erhöhungsbeträge nach § 560 Abs. 4 BGB berücksichtigt. Rechnet man diese aus den vom Berufungsgericht als noch geschuldet angesehenen Mieten (1581,19 €) heraus, verbleibt lediglich ein Betrag, der nicht einmal die zweifache Grundmiete erreicht.

15 b) Der Regelungsgehalt des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB ist allerdings umstritten (ausführlich Hinz, NZM 2010, 57, 65 ff.).

16 aa) Nach einer Ansicht besagt die Vorschrift, dass der Vermieter wegen der erhöhungsbedingten Rückstände erst kündigen kann, wenn der Mieter rechtskräftig zur Zahlung der erhöhten Betriebskosten oder -vorauszahlungen verurteilt ist (Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 10. Aufl., § 569 BGB Rn. 70; Hinz, aaO S. 67; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 569 Rn. 28). Der Vermieter wäre somit gezwungen, vor Ausspruch einer fristlosen Kündigung Zahlungsklage zu erheben, und könnte erst nach Ablauf der Kündigungsfrist die Kün-

digung wegen Zahlungsverzugs aussprechen (LG Hamburg, Urteil vom 30. August 2007 – 307 S 43/07, juris Rn. 3; LG Berlin, GE 1989, 675 ff.; AG Altena, WuM 1988, 25 <zu § 9 Abs. 2 MHG>; LG München I, WuM 1979, 16f.).

17 bb) Eine andere Ansicht orientiert sich streng am Wortlaut der Vorschrift und sieht die rechtskräftige Verurteilung des Mieters nur als Voraussetzung für die Sperrfrist an und nicht als Voraussetzung für die Kündigung wegen Zahlungsverzugs (Emmerich in Emmerich/Sonnenschein, Miete, 10. Aufl., § 569 Rn. 33; Sternel, WuM 2009, 699, 704). § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB besagt nach dieser Meinung lediglich, dass dem Mieter, gegen den der Vermieter wegen nicht entrichteter Erhöhungsbeträge nach §§ 559 und 560 BGB Klage erhoben hat, nach rechtskräftiger Verurteilung eine Kündigungsfrist von zwei Monaten zusteht. Die Vorschrift sei bei Kündigungen ohne vorangegangene Zahlungsklage daher gar nicht einschlägig (vgl. die Darstellung bei Hinz, aaO S. 65 mwN).

18 cc) Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an.

19 Für diese spricht neben dem engen Wortlaut auch die Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Zunächst gab es eine entsprechende Regelung nur für das Mieterhöhungsverlangen des Vermieters (§ 3 Abs. 5 WKSchG). Sie sollte sicherstellen, dass nicht wegen der während des Klageverfahrens eventuell aufgelaufenen Erhöhungsbeträge alsbald nach der Rechtskraft des Urteils eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs erfolgen kann (BT-Drucks. VI/2421, S. 4). Einen Kündigungsschutz des Mieters musste man dabei nur für die während des Klageverfahrens aufgelaufenen Erhöhungsbeträge regeln. Denn in der Zeit davor ist der Mieter durch andere gesetzliche Bestimmungen ausreichend geschützt. Stimmt er einer Erhöhung nicht zu und erhebt der Vermieter nicht innerhalb einer Frist von drei Monaten Klage auf Zustimmung, gilt das Erhöhungsverlangen als nicht gestellt (BT-Drucks. VI/2421, S. 4). Klagt der Vermieter und wird der Mieter zur Zustimmung verurteilt, schuldet der Mieter zwar die erhöhte Miete für die Zeit ab dem dritten auf das Erhöhungsverlangen des Vermieters folgenden Kalendermonat. Diese Schuld wird aber erst mit Rechtskraft des Zustimmungsurteils fällig (Senatsurteil vom 4. Mai 2005 – VIII ZR 94/04, WuM 2005, 396 unter II 2 b aa und bb); der Mieter kann also davor nicht in Zahlungsverzug geraten, so dass der Vermieter ihm auch nicht kündigen kann.

20 Der Gesetzgeber hat die auf die vorgenannte Fallkonstellation zugeschnittene Regelung dann durch § 9 Abs. 2 MHG auch auf Mieterhöhungen nach den §§ 2 bis 7 MHG (und damit auch auf Erhöhungen der Betriebskostenvorauszahlungen gemäß § 4 Abs. 2 MHG) ausgedehnt, weil er dem Mieter auch in diesen Fällen den Schutz der Vorschrift zukommen lassen wollte, „zumal in diesen Fällen die Mieterhöhung durch die Erklärung des Vermieters automatisch wirksam wird“ (BT-Drucks. 7/2011, S. 13). Dieser Schutz umfasst aber wie oben dargestellt nur die während des Klageverfahrens aufgelaufenen Erhöhungsbeträge und erstreckt sich nicht auf die Zeit vor Erhebung der Klage. § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB ändert daran nichts, da er nach der Gesetzesbegründung nur den Regelungsgehalt von § 9 Abs. 2 MHG übernehmen sollte (BR-Drucks. 439/00, S. 163).

21 Die Interessen des Mieters gebieten es nicht, den Schutzbereich des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB dahingehend auszuweiten, dass der Vermieter vor Erhebung einer Zahlungsklage nicht kündigen kann (Sternel, aaO). Dem steht schon der Ausnahmecharakter dieser Vorschrift im Gesamtzusammenhang der Kündigungsbestimmungen entgegen, der für eine restriktive Handhabung spricht (vgl. Senatsurteil vom 9. Mai 2012 – VIII ZR 327/11, MDR 2012, 753 [= GuT 2012, 253] Rn. 16). Im Übrigen ist der Mieter dadurch geschützt, dass im Rahmen des Kündigungsprozesses geprüft werden muss, ob der Vermieter gemäß § 560 Abs. 4 BGB bei den Vorauszahlungen eine Anpassung auf die verlangte Höhe vornehmen durfte. Der Senat hat mit zwei Urteilen vom 15. Mai 2012 (VIII ZR 245/11 und VIII

ZR 246/11 [= GuT 2012, 259], jeweils juris Rn. 16) entschieden, dass eine Anpassung der Vorauszahlungen gemäß § 560 Abs. 4 BGB nur insoweit begründet ist, als sie auf einer auch inhaltlich korrekten Abrechnung beruht. Der Mieter kann durch Einsicht in die Abrechnungsunterlagen nachprüfen, ob die Anpassung gemäß § 560 Abs. 4 BGB gerechtfertigt ist oder nicht und welches Prozessrisiko er eingeht, wenn er nicht zahlt. Sollte ihm der Vermieter die Einsicht nicht ermöglichen, kann der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. In diesem Fall ist eine auf Zahlungsverzug gestützte Kündigung ausgeschlossen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 550, 566 a.F. BGB

Gewerberaumiete; Auslegung des einheitlichen Formularmietvertrags aus Haupturkunde und Anlagen; Schriftform; widersprüchliche Regelung in Haupturkunde und Anlagen zur Mietzeit

Ein Mietvertrag bestehend aus Haupturkunde und zwei Anlagen, wobei sämtliche Schriftstücke vorformulierte Regelungen enthalten, die geeignet sind, als Grundlagen für die Verträge zwischen dem Vermieter und weiteren potentiellen Vertragspartnern zu dienen, ist einheitlich ein Formularvertrag.

Als solcher wird seine Auslegung von dem Grundsatz objektiver Auslegung bestimmt. Die durch die Parteien vereinbarten Regelungen sind ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie ihr Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden wird. Während der Vertragsverhandlungen möglicherweise zutage getretene Umstände, die in der Vertragsurkunde keinen Ausdruck gefunden haben, können bei der Auslegung nicht berücksichtigt werden.

Führt die objektive Auslegung zu dem Ergebnis, dass die Parteien hinsichtlich der Mietzeit und des einer Partei eingeräumten Optionsrechtes in der Haupturkunde und einer Anlage widersprüchliche Regelungen getroffen haben, so wurde das Schriftformerfordernis nicht gewahrt, weil von der Schriftform nicht alle wesentlichen Vertragsbedingungen erfasst waren.

(OLG Naumburg, Urteil vom 7. 6. 2011 – 9 U 213/10)

Aus den Gründen: II. [...] Die Klage ist auch begründet. Das durch Mietvertrag vom 11. Januar 1996 begründete Mietverhältnis der Parteien über die im ersten Obergeschoss des Hauses M. 12, 13 in E. gelegenen Gewerberäume ist aufgrund der durch die Klägerin mit Schreiben vom 8. April 2010 erklärten ordentlichen Kündigung zum 31. Dezember 2010 beendet worden.

Mit dem Abschluss des vom 11. Januar 1996 datierenden Mietvertrages haben die Parteien die Schriftform des § 566 BGB a. F. nicht gewahrt.

Für die Beurteilung der Frage, ob die Parteien die Schriftform dadurch gewahrt haben, dass sie in dem Mietvertrag die Anlagen 1 und 2 zu dem betreffenden Vertrag in Bezug genommen und als Vertragsbestandteile ausgewiesen und in den beiden Anlagen wiederum auf den Mietvertrag verwiesen haben, kann es dahinstehen, ob die Anlage 1 durch einen Vertreter der Beklagten als der Vermieterin am Tag des Vertragschlusses in Anwesenheit der Klägerin, die die betreffende Anlage am 11. Januar 1996 unterzeichnet hatte, unterschrieben wurde oder ob die Unterschriftsleistung erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgte. Da die Parteien in der Vertragsurkunde, die mit den Unterschriften der Klägerin sowie eines Bevollmächtigten der Beklagten versehen war, die Anlagen 1 und 2 zu Vertragsbestandteilen erklärten und die Anlagen wiederum den Mietvertrag vom 11. Januar 1996 in Bezug nahmen, hätte sich aus einer verspäteten Unterzeichnung der Anlage 1 von Seiten

der Beklagten als der Vermieterin ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis nach § 566 BGB a. F. nicht begründet (Blank/Börstinghaus, *Miete*, 3. Aufl., § 550 BGB n. F., Rn. 42, m.w.N.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.11.1995, Az.: 10 U 39/95, zitiert nach juris).

Der Wahrung der Schriftform des § 566 BGB a. F. hätte auch nicht eine nach der Auffassung der Klägerin unterbliebene Dokumentation der Vertretungsverhältnisse hinsichtlich der Beklagten als ihrer vormaligen Vertragspartnerin entgegen gestanden. Ausweislich des Mietvertrages wurde die Beklagte bei Abschluss des Rechtsgeschäftes durch die I. GmbH vertreten. Deren Geschäftsführer, Herr J. Sp., brauchte den durch ihn auf den Vertragsurkunden geleisteten Unterschriften jeweils keinen Funktionszusatz hinzuzufügen, weil dessen Stellung als mit der Vertretung der Vermieterin beauftragten I. GmbH im Handelsregister dokumentiert wurde (Junker in *JurisPK-BGB*, 5. Aufl., § 126, Rn. 35, m.w.N.). Die Frage, ob die I. GmbH tatsächlich zur Vertretung der Beklagten berechtigt war, wäre für die Beurteilung der Einhaltung des Schriftformerfordernisses ohne Bedeutung (Junker in *JurisPK-BGB*, a. a. O., Rn. 33, Staudinger/Emmerich, *BGB* (2011), § 550, Rn. 12, jeweils m.w.N.).

Die Schriftform des § 566 BGB a. F. haben die Parteien dennoch nicht gewahrt.

Von dem in § 566 BGB a. F. geregelten Schriftformerfordernis wurden alle wesentlichen Vertragsbedingungen wie die Parteien des Mietverhältnisses, der Gegenstand des Mietverhältnisses, die Höhe der Miete und die zeitliche Dauer des Mietverhältnisses erfasst (BGH, Urteil vom 30.06.1999, Az.: XII ZR 55/97, zitiert nach juris [= WuM 1999, 516], Rn. 27, m.w.N.).

Bei dem zwischen den Parteien am 11. Januar 1996 abgeschlossenen Mietvertrag handelte es sich um einen Formularvertrag. Bestandteile dieses Formularvertrages waren neben der Haupturkunde auch die Anlagen 1 und 2, denn sämtliche Schriftstücke enthielten abgesehen von ausfüllungsbedürftigen Leeräumen durch die Beklagte bereits vorformulierte Regelungen, die geeignet waren, als Grundlagen für Verträge zwischen der Beklagten und weiteren potentiellen Vertragspartnern zu dienen (Palandt/Grüneberg, *BGB*, 70. Aufl., § 305, Rn. 23).

Die Auslegung der zwischen den Parteien getroffenen mietvertraglichen Regelungen wird mit Rücksicht auf den abstrakt-generellen Charakter allgemeiner Geschäftsbedingungen von dem Grundsatz objektiver Auslegung bestimmt. Danach sind die durch die Parteien vereinbarten Regelungen ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie ihr Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden wird (Palandt/Grüneberg, a. a. O., § 305 c, Rn. 16 m. zahlr. weit. Nachw.).

Eine objektive Auslegung der mietvertraglichen Regelungen der Parteien führt zu dem Ergebnis, dass die diese hinsichtlich der Mietzeit und des der Klägerin eingeräumten Optionsrechtes in der Haupturkunde sowie in der Anlage 1 widersprüchliche Regelungen getroffen haben.

Während das Mietverhältnis nach § 12 des Mietvertrages am 31. März 2011 endete und sich nur für den Fall um 5 Jahre verlängerte, dass die Klägerin spätestens 12 Monate vor Vertragsablauf das ihr eingeräumte Optionsrecht geltend gemacht hätte, trat nach Ziffer 2 der Anlage 1 zum Mietvertrag eine Verlängerung des Mietverhältnisses um jeweils weitere 5 Jahre ein, falls es nicht spätestens 12 Monate vor Ablauf der Mietzeit durch die Klägerin gekündigt würde. Darüber hinaus enthält Ziffer 2 der Anlage 1 die Regelung, dass die Kündigungsfrist „ansonsten“ jeweils 12 Monate für die Mieterin und den Vermieter betrage.

Weder aus der Haupturkunde noch aus der Anlage 1 zum Mietvertrag geht hervor, welche der beiden Regelungen hinsichtlich der Mietzeit und der Ausübung des der Klägerin eingeräumten Optionsrechtes gelten oder welche der beiden Regelungen im Falle von Widersprüchen der Vorrang gebühren

sollte. Die in der Anlage 1 zum Mietvertrag enthaltenen Regelungen sollten ausweislich des betreffenden Schriftstückes die mietvertraglichen Vereinbarungen ergänzen. Ob sie diesen vorgehen oder in Zweifelsfällen hinter dieselben zurücktreten sollten, geht weder aus dem Mietvertrag noch aus dessen Anlage 1 hervor.

In der Anlage 2 zum Mietvertrag waren lediglich Bestimmungen über die Anpassung der Miete während der Dauer des Mietverhältnisses enthalten. Auch in dieser Anlage wurden keine Vereinbarungen über das Verhältnis gleiche Gegenstände betreffender Vereinbarungen in dem Mietvertrag und den diesem beigefügten Anlagen dokumentiert.

Die mietvertraglichen Vereinbarungen der Parteien können dahin ausgelegt werden, dass das Mietverhältnis auf 15 Jahre fest abgeschlossen war und sich nur verlängern sollte, falls die Klägerin das ihr eingeräumte Optionsrecht ausüben würde (§ 12 des Mietvertrages). In Betracht kommt auch eine Auslegung dahin, dass das Mietverhältnis auf insgesamt 30 Jahre fest abgeschlossen war und durch die Klägerin jeweils zum Ablauf des 15., 20. und 25. Jahres kündbar war (Ziffer 2 der Anlage 1). Darüber hinaus bietet die in Ziffer 2 der dem Mietvertrag beigefügten Anlage 1 dokumentierte Vereinbarung, nach der das Mietverhältnis „ansonsten“ für beide Parteien mit einer Frist von 12 Monaten gekündigt werden konnte, Raum für eine Auslegung dahin, dass das Mietverhältnis ohne Rücksicht auf feste Laufzeiten jederzeit unter Einhaltung einer Frist von 12 Monaten hätte gekündigt werden können.

Da sich aus dem Mietvertrag und dessen Anlage 1 nicht ableiten lässt, welcher Vereinbarung die Parteien den Vorzug geben wollten – während der Vertragsverhandlungen möglicherweise zutage getretene Umstände, die in der Vertragsurkunde keinen Ausdruck gefunden haben, können bei der Auslegung nicht berücksichtigt werden (Palandt/Ellenberger, a. a. O., § 133, Rn. 19, m. w. N.) -, ist eine schriftlich verkörperte Willensvereinbarung erforderlich wäre, nicht erklärt worden (vgl. insoweit auch OLG Rostock, Urteil vom 21. 8. 2000, Az.: 3 U 135/99, zitiert nach juris, Rn. 39).

Da die Parteien hinsichtlich der Mietzeit und der Ausübung des der Klägerin eingeräumten Optionsrechtes widersprüchliche mietvertragliche Regelungen getroffen haben, wurde das Schriftformerfordernis des § 566 Satz 1 BGB a. F. mit dem Abschluss des vom 11. Januar 1996 datierenden Mietvertrages nicht gewahrt, weil von der Schriftform nicht alle wesentlichen Vertragsbedingungen erfasst waren.

Eine abweichende Beurteilung hinsichtlich der Wahrung der Schriftform würde sich auch für den Fall, dass die Parteien die in der Anlage 1 zum Mietvertrag enthaltenen Regelungen über die Mietzeit und die Ausübung des Optionsrechtes der Klägerin individuell ausgehandelt hätten, nicht rechtfertigen. Mit Rücksicht darauf, dass der Charakter der in der Anlage 1 zum Mietvertrag ausgewiesenen vertraglichen Abreden als Individualvereinbarungen nicht hervorgeht, würde die Urkunde dem mit der Regelung des § 566 BGB a. F. verfolgten Zweck, einem künftigen Erwerber des Grundbesitzes im Hinblick auf die Regelung des § 571 BGB a. F. vollständig über die auf ihn übergehenden Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Mietvertrag zu unterrichten, nicht gerecht. Das Schriftformerfordernis des § 566 BGB a. F. wäre somit auch in diesem Fall nicht gewahrt.

Die unterbliebene Wahrung der Schriftform nach § 566 Satz 1 BGB a. F. hatte zur Folge, dass das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen galt. Die Klägerin war nach § 566 Satz 2 BGB a. F., § 550 Satz 2 BGB n. F. am 8. April 2010 berechtigt, das mit der Beklagten begründete Mietverhältnis unter Einhaltung der in § 580 a Abs. 2 BGB normierten Frist ordentlich zu kündigen.

Die durch die Klägerin mit Schreiben vom 8. April 2010 erklärte Kündigung hat zur Beendigung des Mietverhältnisses zum 31. Dezember 2010 geführt.

[...] V. Gegen dieses Urteil hat der Senat die Revision nicht gem. § 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO zugelassen, weil der Rechtsache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt und eine Entscheidung des Revisionsgerichts auch nicht zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Mitgeteilt vom Verein zur Veröffentlichung von Entscheidungen aus der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts, Naumburg

**§§ 578, 550, 542, 307, 310 BGB
Gewerberaumiete; Ladenlokal;
Fastfood-Restaurant nach dem Franchise-System;
Einkaufszentrum EKZ; befristeter Mietvertrag;
qualifizierte Schriftformklausel; mündliche Änderung;
treuwidrige Berufung auf einen Schriftformmangel;
Vertragsstrafe-Klausel zur Betriebspflicht;
unangemessene Sanktion**

1. Die mündliche Änderung eines befristeten Mietvertrags mit einer qualifizierten Schriftformklausel ist nicht wirksam und führt daher nicht gemäß §§ 550, 578 BGB zu einer Umwandlung in ein unbefristetes Mietverhältnis, das jederzeit ordentlich gekündigt werden könnte.

2. Eine Partei ist nach Treu und Glauben daran gehindert, sich auf einen Formmangel nach § 550 BGB zu berufen,

a) wenn die Parteien im Vertrag für den Fall eines Formmangels eine Nachholung vereinbart haben;

b) wenn im Vertrag die Einhaltung der Schriftform und der Verzicht auf die Berufung auf § 550 BGB vereinbart ist;

c) wenn sich die Partei auf den Formmangel beruft, die zuvor längere Zeit besondere Vorteile aus dem Vertrag gezogen hat oder durch eine nicht formgerechte Vertragsänderung begünstigt wird.

3. Folgende in einem Gewerbemietvertrag vorgesehene Klausel

„Kommt die Mieterin ihrer Betriebspflicht nicht nach, so hat sie für jeden Tag des Verstoßes eine Vertragsstrafe in Höhe von 10% der Monatsmiete an die Vermieterin zu zahlen.“

ist unwirksam.

(OLG Naumburg, Urteil vom 26. 7. 2012 – 9 U 38/12)

Aus den Gründen: B. [...] Die Klägerin kann Miete für den Zeitraum vom 1. bis 14. 7. 2011 (dazu I.), Schadensersatz für die Zeit vom 15. 7. bis 31. 8. 2011 (dazu II.) sowie Nebenkosten für das Jahr 2009 (dazu III.) verlangen, nicht jedoch die Vertragsstrafe wegen Verstoßes gegen die Betriebspflicht in der Zeit vom 20. 6. bis 14. 7. 2011 (dazu IV.).

I. Die Beklagte ist nach § 535 Abs. 1 Satz 1 BGB verpflichtet, die Miete für ihr Lokal im Einkaufspark H. für die Zeit vom 1. bis 14. 7. 2011 in Höhe von 1529,50 Euro zu zahlen.

1. Die Parteien waren durch einen Mietvertrag miteinander verbunden. Die ursprünglich zwischen der C. und der Beklagten geschlossene Vereinbarung vom 27./28. 10. 2006 (Anlage K 1) ist durch die trilaterale erste Nachtragsvereinbarung (Anlage K 2) auf die E. KG übertragen worden, die identitätswahrend auf den Namen der Klägerin umfirmiert hat.

2. Der Mietvertrag ist nicht bereits durch die ordentliche Kündigung der Beklagten zum 30. 6. 2012 beendet worden. Denn diese Erklärung war nach § 542 Abs. 2 BGB (dazu a) sowie nach § 242 BGB (dazu b) unwirksam.

a) Aus § 542 Abs. 2 BGB folgt, dass befristete Mietverhältnisse nicht ordentlich gekündigt werden können. Weil der zwischen den Parteien bestehende Mietvertrag nach § 3 Nr. 1 bis zum 31. 12. 2011 befristet war, konnte die Beklagte ihn nur aus wichtigem Grund vorzeitig beenden. Die in § 3 Nr. 1 des Miet-

vertrages vorgesehene Befristung ist durch die mündliche Vereinbarung vom 11. 2. 2009 über die Ermäßigung der Miete von 2296,00 Euro auf 1500,00 Euro nicht gegenstandslos geworden. Zwar sieht der gesetzliche Formzwang nach §§ 550, 578 BGB vor, dass wesentliche Änderungen eines schriftlichen Vertrages, die lediglich mündlich erfolgen und für länger als ein Jahr Geltung haben sollen, dazu führen, dass der ursprünglich formgerechte Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen anzusehen ist (vgl. Palandt, BGB, 71. Aufl., § 550 Rn. 18 m.w.N.) und sich demgemäß auch ordentlich kündigen lässt. Allerdings ist die mündliche Vereinbarung der Parteien vom 11. 2. 2009 wegen Verstoßes gegen die qualifizierte Schriftformklausel in § 31 Nr. 5 des Mietvertrages nicht wirksam geworden und konnte daher die in §§ 550, 578 BGB vorgesehenen Rechtsfolgen nicht auslösen. Anders als die einfache vertragliche Schriftform, die durch mündliche Vereinbarung konkludent abbedungen werden kann, ist dies bei einer qualifizierten Schriftformklausel, die also auch für den Formwechsel eine schriftliche Fixierung verlangt, nicht möglich (vgl. Palandt, BGB, 71. Aufl., § 125 Rn. 19). Die mündliche Vereinbarung vom 11. 2. 2009 war daher nach § 125 Satz 2 BGB nichtig. Aspekte, die gegen die gesetzliche Auslegungsregel („im Zweifel“) sprechen, sind nicht ersichtlich.

b) Die Beklagte ist auch nach Treu und Glauben daran gehindert, sich auf einen Formmangel der Vereinbarung vom 11. 2. 2009 und die daraus folgende ordentliche Kündbarkeit des Mietverhältnisses zu berufen. Zwar verstößt es grundsätzlich nicht gegen § 242 BGB, aus der Formunwirksamkeit eines Geschäftes Einwendungen herzuleiten. Die Vorschrift darf ferner nicht dazu benutzt werden, einen Streitfall nach allgemeinen Billigkeitserwägungen zu entscheiden. Allerdings ist der Rückgriff auf Treu und Glauben immer dann möglich, wenn – wie hier – besondere Fallgruppen vorliegen, die durch die Rechtsprechung konkretisiert und damit anerkannt sind.

Haben die Parteien für den Fall eines Mangels die Nachholung der Form vereinbart, greifen die in § 550 BGB vorgesehenen Rechtsfolgen nicht ein (vgl. OLG Düsseldorf, NZM 2005, 147 [= GuT 2004, 186 KL]; OLG Köln, GuT 2006, 14; Wichert, ZMR 2006, 259; Jud, NZM 2006, 913; Timme/Hülk, NZM 2008, 774). In einer solchen Konstellation wäre der Gegner berechtigt, die andere Partei auf Abschluss eines schriftlichen Vertrages zu verklagen. Ein derartiger Anspruch macht die auf den bisher vorliegenden Formmangel gestützte Kündigung des Gegners treuwidrig (vgl. BGH, MDR 1964, 229; OLG München, NJW-RR 1996, 1223). Die Treuwidrigkeit folgt daraus, dass derjenige, der den Formmangel für sich in Anspruch nimmt, etwas verlangt, was er sofort wieder herausgeben müsste (*dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*).

Im Streitfall haben die Parteien in § 5 der ersten Nachtragsvereinbarung Folgendes vereinbart:

„Den Parteien ist das Schriftformerfordernis nach §§ 550, 526 BGB bekannt. Die Parteien wollen dieses Schriftformerfordernis jetzt und in Zukunft erfüllen. Dies gilt sowohl für den Ursprungsvertrag als auch für sämtliche Änderungs- und Ergänzungsvereinbarungen. <...> Sie verpflichten sich, auf Anforderung einer Partei etwaige Schriftformmängel unverzüglich zu beheben.“

Die Beklagte nimmt also die Konsequenzen einer – hier nicht wirksamen – mündlichen Vertragsänderung für sich in Anspruch, obwohl sie verpflichtet ist, den sie begünstigenden Mangel zu beheben.

Die Berufung wegen einem Formmangel ist ferner treuwidrig, wenn eine Partei auf die vereinbarte Einhaltung der Schriftform verzichtet hat (vgl. KG, DWW 2003, 262 und NJW-RR 2007, 805 [= GuT 2007, 25]; kritisch Leo, NZM 2006, 815).

Im vorliegenden Fall enthält der Vertrag nicht nur eine qualifizierte Schriftformklausel (§ 31 Nr. 5 Mietvertrag), sondern die Beklagte hat auch individualvertraglich auf eine vorzeitige Kündigung infolge Schriftformmangels verzichtet (§ 5 Nachtragsvereinbarung).

Schließlich ist es einer Partei verwehrt, sich auf einen Formmangel zu berufen, wenn sie zuvor längere Zeit besondere Vorteile aus dem Vertrag gezogen hat (vgl. BGH, NJW 2004, 1103 [= GuT 2004, 61] m.w.N.) oder durch eine nicht formgerechte Vertragsänderung begünstigt wird (vgl. BGHZ 65, 49; NJW 2007, 288 [= GuT 2007, 19]; NJW 2008, 365 [= GuT 2007, 443]; OLG Koblenz, NZM 2002, 293; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2003, 945; OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 373 [= GuT 2004, 60]). Denn es widerspricht dem Anstands- und Billigkeitsgefühl, wenn eine Partei aus einer allein ihr vorteilhaften Abrede, die der vertraglich vorgeschriebenen Schriftform ermangelt, den weiteren Vorteil ziehen will, sich von dem ihr inzwischen lästig gewordenen Mietvertrag ganz zu lösen, obwohl die Formvorschrift, aus der sie dieses Recht ableitet, jedenfalls nach ihrem ursprünglichen Zweck nicht ihren, sondern den Schutz eines Dritten, nämlich eines etwaigen Erwerbers des Mietgrundstücks im Auge hat.

Im vorliegenden Fall ist die mündliche Preisanpassung vom 11. 2. 2009 auf Initiative und allein im Interesse der Beklagten erfolgt, weil sich die von ihr zu erbringende Gegenleistung (Miete) dadurch um ca. ein Drittel reduzierte. Es wäre treuwidrig, wenn sie das Entgegenkommen der Klägerin nunmehr dazu nutzt, um sich ganz von dem Vertrag zu lösen.

3. Weil der Mietvertrag durch die außerordentliche Kündigung der Klägerin vom 14. 7. 2011 nach §§ 543 BGB, 20 Nr. 2a Mietvertrag beendet worden ist, kann die Klägerin ihren vertraglichen Primäranspruch nur bis zu diesem Zeitpunkt geltend machen. Die Monatsmiete kann ihr daher nur pro rata temporis, jedoch gewiss nicht „aus Praktikabilitätsgründen“ für den gesamten Monat Juli zugesprochen werden. Berechnungsgrundlage ist die Nettomiete zuzüglich Umsatzsteuer sowie – da die Abrechnungsreife noch nicht eingetreten ist – auch die Nebenkostenvorauszahlung. Damit ergibt sich ein Betrag von 1529,50 Euro (14/31 von 3386,74 Euro), die gem. §§ 280, 286 BGB seit Eintritt des Verzuges zu verzinsen sind.

II. Die Klägerin kann nach §§ 280, 281, 314 Abs. 4 BGB Schadensersatz für die ihr entgangene Miete im Zeitraum vom 15. 7. bis 31. 8. 2011 verlangen. Nach diesen Vorschriften haftet, wer seine vertraglichen Pflichten trotz Fristsetzung schuldhaft nicht erfüllt.

1. Die Parteien waren durch einen Mietvertrag miteinander verbunden (vgl. oben I. 1.).

2. Die Beklagte hat sowohl durch ihre unwirksame ordentliche Kündigung zum 30. 6. 2011 (dazu a) als auch durch die Schließung ihres Ladenlokals zum 20. 6. 2011 gegen ihre vertraglichen Pflichten verstoßen (dazu b).

a) Die ordentliche Kündigung des Mietverhältnisses durch die Beklagte war nicht wirksam (vgl. oben I. 2.). Eine unwirksame Kündigung stellt eine Verletzung von Vertragspflichten dar (vgl. Palandt, BGB, 71. Aufl., § 280 Rn. 26).

b) Die Schließung des Ladenlokals zum 20. 6. 2011 verstieß gegen die Betriebspflicht nach § 23 des Mietvertrages. Solche Klauseln können auch formularmäßig wirksam vereinbart werden (vgl. BGH, ZMR 1992, 292, 294 [= WuM 1992, 316]). Einschränkungen ergeben sich zwar, wenn der Mieter daran gehindert wird, eine vorübergehende Betriebseinstellung wegen Betriebsferien, branchenüblichen Ruhetagen, Inventur oder zur Durchführung erforderlicher Schönheitsreparaturen vorzunehmen. Hiervon sind aber Ausnahmen zuzulassen, wenn die Pflicht zur dauerhaften Öffnung des Betriebs branchentypisch ist bzw. der Verkehrssitte entspricht. Dies gilt insbesondere beim Betrieb eines Einkaufszentrums, der bei den Kunden regelmäßig eine durchgehende Öffnung suggeriert (vgl. Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Aufl., § 535 Rn. 222 m.w.N.; Senat, NZM 2008, 772 – Mittagspause im Lebensmittel-Discounter).

Im vorliegenden Fall betrieb die Beklagte ein Fastfood-Restaurant nach dem Franchise-System (vg. § 2 Nr. 1 Mietvertrag). In solchen Lokalen erwartet der angesprochene Verkehrskreis

– anders als etwa bei familiengeführten Gastronomiebetrieben
– eine durchgehende Öffnung, weil sie vom Franchisegeber in der Regel vorgegeben wird.

3. Das Verschulden der Beklagten wird nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet. Sie hat es nicht vermocht, sich zu entlasten.

4. Auch wenn die Klägerin sich mit ihrer außerordentlichen Kündigung selbst die Grundlage für einen vertraglichen Primäranspruch nach dem 14. 7. 2011 entzogen hat, kann sie nach § 314 Abs. 4 BGB Schadensersatz verlangen, allerdings nur bis zum Termin der nächstmöglichen ordentlichen Kündigung (vgl. BGHZ 95, 49, 60), hier also bis zum 31. 12. 2011. Der Schaden beschränkt sich der Höhe nach allerdings auf die Nettomiete. Dass ohne Nutzung überhaupt ein Verbrauch stattgefunden hat, ist nicht näher dargelegt. Auf die Miete ist aber auch keine Umsatzsteuer zu entrichten, weil der Schadensersatz infolge einer vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses nicht steuerbar ist (vgl. Bunjes/Geist, UStG, 9. Aufl., § 1 Rn. 28 und Rn. 30 Stichwort: „Leasingentschädigung“). Die Ersatzpflicht stellt nämlich – anders etwa als die Nutzungsent-schädigung nach § 546 a BGB oder als die vorzeitige Entlas-sung aus dem Mietvertrag gegen Entschädigung – keinen Gegenwert für eine Leistung dar.

Die Ansprüche der Klägerin errechnen sich somit wie folgt:

| Zeitraum | Betrag in € |
|-------------------------------------|----------------|
| 15.–31.07. 2011 (17/31 × 2296,00 €) | 1259,10 |
| 01.–31.08. 2011 | <u>2296,00</u> |
| Summe | 3555,10 |

5. Der Ersatzanspruch der Klägerin ist nicht wegen Mitverschuldens nach § 254 BGB gemindert. Zwar ist ein Vermieter gehalten, den Schaden durch anderweitige Vermietung gering zu halten (vgl. Stornel, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Rn. XII 200). Allerdings hatte die Beklagte einen Nachmieter für ihr Ladenlokal zu einem früheren Zeitpunkt ins Spiel gebracht, nicht aber nach der wirksamen Kündigung vom 14. 7. 2011. Im Übrigen musste sich die Klägerin nicht auf jeden Nachmieter einlassen. Dabei kann offen bleiben, ob sie sich auf den (von ihr nicht näher dargelegten) Branchenmix berufen kann. Jedenfalls war es ihr nicht zumutbar, mit der „S. GmbH & Co. KG P.“ ein Dauerschuldverhältnis einzugehen, weil sie mit diesem Unternehmen bereits im Streit liegt. Vor dem Landgericht Halle ist zum Aktenzeichen 3 O 1074/11 eine Klage anhängig.

6. Die Forderung ist nach §§ 280, 286 BGB ab Eintritt des Verzuges zu verzinsen.

III. Die Beklagte ist nach § 7 des Mietvertrages verpflichtet, die Nebenkosten für das Jahr 2009 zu tragen. Die Beträge von 127,28 Euro (Abrechnung als Anlage K 8) sowie von weiteren 232,94 Euro (Nachtrag als Anlage K 9) sind unstrittig und ab Eintritt der Rechtshängigkeit nach §§ 288, 291 BGB zu verzinsen.

IV. Das angefochtene Urteil war indes abzuändern, soweit es die Vertragsstrafe betrifft. Die Klägerin kann einen Anspruch weder aus § 23 Nr. 1 des Mietvertrages noch aus anderem Rechtsgrund herleiten. Zwar hat die Beklagte gegen die von ihr übernommene Verpflichtung, ihr Lokal während der vorgegebenen Geschäftszeiten durchgängig zu öffnen, in der Zeit vom 20. 6. 2011 bis 14. 7. 2011 verstoßen. Aber auch wenn die Betriebspflicht als solche wirksam vereinbart werden konnte (vgl. oben II. 2.), ist die in § 23 Nr. 1 am Ende des Mietvertrages vorgesehene Klausel unwirksam, in der es heißt:

„Kommt die Mieterin ihrer Betriebspflicht nicht nach, so hat sie für jeden Tag des Verstoßes eine Vertragsstrafe in Höhe von 10% der Monatsmiete an die Vermieterin zu zahlen.“

Klauseln, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, unterliegen nach §§ 310 Abs. 1, 307 Abs. 1 BGB der Kontrolle, ob sie den Vertragspartner des Verwenders unangemessen benachteiligen. Es besteht eine Vermutung dafür, dass der Mietvertrag Allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin darstellt, weil sie ein mit den Bankdaten der Klägerin vorge-

fertigten Text enthalten (vgl. § 5 Nr. 4 Mietvertrag), weil, einzelne – auf das vermietete Ladenlokal offensichtlich nicht zutreffende – Passagen ausgelassen werden (vgl. §§ 5 Nr. 9 und 10; 7 Nr. 5 e) und weil das Einkaufszentrum mehrere, zweckmäßigerweise zu gleichen Bedingungen zu vermietende Lokale enthält. Die Parteien unterstellen jedenfalls beim Mietvertrag, dass es sich um AGB der Klägerin handelt, während die Nachtragsvereinbarung eine Individualvereinbarung sei.

Die Strafklausel hält einer richterlichen Inhaltskontrolle nicht statt. Von einer unangemessen hoch angesetzten Strafe, die nach § 307 Abs. 1 BGB die Unwirksamkeit zur Folge hat, ist auszugehen, wenn die Sanktion außer Verhältnis zum Gewicht des Vertragsverstoßes und zu dessen Folgen für den Vertragspartner steht (vgl. BGH, ZIP 1998, 1049; ZIP 1997, 1240). Um dies bewerten zu können, muss man sich die zwei Funktionen vor Augen führen, die der Vertragsstrafe zukommen: Einerseits soll sie als Druckmittel dienen und den Schuldner zur ordnungsgemäßen Erbringung der versprochenen Leistung anhalten (dazu 1.). Andererseits eröffnet sie dem Gläubiger im Verletzungsfall die Möglichkeit einer erleichterten Schadloshaltung ohne Einzelnachweis (dazu 2.). Die zu Lasten der Beklagten vorgesehene Strafe ist so hoch, dass sie für die Sicherstellung der beiden berechtigten Anliegen der Klägerin nicht erforderlich und daher unwirksam ist.

1. Eine Vertragsstrafe soll eine Partei dazu anhalten, ihren Pflichten nachzukommen. Diese Funktion kann sie erfüllen, wenn mit einer Pflichtverletzung wesentliche Einbußen verbunden sind.

Bei der zulässigen Höhe der Vertragsstrafe muss allerdings berücksichtigt werden, welche Gefahr einer Pflichtverletzung ex ante besteht. Für Gewerbetreibende stellt die Miete in der Regel einen nicht unerheblichen Teil ihrer Werbungskosten dar. Es liegt daher in ihrem Eigeninteresse, ein angemietetes Lokal auch tatsächlich zu betreiben. Denn die Mietkosten fallen nach § 537 BGB unabhängig davon an, ob das Lokal genutzt wird oder nicht. Wegen dieser typischerweise gleichgerichteten Interessen der Parteien des Mietverhältnisses besteht eine nur eingeschränkte Notwendigkeit, auf die Einhaltung der Vertragspflichten überhaupt hinzuwirken. Hier liegt ein bedeutsamer Unterschied zu Vertragsstrafen, die etwa in der Bauwirtschaft üblich sind. Auch wenn sein Werklohn erst bei Abnahme fällig wird, hat ein Unternehmer oft ein Interesse daran, sich mit der Bauausführung mehr Zeit zu lassen (z. B. wegen Einsatzes von Maschinen und Personal auf einer anderen Baustelle). Der Bauherr will das zu errichtende Werk hingegen möglichst schnell nutzen. Wegen dieser Interessenkollision besteht ein besonderes Interesse an Konventionalstrafen, die daher auch höher ausfallen dürfen.

Die Klägerin erzielt ihre Einnahmen primär damit, dass sie Räumlichkeiten gegen Entgelt überlässt. Eine dauerhafte Gewährleistung des Betriebs stellt nur eine Nebenpflicht der Beklagten dar, welche die Attraktivität des Standorts sicherstellen soll. Sie steht aber nicht im Synallagma (Gegenseitigkeitsverhältnis). Es erscheint unangemessen, wenn die Verletzung einer bloßen Nebenpflicht mit einer Strafe belegt wird, die deutlich höher ist, als das eigentliche Leistungsinteresse. Geht man nämlich von bis zu 25 Werktagen (einschließlich Samstagen) im Monat aus, müsste die Beklagte neben der eigentlichen Miete das 2,5-fache der Miete als Strafe zahlen. Bei der Frage, in welchem Verhältnis die Sanktion zum eigentlichen Leistungsinteresse stehen darf, kann der Rechtsgedanke der *laesio enormis* einen Anhaltspunkt bieten: Nach § 934 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches von 1811 konnte ein Verkäufer die Wandlung verlangen, wenn der objektive Wert der Sache mehr als das Doppelte des Kaufpreises betrug. Diese Vorschrift gibt es im geltenden Recht nicht mehr. Der Rechtsgedanke der *laesio enormis*, wonach eine Zumutbarkeitsgrenze erreicht ist, wenn etwas das Doppelte des eigentlichen Werts kostet, lebt aber fort und findet auch in der aktuellen Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB ihren Niederschlag (vgl. Palandt, BGB, 71. Aufl., § 138 Rn. 34 a). Bei der Bewertung, wel-

che Strafe noch zumutbar ist, hat das Oberlandesgericht Rostock einen vergleichbaren, wenngleich etwas großzügigeren Maßstab angelegt. Danach soll eine Vertragsstrafe wegen Verstoßes gegen die Betriebspflicht noch wirksam sein, die das 1,25-fache der Monatsmiete betrug (vgl. NZM 2004, 461). Entspricht die Strafe aber – wie hier – 2,5 Mieten, ist die Grenze der Zumutbarkeit überschritten.

2. Die Vertragsstrafe soll auch der Erleichterung des Schadensersatzes ohne Nachweis im Einzelfall dienen. Diese Funktion hat vorliegend eine besondere Bedeutung. Denn es liegt auf der Hand, dass der Betreiber eines Einkaufszentrums durch Leerstand Nachteile erleidet. Sein Objekt wird entwertet, weil das Interesse der Kundschaft und damit auch anderer Mietinteressenten abnimmt und eine Verwahrlosung droht. Andererseits hat der Betreiber eines Einkaufsparks kaum die Möglichkeit, einen derartigen Schaden zu beziffern und durchzusetzen. Denn der Nachweis, dass sich der Leerstand eines einzelnen Lokals auf die Vermietbarkeit der anderen Geschäfte oder die Attraktivität des Standorts als Ganzem auswirkt, ist dem Beweise kaum zugänglich. Trotzdem darf eine Vertragsstrafe nicht dazu führen, dass eine Überkompensation des Vermieters eintritt.

Im vorliegenden Fall stellt sich die Strafe jedoch als verdeckte Einnahmequelle der Klägerin dar. Es ist kaum nachvollziehbar, dass die negativen Folgen des Leerstandes einen Schaden herbeiführen können, der 2,5mal so hoch wie das eigentliche Leistungsinteresse der Klägerin ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Konsequenzen eines Leerstandes nicht sofort, sondern erst mit Verzögerung eintreten. Denn die Akzeptanz eines Einkaufsparks bei der Kundschaft sinkt erst, wenn sich ein Leerstand herumgesprochen hat. Eine spürbare Wirkung ist jedenfalls durch den Leerstand kleiner Lokale, wie sie die Beklagte gemietet hat (125 m²), erst zu befürchten, wenn er gehäuft auftritt.

Im Hinblick auf die Funktion der Vertragsstrafe, die Durchsetzung eines Schadens zu erleichtern, ist aber auch zu berücksichtigen, dass die Wiedervermietung der anderen Geschäfte grundsätzlich in die Risikosphäre der Klägerin (als Vermieterin) fällt. Dieses Risiko darf nicht dadurch faktisch auf den Mieter abgewälzt werden, in dem ihm eine Vertragsstrafe auferlegt wird, die in keinem angemessenen Verhältnis zu potentiellen Schäden steht.

3. Da das Vertragsstrafenversprechen in § 23 Nr. 1 Satz 4 des Mietvertrages die Beklagte unangemessen benachteiligt, ist es nach § 307 BGB unwirksam. Wegen des Verbotes einer geltungserhaltenden Reduktion kann es nicht in Höhe einer noch zulässigen Strafe aufrecht erhalten werden. Vielmehr fällt der Anspruch insgesamt weg. Damit erübrigen sich auch Ausführungen zur streitigen Frage der Berechnung der Strafhöhe.

C. [...] Die Revision war nach § 543 Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern keine Entscheidung des Bundesgerichtshofs.

Mitgeteilt vom Verein zur Veröffentlichung von Entscheidungen aus der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts, Naumburg

Hinw. d. Red.: Zu dem zitierten Senatsurteil NZM 2008, 772 – Mittagspause im Lebensmittel-Discounter vgl. auch das Revisionsurteil BGH in GuT 2010, 97.

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

Mario H. Kraus,

Konfrontation, Kooperation, Kommunalmediation?

**Stellenwert einvernehmlicher Streitbeilegung
in städtischen Siedlungsräumen**

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

§ 551 BGB

Treuhandcharakter der Mietkaution; Sicherung im konkreten Mietverhältnis; Wohnraummietvertrag

Mangels anderweitiger ausdrücklicher Vereinbarung ist dem Treuhandcharakter der Mietkaution ein stillschweigendes Aufrechnungsverbot im Hinblick auf Forderungen zu entnehmen, die nicht aus dem Mietverhältnis stammen. Mit derartigen Forderungen kann der Vermieter gegenüber dem Anspruch des Mieters auf Kautionsrückzahlung auch dann nicht aufrechnen, wenn die Kaution am Ende des Mietverhältnisses nicht für Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis benötigt wird.

(BGH, Urteil vom 11. 7. 2012 – VIII ZR 36/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten um die Rückzahlung einer Mietkaution. Die Kläger waren bis Ende Juni 2009 Mieter einer Wohnung der Beklagten in Berlin, für die sie eine Kaution in Höhe von 1020 € erbracht hatten. Die Kläger gaben die Wohnung bei Beendigung des Mietverhältnisses zurück. Mit Schreiben vom 26. März und 7. Juli 2010 forderten sie die Beklagte vergeblich zur Rückzahlung der Kaution auf. Die Beklagte verwies auf (behauptete) Gegenansprüche aus einem früheren Mietverhältnis der Kläger über eine andere Wohnung, die der frühere Vermieter der Kläger mit Vereinbarung vom 10. Juli 2010 an sie abgetreten habe.

2 Die Kläger haben Zahlung von 1029,78 € nebst Zinsen begehrt. Das Amtsgericht Berlin-Brandenburg hat der Klage stattgegeben, das Landgericht Berlin hat die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

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

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

5 Den Klägern stehe der Anspruch auf Rückzahlung der Kaution gemäß § 551 BGB in Verbindung mit der vertraglichen Sicherungsabrede zu. Die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einer von ihr behaupteten Forderung aus einem früheren Mietverhältnis mit einem anderen Vermieter habe nicht zum Erlöschen der Forderung geführt. Denn die Aufrechnung mit einer derartigen Forderung sei aufgrund der Sicherungsabrede ausgeschlossen. Aus der Sicherungsabrede ergebe sich, dass die Kaution nur zur Sicherung von Forderungen der Beklagten aus dem aktuellen Mietverhältnis diene. An dieser Zweckrichtung änderten auch die Beendigung des Mietverhältnisses und die Rückgabe der Wohnung nichts. Denn die vertragliche Sicherungsabrede bestehe ungeachtet der Beendigung des Mietverhältnisses fort. Entgegen einer in der Literatur verbreiteten Auffassung sei deshalb eine Aufrechnung mit Forderungen außerhalb des konkreten Mietverhältnisses auch dann nicht zulässig, wenn das Mietverhältnis beendet sei und die Kaution nicht für Forderungen des Vermieters aus diesem Mietverhältnis benötigt werde.

6 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Den Klägern steht ein Anspruch auf Rückzahlung der Mietkaution zu. Die von der Beklagten erklärte Verrechnung geht ins Leere, weil ihr eine Aufrechnung mit Forderungen, die nicht aus dem Mietverhältnis der Parteien herrühren, verwehrt ist.

7 I. In der Rechtsprechung der Instanzgerichte und der mietrechtlichen Literatur werden zu der Frage, ob der Vermieter zumindest dann mit mietfremden Ansprüchen gegen den Anspruch des Mieters auf Rückgewähr der Kaution aufrechnen kann, wenn das Mietverhältnis beendet ist und hieraus keine Ansprüche des Vermieters mehr offen sind, allerdings unterschiedliche Auffassungen vertreten.

8 a) Einige Autoren bejahen für diesen Fall die Zulässigkeit einer Aufrechnung mit der Begründung, dass in einem solchen Fall die Zweckbindung der Kautionsentfalle und einer Aufrechnung mit nicht konnexen Gegenansprüchen somit nichts mehr entgegenstehe (Stornel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl., Rn. III 183; Blank in Blank/Börstinghaus, Miete, 3. Aufl., § 551 Rn. 82; Erman/Lützenkirchen BGB, 13. Aufl., § 551 Rn. 27; Dickersbach, WuM 2006, 595 ff.).

9 b) Die Gegenmeinung (OLG Düsseldorf, ZMR 2008, 47 [= GuT 2007, 384 KL]; AG Schöneberg WuM 1990, 426; Staudinger/Emmerich, BGB, Neubearb. 2011, § 551 Rn. 32; Bub/Treier/Scheuer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraum-miete, 3. Aufl., V B Rn. 295 c) entnimmt der in der Vereinbarung einer Mietkaution stillschweigend enthaltenen Sicherungsabrede ein (dauerndes) Aufrechnungsverbot. Der Zweck der Kautionsentfalle gehe ausschließlich dahin, etwaige Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis zu sichern; eine Aufrechnung gegen den Anspruch auf Rückgewähr der Kautionsentfalle mit mietfremden Forderungen des Vermieters sei deshalb auch dann ausgeschlossen, wenn das Mietverhältnis beendet sei und die Kautionsentfalle zur Befriedigung des Vermieters wegen Forderungen aus dem Mietverhältnis nicht benötigt werde.

10 c) Der letztgenannten Auffassung gebührt der Vorzug. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass die Aufrechnung aufgrund einer konkludenten Vereinbarung oder nach Treu und Glauben ausgeschlossen ist, wenn die Eigenart des Schuldverhältnisses oder der Sinn und Zweck der geschuldeten Leistung die Aufrechnung als nicht mit Treu und Glauben vereinbar erscheinen lässt (BGH, Urteile vom 29. November 1990 – IX ZR 94/90, NJW 1991, 839 unter II 4; vom 21. November 2001 – XII ZR 162/99, NJW 2002, 1130 unter II 2; vom 22. März 2011 – II ZR 271/08, NJW 2011, 2351 Rn. 27). Deshalb ist bei einem Anspruch aus einem Treuhandverhältnis regelmäßig eine Aufrechnung mit nicht konnexen Gegenforderungen ausgeschlossen (BGH, Urteile vom 21. Januar 1999 – I ZR 209/96, NJW-RR 1999, 1192 unter II 1 b; vom 14. Juli 1994 – IX ZR 110/93, NJW 1994, 2885 unter II 2). Die vorgenannten Grundsätze gelten auch für die Mietkaution. Diese dient – soweit nicht ausnahmsweise etwas anderes vereinbart ist – ausschließlich der Sicherung von Forderungen des Vermieters aus dem konkreten Mietverhältnis. Die darin liegende Zweckbindung endet entgegen der Auffassung der Revision nicht schon dann, wenn die Kautionsentfalle am Ende des Mietverhältnisses nicht mehr für Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis benötigt wird, sondern erst mit der Rückgewähr der Kautionsentfalle an den Mieter.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 566, 566a, 578 BGB
Gewerblich vermietetes Hausgrundstück;
Eintritt des Erwerbers in den Kautionsanspruch
des Veräußerers; vertragliche Regelungen;
gesetzlicher Eintritt

Der Erwerber eines gewerblich vermieteten Hausgrundstücks tritt gemäß §§ 566 Abs. 1, 578 BGB in den vor Eigentumsübergang entstandenen und fälligen Anspruch des Veräußerers auf Leistung der Kautionsentfalle ein (Abgrenzung zu Senatsurteil BGHZ 141, 160 = NJW 1999, 1857 [= WuM 1999, 397]).

(BGH, Urteil vom 25. 7. 2012 – XII ZR 22/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Kläger verlangen als frühere Eigentümer und Vermieter von Gewerberäumen von dem Beklagten als Mieter Leistung einer Kautionsentfalle an die neue Eigentümerin (im Folgenden: Erwerberin).

2 Mit Vertrag vom 18. Juni 1996 vermieteten die Kläger an den Beklagten Gewerberäume zur Nutzung als Rechtsanwaltspraxis.

3 In § 6 des Vertrages vereinbarten die Parteien u. a.:

„Der Mieter erbringt der Vermieterin zur Sicherung ihrer Ansprüche aus diesem Vertrag eine Sicherheitsleistung in folgender Weise: Bei einem vom Mieter zu bestimmenden Bankinstitut wird ein Mieter/VermieterGemeinschaftskonto mit gemeinsamer Verfügungsberechtigung eingerichtet. Der Mieter belegt dieses Konto mit verzinslichen Wertpapieren wie z. B. Bundesschatzbriefen oder Pfandbriefen (keine Aktien) mit einem Zeitwert von 16.000,00 DM. Es sind ausschließlich deutsche Wertpapiere anzulegen. Die Kontoführungsgebühren des gemeinsamen Kontos trägt der Mieter. Die Zinserträge stehen dem Mieter zu und sind nach Abzug der Kontoführungsgebühren auf ein von ihm zu benennendes Konto zu buchen. Bei Fälligkeit der Wertpapiere wird die Neuanlage von dem Mieter und der Vermieterin gemeinsam verfügt.“

Die Parteien vereinbarten bereits jetzt, dass auch andere Formen von gleichwertiger Kautionsentfalle möglich ist.“

4 Der Beklagte verpfändete als Sicherheit Bundesschatzbriefe in Höhe von 16.000 DM. Im November 2006 bat er die Kläger um Pfandfreigabe, weil die Bundesschatzbriefe im Januar 2007 fällig wurden, und sagte zu, in Kürze eine neue Sicherheit beizubringen. Die Kläger erklärten daraufhin im Dezember 2006 die Pfandfreigabe. Sie forderten den Beklagten in der Folgezeit wiederholt erfolglos zur Leistung der Kautionsentfalle auf.

5 Mit notariellem Kaufvertrag vom 19. September 2007 verkauften die Kläger das Grundstück. Die Erwerberin wurde am 27. März 2008 im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen. In dem notariellen Kaufvertrag vereinbarten die Kläger und die Erwerberin in Bezug auf die Kautionsentfalle der Mieter in § 9 Ziff. 5 Abs. 2 u. a.:

„Die von den Mietern bisher geleisteten Sicherheiten ergeben sich aus Anlage C. Soweit zum Stichtag Mieter die vertraglich geschuldeten Sicherheiten nicht geleistet haben, errichten Verkäufer und Käufer gemeinsam ein Sperrkonto. Der Verkäufer verpflichtet sich, unverzüglich nach dem Stichtag auf dieses Sperrkonto den dann noch offenen Kautionsbetrag in Höhe von voraussichtlich EUR 20.780,67 (so der derzeit offene Betrag, vgl. Anlage C) einzuzahlen. Der Käufer verpflichtet sich, nach dem Stichtag bei den Mietern die ausstehenden Mietsicherheiten geltend zu machen und wird diese Sicherheiten, soweit möglich, einziehen. Soweit der Käufer von Mietern infolgedessen Mietsicherheiten erhält, ist der entsprechende Betrag von dem Sperrkonto zugunsten der Verkäufer auszugeben. Die auf dem Sperrkonto für den jeweiligen Mieter eingezahlten Beträge dienen als Sicherheit zur vertragsgemäßen Erfüllung der Verpflichtungen des Mieters, als ob dieser Betrag vom Mieter selbst eingezahlt worden ist. Alle auf dem Sperrkonto nach Ablauf von fünf Jahren nach Beurkundung dieses Vertrages noch verbliebenen Beträge werden an den Verkäufer ausgekehrt.“

6 In der Anlage C wird auch die Kautionsentfalle des Beklagten in Höhe von 8180,67 € als fehlend bezeichnet. Die Kläger haben den noch offenen Kautionsbetrag auf ein Konto eingezahlt.

7 Das Landgericht Berlin hat die auf Zahlung einer Barkautionsentfalle und außergerichtliche Rechtsanwaltsgebühren gerichtete Klage abgewiesen, weil der Mietvertrag keine Verpflichtung zur Zahlung einer Barkautionsentfalle enthalte. Auf die Berufung der Kläger hat das Berufungsgericht [KG] ihrem in zweiter Instanz gestellten Hilfsantrag im Wesentlichen stattgegeben und den Beklagten verurteilt, auf ein von ihm einzurichtendes Mieter/Vermieter-Gemeinschaftskonto mit gemeinsamer Verfügungsberechtigung der Erwerberin eine Kautionsentfalle mit einem Zeitwert von 8180,67 € zu erbringen.

8 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klagabweisungsantrag weiter.

9 **Aus den Gründen:** Die Revision des Beklagten hat keinen Erfolg.

10 I. Das Berufungsgericht hat, soweit für die Revision noch von Bedeutung, ausgeführt: Die Kläger seien wirksam als Pro-

zessstandschafter tätig geworden. Die Ermächtigung der Erwerberin hierzu ergebe sich aus § 9 Ziff. 5 Abs. 2 des Kaufvertrages. Deshalb komme es auf die Frage, ob die Kläger von der Hausverwaltung mit Schreiben vom 7. März 2009 wirksam bevollmächtigt worden seien, nicht an. Die Kläger hätten auch ein rechtliches Interesse an der Geltendmachung, weil sie aufgrund der Regelung im Kaufvertrag „vorleistungspflichtig“ für die ausstehende Kautionsleistung des Beklagten seien. Auch das Abtretungsverbot für Kautionsleistungen stehe der gewillkürten Prozessstandschaft nicht entgegen.

11 Der von den Klägern geltend gemachte Kautionsanspruch der Erwerberin gegen den Beklagten sei gemäß § 566 a BGB i. V. m. § 566 BGB begründet. Der Anspruch des Vermieters auf Leistung der Sicherheit gehe als Teil der Vermieterrechte zumindest in entsprechender Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB auf den Erwerber über, jedenfalls wenn der Vermieter und Veräußerer keine fälligen Ansprüche gegen den Mieter mehr habe, wegen derer er sich aus der Sicherheit befriedigen könnte.

12 Das Berufungsgericht hat die Revision zur Entscheidung über die in Rechtsprechung und Literatur streitige Frage zugelassen, ob bei Veräußerung des Mietgegenstandes die nicht gezahlte, vertraglich geschuldete Kautionsleistung dem Veräußerer oder dem Erwerber zusteht.

13 II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten im Ergebnis einer revisionsrechtlichen Prüfung stand.

14 1. Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Kläger prozessführungsbefugt sind.

15 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf jemand ein fremdes Recht aufgrund einer ihm von dem Berechtigten erteilten Ermächtigung im eigenen Namen im Prozess verfolgen, sofern er hieran ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat (sog. gewillkürte Prozessstandschaft; vgl. BGH Urteil vom 10. November 1999 – VIII ZR 78/98 – NJW 2000, 738 mwN).

16 Bei der gewillkürten Prozessstandschaft handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens, auch in der Revisionsinstanz, von Amts wegen zu prüfen ist. Dabei ist das Revisionsgericht nicht an die Feststellungen des Berufungsgerichts gebunden (BGH Urteile vom 10. November 1999 – VIII ZR 78/98 – NJW 2000, 738 f.; vom 7. Dezember 1993 – VI ZR 152/92 – NJW 1994, 652, 653 und vom 12. Oktober 1987 – II ZR 21/87 – NJW 1988, 1585, 1587).

17 b) Die Erwerberin hat die Kläger zur gerichtlichen Geltendmachung ihres Anspruchs gegen den Beklagten auf Leistung der Kautionsleistung ermächtigt.

18 Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ergibt sich die Ermächtigung allerdings nicht aus § 9 Ziff. 5 Abs. 2 des Kaufvertrages. Zwar kann die Richtigkeit der Auslegung individueller Willenserklärungen vom Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüft werden. Hier verstößt die Auslegung des Berufungsgerichts jedoch gegen anerkannte Auslegungsgrundsätze. In § 9 Ziff. 5 Abs. 2 des notariellen Kaufvertrages, auf den das Berufungsgericht pauschal ohne weitere Begründung verweist, hat sich die Erwerberin lediglich dazu verpflichtet, selbst bei den Mietern die ausstehenden Mietsicherheiten geltend zu machen, einzuziehen und den entsprechenden Betrag von dem Sperrkonto zugunsten der Kläger auszukehren. Von einer Ermächtigung der Kläger zur Geltendmachung dieser Forderungen ist keine Rede, so dass sich schon aus dem Wortlaut kein Anhaltspunkt für die Auslegung des Berufungsgerichts ergibt.

19 Eine Ermächtigung folgt jedoch daraus, dass die von der Erwerberin bevollmächtigte Hausverwalterin der Prozessführung durch die Kläger zugestimmt hat. Zwar sind in der von der Erwerberin erteilten Hausverwaltungsvollmacht, die auch die Ermächtigung Dritter zur gerichtlichen Geltendmachung von Forderungen der Erwerberin umfasst, die Verwaltungsobjekte, auf die sich die Vollmacht bezieht, nicht ausdrücklich genannt. Aus verschiedenen zwischen den Klägern und der Erwerberin getroffenen Vereinbarungen ergibt sich jedoch, dass sich die

Hausverwaltungsvollmacht auch auf das Mietobjekt bezieht. Sowohl in einer Vereinbarung, die die Erfüllung der Pflichten aus § 9 Ziff. 5 Abs. 2 des notariellen Kaufvertrages zwischen der Erwerberin und den Klägern betrifft, als auch in der zur Sicherung der Ansprüche der Erwerberin gegen die Klägerin mit dieser getroffenen Verpfändungsvereinbarung ist die Hausverwalterin als Vertreterin der Erwerberin aufgetreten. Daraus kann geschlossen werden, dass die Hausverwaltungsvollmacht sich auch auf das streitige Mietobjekt bezieht.

20 c) Die Kläger haben auch ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Durchsetzung des geltend gemachten Anspruchs gegen den Beklagten auf Leistung der Kautionsleistung.

21 Sie haben als frühere Eigentümer und Vermieter nach Eintritt der Erwerberin in die Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag (§ 566 BGB) dieser gegenüber für die von dem Beklagten vertraglich geschuldete Kautionsleistung geleistet. Die Erwerberin hat sich zur Freigabe dieser Sicherheit verpflichtet, soweit der Beklagte die ausstehende Kautionsleistung erbringt. Die Kläger haben somit ein eigenes rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der Rechtsverfolgung (vgl. BGH Urteil vom 31. Juli 2008 – I ZR 21/06 – NZM 2008, 902 Rn. 54 f.; Musielak/Weth ZPO 9. Aufl. § 51 Rn. 27).

22 d) Entgegen der Ansicht der Revision ist die Ermächtigung zur Prozessführung auch nicht deshalb unwirksam, weil eine Abtretung der Kautionsforderung im Hinblick auf deren treuhänderische Zweckbindung unzulässig gewesen wäre und damit die Forderung Dritten auch nicht zur Einziehung hätte überlassen werden dürfen.

23 Zwar dürfte die Abtretung eines Anspruchs auf Zahlung der Kautionsleistung an Dritte in der Regel gemäß § 399 BGB unwirksam sein, weil die Kautionsleistung ausschließlich der Sicherung der Ansprüche des Vermieters aus dem Mietvertrag dient (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1991, 1416 [= WuM 1991, 484]; OLG Düsseldorf NZM 2001, 380, 382 [= WuM 2000, 151 KL]; Kraemer NZM 2001, 737, 740). Es kann jedoch offen bleiben, ob hier ein Abtretungsverbot besteht. Denn ein solches stünde der Einziehungsermächtigung nur dann entgegen, wenn die Geltendmachung des Anspruchs durch Dritte dem Zweck des Abtretungsverbots zuwiderliefe (vgl. BGH Urteil vom 16. September 1999 – VII ZR 385/98 – NJW 1999, 3707, 3708 mwN). Das ist hier nicht der Fall, weil durch die von den Klägern begehrte Leistung an die Erwerberin die Kautionsleistung gerade ihrem Zweck, nämlich der treuhänderischen Verwaltung durch den Vermieter, zugeführt wird.

24 2. Die Erwerberin hat auch gemäß §§ 566 Abs. 1, 578 BGB i. V. m. § 6 des Mietvertrages gegen den Beklagten einen Anspruch auf Leistung der zuerkannten Kautionsleistung.

25 a) Gemäß §§ 566 Abs. 1, 578 BGB tritt der Erwerber eines gewerblich vermieteten Hausgrundstücks anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Mit dem Eigentumsübergang entsteht ein neues Mietverhältnis zwischen dem Erwerber des Grundstücks und dem Mieter, allerdings mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat (st. Rspr. Senatsurteil vom 3. Mai 2000 – XII ZR 42/98 – NJW 2000, 2346 [= WuM 2000, 422] mwN).

26 Von § 566 BGB erfasst werden allerdings nur solche Rechte und Pflichten, die als miethaftlich zu qualifizieren sind oder die in untrennbarem Zusammenhang mit dem Mietvertrag stehen. Der Erwerber tritt deshalb nicht in Rechte und Pflichten ein, die außerhalb des Mietverhältnisses liegen, selbst wenn sie als zusätzliche Vereinbarung im Mietvertrag geregelt sind (Senatsurteil BGHZ 141, 160 = NJW 1999, 1857, 1858 f. [= WuM 1999, 397]; BGHZ 166, 125 = NJW 2006, 1800 Rn. 14 f. mwN [= GuT 2006, 154 KL]; vgl. zur Schiedsgerichtsvereinbarung im Mietvertrag: Senatsurteil vom 3. Mai 2000 – XII ZR 42/98 – NJW 2000, 2346 [= WuM 2000, 422]; Sternel Mietrecht aktuell 4. Aufl. Rn. I 195; Staudinger/Emmerich BGB (2011) § 566 Rn. 39 f.; Schmidt-Futterer/Streyll Mietrecht 10. Aufl. § 566 Rn. 91 f. mwN).

27 b) Für die Frage, welche Rechte und Pflichten § 566 BGB unterfallen, ist daher auf den materiellen Gehalt der jeweiligen Vertragsbestimmung abzustellen.

28 aa) Danach ist die Verpflichtung zur Leistung der vereinbarten, aber noch nicht erbrachten Kautions als mietrechtlich zu qualifizieren. Denn sie dient der Sicherung von Ansprüchen des Vermieters aus dem Mietverhältnis und ist deshalb untrennbar mit dem Mietverhältnis verbunden. Der Erwerber tritt folglich gemäß § 566 BGB anstelle des Veräußerers in den vor Eigentumsübergang entstandenen und fälligen Anspruch auf Leistung der Kautions ein (AG Köln WuM 1981, 18; MünchKommBGB/Häublein 6. Aufl. § 566 Rn. 34, § 566 a Rn. 10; Staudinger/Emmerich <2011> § 566 BGB Rn. 4; Schmidt-Futterer/Streyll Mietrecht 10. Aufl. § 566 BGB Rn. 103, § 566 a BGB Rn. 10; Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 566 BGB Rn. 53; Heile in: Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. II Rn. 887; Kraemer NZM 2001, 736, 742; Börstinghaus NZM 2004, 481, 485; aA OLG Hamburg ZMR 1997, 415, 416 [=WuM 1997, 375]; Palandt/Weidenkaff BGB 71. Aufl. § 566 Rn. 17).

29 bb) Dass nach der Rechtsprechung des Senats der Anspruch auf Rückzahlung einer geleisteten Kautions aus der konkret getroffenen Sicherungsabrede folgt (vgl. Senatsurteil BGHZ 141, 160 = NJW 1999, 1857, 1858 [=WuM 1999, 397]), steht dem nicht entgegen. Denn die zunächst geleistete Kautions ist aufgrund der Pfandfreigabeerklärung der Kläger an den Beklagten zurückgefließen. Die Erwerberin konnte deshalb nicht in die durch die geleistete Sicherheit begründeten Rechte und Pflichten eintreten.

30 Im Übrigen enthält § 566 a BGB jetzt eine Sonderregelung, nach der der Erwerber kraft Gesetzes in die durch eine vom Mieter geleistete Sicherheit begründeten Rechte und Pflichten eintritt und der Veräußerer nach Mietvertragsende – ohne die Einschränkung des § 566 Abs. 2 Satz 2 BGB – weiterhin subsidiär für die Rückerstattung der geleisteten Sicherheit haftet.

31 c) Dem Eintritt der Erwerberin in den Anspruch auf Bestellung der Sicherheit steht auch nicht entgegen, dass der Anspruch bereits zur Zeit des Eigentumswechsels fällig war (vgl. Schmidt-Futterer/Streyll Mietrecht 10. Aufl. § 566 a BGB Rn. 10 mwN).

32 Zwar tritt mit dem Eigentumsübergang und dem Entstehen eines neuen Mietvertrags mit dem Erwerber gemäß § 566 BGB hinsichtlich der vertraglichen Ansprüche gegen den Mieter eine Zäsur ein. Die schon vorher entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche bleiben bei dem bisherigen Vermieter, und nur die nach dem Zeitpunkt des Eigentumswechsels fällig werdenden Forderungen stehen dem Grundstückserwerber zu (vgl. Senatsurteil vom 29. September 2004 – XII ZR 148/02 – NJW-RR 2005, 96 [=GuT 2005, 12]; BGH Urteile vom 19. Oktober 1988 – VIII ZR 22/88 – NJW 1989, 451 f. [=WuM 1989, 143] und vom 3. Dezember 2003 – VIII ZR 168/03 – NJW 2004, 851, 852 [=WuM 2004, 94 = GuT 2004, 102 KL] mwN).

33 Von der Zäsur werden jedoch grundsätzlich nur solche Ansprüche erfasst, die entweder während der Zeit, in der der Veräußerer Vermieter war oder in der der Erwerber Vermieter ist, entstanden und fällig geworden sind und die dementsprechend nur einem von beiden zuzuordnen sind.

34 Eine solche zeitliche Zäsur gilt für einen schon vor Eigentumsübertragung entstandenen und fälligen Anspruch auf Leistung der Kautions nicht. Zweck dieses Anspruchs ist die Sicherung aller Ansprüche des Vermieters während der gesamten Dauer des Mietvertrages. Dazu gehören auch die Ansprüche des Erwerbers aus dem mit gleichem Inhalt entstandenen Mietvertrag.

35 d) Es ist allerdings streitig, wann und in welcher Höhe der Anspruch auf Leistung der Kautions auf den Erwerber übergeht.

36 Nach einer Ansicht steht der Anspruch dem Veräußerer auch nach Eigentumsübergang trotz § 566 BGB solange zu, bis seine sämtlichen noch möglichen Forderungen aus dem Mietvertrag befriedigt sind. Erst danach tritt der Erwerber in den dann noch bestehenden Anspruch ein (Staudinger/Emmerich <2011> § 566 BGB Rn. 4, 11; Palandt/Weidenkaff BGB 71. Aufl. Einf. vor § 535 Rn. 122, § 566 Rn. 17, Scheuer in: Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. V Rn. 268; für § 566 a BGB OLG Frankfurt ZMR 2011, 870).

37 Nach anderer Ansicht geht der Anspruch auf Sicherheitsleistung mit dem Eigentumsübergang in der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Höhe auf den Erwerber über (MünchKommBGB/Häublein 6. Aufl. § 566 a Rn. 10, § 566 Rn. 34; Blank/Börstinghaus Miete 3. Aufl. § 566 a Rn. 3, § 566 Rn. 53; Kraemer NZM 2001, 737, 742; Börstinghaus NZM 2004, 481, 485). Dem Veräußerer steht wegen eines danach entstehenden Befriedigungsrechts kein eigener Anspruch auf Leistung der Sicherheit mehr zu.

38 Die Frage kann hier offen bleiben, weil die Kläger unstrittig keinen eigenen Anspruch gegen den Beklagten mehr haben. Der Anspruch auf Leistung der Kautions ist deshalb gemäß §§ 566, 578 BGB i.V.m. § 6 des Mietvertrages in vollem Umfang auf die Erwerberin übergegangen.

39 3. Der Anspruch der Kläger auf Leistung der Kautions ist entgegen der Ansicht der Revision auch nicht durch Erfüllung oder Verzicht erloschen.

40 Die Kläger haben die Pfandfreigabe der von dem Beklagten zur Sicherheit verpfändeten Bundesschatzbriefe auf Bitten des Beklagten erklärt, weil diese fällig wurden und der Beklagte zugesagt hatte, er werde in Kürze eine neue Sicherheit beibringen; die Kläger könnten davon ausgehen, dass er ihnen die geschuldete Sicherheit selbstverständlich geben werde. Die Kläger hatten deshalb einen – nicht erfüllten – Anspruch auf Neuleistung der Kautions. In der Pfandfreigabe der Kläger kann somit erst recht kein Verzicht der Kläger auf die Kautions gesehen werden (vgl. BGH Urteil vom 7. Dezember 2011 – VIII ZR 206/10 – NJW-RR 2012, 214, 215 [=WuM 2012, 21]).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 569, 573 BGB; § 719 ZPO
Zahlungsverzug nach rechtskräftiger Verurteilung zur Zahlung erhöhter Miete; fristlose und fristgemäße Kündigung; Ausgleich des Rückstands innerhalb der Schonfrist; Wohnraummiete

Befindet sich der Wohnraummietler zwei Monate nach rechtskräftiger Verurteilung zur Zahlung erhöhter Miete mit den aus der Mieterhöhung resultierenden Rückständen in Zahlungsverzug, ist die fristgemäße und fristlose Kündigung bei Zahlung des Mieters innerhalb der Schonfrist bei erheblicher Pflichtverletzung des Mieters wirksam und begründet.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 15. 8. 2012 – VIII ZR 238/12)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger nimmt die Beklagten auf Räumung der von ihnen gemieteten Wohnung in Anspruch. In einem Vorprozess hat der Kläger Zustimmung zur Erhöhung der Nettomiete um 93,87 € auf 563,23 € ab dem 1. Oktober 2007 begehrt. Das Amtsgericht hat dieser Klage stattgegeben, das Landgericht hat die Berufung der Beklagten mit Urteil vom 16. September 2010 zurückgewiesen. Die Hausverwaltung des Klägers erklärte unter dem 20. Dezember 2010 die fristlose und fristgemäße Kündigung des Mietverhältnisses unter Berufung

GuT
Immobilienverwaltung
und
Immobilienbewirtschaftung

auf einen im Einzelnen aufgeschlüsselten Zahlungsrückstand in Höhe von 5837,29 €. Unter dem 19. Januar 2011 reichte der Kläger eine am 8. März 2011 zugestellte Klage auf Räumung und Zahlung in Höhe von 3754,80 € ein. In der Klage ist eine erneute fristlose und fristgemäße Kündigung enthalten, die darauf gestützt ist, dass die Beklagten den Mieterhöhungsbetrag für die 40 Monate von Oktober 2007 bis Januar 2011 (40×93,87 €) nicht gezahlt hätten. Am 24. Januar 2011 zahlten die Beklagten den im ersten Kündigungsschreiben genannten Betrag von 5837,29 €. Der Kläger hat daraufhin die Zahlungsklage zurückgenommen. Das Amtsgericht Berlin-Tempelhof-Kreuzberg hat die Beklagten zur Räumung verurteilt. Das Landgericht Berlin hat die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Die Beklagten haben Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt und beantragen, die Zwangsvollstreckung einstweilen einzustellen.

2 **Aus den Gründen:** II. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

3 Die fristgemäße Kündigung des Klägers vom 20. Dezember 2010 sei begründet. Den Beklagten sei eine erhebliche Pflichtverletzung anzulasten, weil sie nach einem mehrjährigen Rechtsstreit über eine Mieterhöhung die aus der Mieterhöhung resultierenden Rückstände nach der rechtskräftigen Verurteilung nicht ausgeglichen hätten. Die Zahlungspflicht folge unmittelbar aus dem Urteil.

4 Nach der gesetzlichen Regelung in § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB seien den Beklagten höchstens zwei Monate für den Ausgleich eingeräumt. Diese Frist habe der Kläger abgewartet und erst gekündigt, als nach Ablauf von drei Monaten keine Zahlung eingegangen sei und auch sonst keine Nachricht von den Beklagten vorgelegen habe. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lasse die Schonfristzahlung die fristgemäße Kündigung nicht per se entfallen, könne aber das Verschulden des Mieters in einem milderen Licht erscheinen lassen. Hier überwiege aber trotz des erfolgten Zahlungsausgleichs das Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses. Bei den von den Beklagten angeführten finanziellen Schwierigkeiten sei nicht ersichtlich, dass es sich um unerwartet aufgetretene oder unverschuldete Schwierigkeiten gehandelt habe; hinzu komme, dass die Beklagten den Kläger nicht informiert und um Ratenzahlung nachgesucht hätten. Der von den Beklagten angeführte Suizid des Bruders sei bereits im Februar 2010 erfolgt und könne nicht entschuldigen, dass die Beklagten auf das abschließende Urteil vom 16. September 2010 im Mieterhöhungsverfahren nicht reagiert und die Erhöhungsbeträge nunmehr umgehend gezahlt hätten. Auch in Anbetracht der langjährigen Dauer des bisher offenbar unbelasteten Mietverhältnisses überwiege das aufgrund der Pflichtverletzung entstandene Interesse des Klägers an der Beendigung des Vertragsverhältnisses.

5 III. Der Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung für die Dauer des Verfahrens in der Revisionsinstanz ist unbegründet, weil das Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg hat.

6 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO nicht in Betracht, wenn das Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg hat (BGH, Beschluss vom 4. Juni 2008 – XII ZR 55/08, NJW-RR 2008, 1038 [= GuT 2008, 366] Rn. 6 mwN). Dies ist hier der Fall, denn die Revision ist weder wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache noch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen.

7 Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB nicht für die fristgemäße Kündigung gilt, eine Zahlung innerhalb der Schonfrist aber das Verschulden des Mieters im Rahmen des § 573 Abs. 2 Nr. [1] BGB in einem milderen Licht erscheinen lassen kann, steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (vgl. Senatsurteil vom 16. Februar 2005 – VIII ZR 6/04, NZM 2005, 334 [= WuM 2005, 250] unter II 2 d cc). Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass

der Pflichtverletzung der Beklagten hier trotz der nachträglichen Zahlung und der übrigen von den Beklagten angeführten Umstände ein die ordentliche Kündigung rechtfertigendes Gewicht zukommt, weist keinen Rechtsfehler auf. Insbesondere hat das Berufungsgericht die von den Beklagten in ihrem Einstellungsantrag angeführten Umstände berücksichtigt. Der vom Berufungsgericht nicht ausdrücklich erwähnte Ausbau der Wohnung durch die Beklagten rechtfertigt keine andere Würdigung.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 280, 823, 254, 536a BGB
Hotelbetrieb; Verkehrssicherungspflicht gegenüber
Gästen; Eigenvorsorgepflicht des Gastes; Ausstattung
der Nasszelle des Hotelzimmers; Garantiehaftung;
Unfall beim Duschen**

1. In einem Hotelbetrieb bedarf es solcher Sicherheits- und Überwachungsmaßnahmen, die bei verständiger und vernünftiger Betrachtung aus der Sicht des Betreibers hinreichend und zumutbar sind, um andere Personen vor Schäden zu bewahren. Der Hotelbetreiber darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass ein Gast sichtbare Rutschgefahren erkennt und ihnen durch Achtsamkeit begegnet.

2. Erkennbar gefahrbringende Umstände – hier: Nichtvorhandensein von Haltevorrichtungen und feuchter Fliesenboden – geben dem Hotelgast dringende Veranlassung zur besonderen Umsicht bei der Benutzung und im Besonderen beim Ein- und Ausstieg aus der Nasszelle.

3. Auf eine Obhuts- und Schutzpflichtverletzung des Hotelbetreibers findet der Rechtsgedanke des § 536a Abs. 1 BGB (Garantiehaftung) keine Anwendung.

(OLG Koblenz, Urteil vom 7. 9. 2011 – 1 U 243/11)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin begehrt vom Beklagten materiellen und immateriellen Schadensersatz wegen eines Sturzes im Nasszellenbereich eines Hotelzimmers. Das Landgericht Koblenz hat nach Beweisaufnahme mit Urteil vom 3. Februar 2011 die Klage abgewiesen; hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin.

Die Klägerin geht von einer schuldhaften (Verkehrs-)Sicherungspflichtverletzung des Beklagten als Hotelbetreibers aus; das Landgericht habe mit seiner gegenteiligen Auffassung gegen allgemeine Rechtsgrundsätze verstoßen. Beim Boden eines Bades in einem Hotelbetrieb erwarte das Publikum Vorkehrungen gegen Ausrutschen; der Beklagte habe hier aber – entgegen der ihn treffenden umfassenden Sicherungspflicht – lediglich einen „Sicherheit vortäuschenden Lappen“ ausgelegt. Sie, die Klägerin, habe die Einhaltung üblicher Standards im Hotelbetrieb des Beklagten erwarten dürfen; die Unterlassung jeglicher rutschhemmender Maßnahmen oder sonstiger Sicherungseinrichtungen begründe die volle Haftung des Beklagten. Schließlich seien auch die in neuerer Zeit gestiegenen Anforderungen zum Schutz von Schwerbehinderten sowie die offensichtliche fehlende Tauglichkeit des vermieteten Bades zum vertragsgemäßen Gebrauch in die Wertung einzubeziehen.

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil, das die Sach- und Rechtslage zutreffend erkannt habe. Sei – wie zwischen den Parteien unstreitig – zum Unfallzeitpunkt ein feuchter Fliesenfußboden vorhanden gewesen, so habe die Klägerin, die – insofern unstreitig – bereits eine Nacht in dem Hotelzimmer verbracht gehabt habe, diese Gefahrenlage selbst ohne Weiteres erkennen können. Die ausgelegten Fliesen seien im Übrigen in Ansehung ihrer Rutschfestigkeit für einen Feuchtraum geeignet gewesen; in dem Bad habe sich auch ein „handelsüblicher Duschvorleger“ mit erhöhter Rutschfestigkeit (Unterseite) befunden. Das Hotelzimmer sei zum vertragsgemäßen Gebrauch, nämlich zur Übernachtung, ohne jede Einschränkung geeignet gewesen.

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

Der Klägerin steht gegen den Beklagten, sei es auf vertraglicher (§ 280 Abs. 1 BGB i.V.m. Beherbergungsvertrag) oder deliktischer (§ 823 Abs. 1 BGB) Haftungsgrundlage, ein Schadensersatzanspruch bereits dem Grunde nach nicht zu.

Es kann im Ergebnis offenbleiben, ob dem Beklagten als Hotelbetreiber eine – fahrlässige – Sorgfalts- respektive Verkehrssicherungspflichtverletzung gegenüber der Klägerin als Hotelgast zur Last zu legen ist. Eine auch nur anteilige Schadensersatzpflicht des Beklagten scheidet nämlich jedenfalls wegen des vollständig überwiegenden Mitverschuldens der Klägerin am Hergang des Sturzes und ihrer hieraus resultierenden körperlichen und gesundheitlichen Beeinträchtigungen aus.

a) In einem Beherbergungs- oder Hotelbetrieb ist der Gast – in Anlehnung an die überkommenen allgemeinen Grundsätze der Verkehrssicherungspflicht (vgl. zusammenfassend BGH NJW-RR 2011, 888 [=GuT 2011, 72] Tz. 8 ff.) – vor Gefahrensituationen zu schützen, die über das übliche Risiko der Betriebsnutzung hinausgehen, vom Gast nicht vorhersehbar und nicht ohne Weiteres erkennbar sind. Regelmäßig bedarf es (nur) solcher Sicherheits- und Überwachungsmaßnahmen, die bei verständiger und vernünftiger Betrachtung aus der Sicht des Betreibers hinreichend und zumutbar sind, um andere Personen vor Schäden zu bewahren (Spindler in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Auflage 2008, § 823 Rn. 296; s. auch BGH NJW 2000, 1046 f. [Fundstelle nicht verifizierbar, *Red.*]; Senatsurteil vom 22. September 2010 – 1 U 681/09 -; OLG Koblenz, Urteil vom 2. März 1989 – 5 U 1119/88 – NJW-RR 1990, 98 Tz. 34). Der Hotelbetreiber darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass ein Gast sichtbare (Rutsch-)Gefahren erkennt und ihnen durch Achtsamkeit ausweicht respektive begegnet (vgl. OLG Karlsruhe VersR 1992, 1018).

b) Nach diesen Grundsätzen liegt es in der Tat nicht fern, den Sturz eines Hotelgastes auf dem nach der Benutzung der Zimmerdusche feucht gewordenen Fliesenboden – wie das angefochtene Urteil – als Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos einzuordnen. Die Fallgestaltung erscheint im Grunde vergleichbar mit dem Sturz des Hotelgastes auf einem durch Wasser und Seife rutschig gewordenen Badewannenboden (vgl. OLG Karlsruhe VersR 1992, 1018; s. auch OLG Frankfurt VersR 1988, 598). Im vorliegenden Fall steht allerdings zwischen den Parteien gerade die Rutschfestigkeit des vor der Dusche ausgelegten Vorlegers in Streit. Insofern ist ein dem Hotelbetreiber, gegebenenfalls sogar nach einschlägigen berufsbezogenen Standards, auferlegtes verkehrsgerechtes Verhalten und eine regelmäßig damit verbundene Schutz- und Fürsorgepflicht angesprochen (vgl. allg. Palandt/Sprau, BGB, 70. Auflage 2011, § 823 Rn. 51). Die Klägerin hatte – bekräftigt bei ihrer Anhörung vor dem Senat – das Vorhandensein lediglich eines „(kleinen) Lappens“ behauptet und war dem gegenteiligen Vortrag des Beklagten („handelsüblicher rutschhemmender Duschvorleger“ wie Lichtbild Bl. 55 ff. GA) ausdrücklich entgegengetreten. In eine entsprechende Aufklärung und Abwägung müssten sodann – unter dem Eindruck der Erörterungen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat – gegebenenfalls auch die Eigenschaften der im hier gegenständlichen Hotelzimmer verlegten Bodenfliesen einbezogen werden, auch wenn die Klägerin diesen Aspekt in ihrer Berufungsbegründung bestenfalls „versteckt“ und vollends pauschal behandelt hatte.

c) Der dem Beklagten hier möglicherweise anzulastende Verursachungsbeitrag tritt jedoch im Rahmen der gebotenen Abwägung gegenüber der Mitverantwortung der Klägerin am Unfallgeschehen gänzlich zurück (§ 254 Abs. 1 BGB)

Ihrem eigenen Sachvortrag folgend ist die Klägerin nach der Benutzung der Duschkabine in ihrem Hotelzimmer auf ein vorgelegtes „kleines Handtuch“, einen „kleinen Lappen“ oder eine „ganz kleine runde Matte“ (Protokoll vom 13. Januar 2011; Bl. 61 GA) getreten; sie hat – wie sie bei ihrer Anhörung vor dem Senat bekundet hat (Protokoll vom 17. August 2011; Bl.

113 GA) – „beim Aussteigen aus der Duschkabine auch die Fliesen gesehen“. Nach dem im Übrigen unstrittigen Sachverhalt steht fest, dass Haltevorrichtungen inner- oder außerhalb der Nasszelle nicht vorhanden waren und der Fliesenfußboden vor der Duschkabine feucht geworden war. Diese ohne Weiteres erkennbaren gefahrbringenden Umstände mussten der Klägerin dringende Veranlassung zur besonderen Umsicht bei der Benutzung und im Besonderen beim Ein- und Ausstieg aus der Nasszelle geben; sie musste und konnte sich auf die – offensichtlich nur unzureichend abgesicherte – Gefahrenstelle einstellen. Bei dementsprechender Vorsorge (z. B. Abstützen an der <Kabinen->Wand; besonders langsames, ggf. vortastendes und absicherndes Aussteigen) wäre der – bedauerliche – Unfall mit Sicherheit vermieden worden. Die nach alledem festzustellende grobe Außerachtlassung der zum Eigenschutz gebotenen Sorgfalt rechtfertigt nach der Auffassung des Senats eine vollständige Haftentlassung der Beklagten.

d) Die von der Berufung angestellten rechtlichen Überlegungen, die der Senat zur Kenntnis genommen und in die Gesamtabwägung einbezogen hat, rechtfertigen keine andere Entscheidung. Im Streitfall steht nicht unmittelbar eine mangelhafte Beschaffenheit des kraft Beherbergungsvertrages überlassenen Hotelzimmers in Rede, sondern vielmehr eine (eigenständige) Obhuts- und Schutzpflichtverletzung des Betreibers; der Rechtsgedanke des § 536a Abs. 1 BGB findet daher keine Anwendung (vgl. BGH NJW 2009, 142 Tz. 12 <Brandschutzvorrichtungen>; Palandt/Weidenkaff a. a. O. § 536a Rn. 5).

[...] IV. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor. Die Rechtssache betrifft die Entscheidung in einem Einzelfall und hat weder grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) noch ist der Streitfall zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu eröffnen (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO).

V. Der Streitwert für den Berufungsrechtszug wird gemäß §§ 47 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG i.V.m. § 3 ZPO festgesetzt auf 17.182 Euro.

Mitgeteilt von VRiOLG Dennhardt, Koblenz

Hinw. d. Red.: Vgl. krit. Anm. L. Jäger RRA 2012, 115.

§ 109 InsO

Gewerberaumiete; Insolvenz des Mitmieters; Sonderkündigungsrecht des Insolvenzverwalters im Verhältnis zum nichtinsolventen Mitmieter

Das vom Insolvenzverwalter ausgeübte Sonderkündigungsrecht nach § 109 Abs. 1 InsO beendet das Mietverhältnis auch im Verhältnis zwischen Vermieter und nicht insolventem Mitmieter des Schuldners.

Die Revision wird zugelassen.

(OLG Hamburg, Urteil vom 29. 3. 2012 – 8 U 78/11 – n. rkr.)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger für den Monat September 2009 gegen den Beklagten einen Zahlungsanspruch wegen Miete, Nutzungsentschädigung oder Schadensersatzes hat.

Im Jahre 1999 schlossen der Kläger und Dr. med. R. per 1. 1. 2000 einen Mietvertrag über Gewerberäume in der N.-R.-St. in Hamburg gemäß Anlage K 1. Mit Wirkung ab dem 1. 7. 2002 trat der Beklagte als weiterer Mieter in das Mietverhältnis ein. In den gemieteten Räumen betrieben der Beklagte und Dr. R. in Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein medizinisches Labor.

Mit Schreiben vom 25. 3. 2003 teilte der Beklagte dem Kläger mit, er scheidet mit Wirkung zum 31. 3. 2003 aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus und bat um Entlassung aus dem Mietvertrag. Eine Entlassung aus dem Mietvertrag erfolgte jedoch nicht.

Der Kläger und Dr. R. vereinbarten am 22. 8. 2007 im Rahmen eines Nachtrags III zum Mietvertrag eine Erhöhung des Mietzinses auf brutto 5476,49 EUR. Der in dem Nachtrag genannte Beklagte hat den Nachtrag nicht unterzeichnet.

Mit Wirkung zum 31. 12. 2009 kündigten der Beklagte und Dr. R. das Mietverhältnis. Unter Bestellung des Nebenintervenienten zum Verwalter wurde über das Vermögen des Dr. R. am 4. 2. 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet. Mit Schreiben vom 28. 4. 2009 kündigte der Nebenintervenient das Mietverhältnis unter Berufung auf § 109 InsO zum Ablauf des 31. 7. 2009. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Räume zu diesem Zeitpunkt noch vom Insolvenzschuldner oder von einer – ebenfalls in Insolvenz befindlichen – I.L.Gesellschaft mbH genutzt worden sind. Geschäftsführer dieser Gesellschaft war Dr. R.

Mit Schreiben vom 14. 9. 2009 an den Bevollmächtigten des Beklagten erklärte der Prozessbevollmächtigte des Klägers unter anderem, er habe für den Kläger das Vermieterpfandrecht geltend gemacht. Am 30. 10. 2009 verschaffte sich der Kläger Zutritt zu den Räumlichkeiten und verwertete in der Folge die vorgefundenen Gegenstände.

Mit Schreiben vom 3. 5. 2010 ließ der Kläger den Beklagten unter anderem zur Zahlung der Miete für September 2009 auffordern. Der Beklagte ließ dies mit Schreiben vom 14. 5. 2010 ablehnen.

Der Kläger hat gemeint, die Ausübung des Sonderkündigungsrechts durch den Insolvenzverwalter habe das Mietverhältnis zwischen Kläger und Beklagtem nicht beendet. Jedenfalls stehe ihm gegen den Beklagten eine Nutzungsentschädigung zu, weil Dr. R. die Räume weiter genutzt habe. Überdies habe er gegen den Beklagten einen Schadensersatzanspruch in Höhe der entgangenen Miete. Er, der Kläger, habe das Objekt nicht vor dem 31. 12. 2009 weiter vermieten können, weil der Beklagte seiner Rückgabeverpflichtung nicht nachgekommen sei.

Der Beklagte und der Nebenintervenient sind dem entgegengetreten. Die Kündigung des Nebenintervenienten habe das Vertragsverhältnis auch mit Wirkung für den Beklagten beendet. Da der Beklagte zudem am Nachtrag III über die Mieterhöhung nicht beteiligt gewesen sei, stehe dem Kläger der Anspruch jedenfalls der Höhe nach nicht in vollem Umfang zu. Der Nachtrag ergebe vielmehr eine Entlassung des Beklagten aus dem Mietverhältnis. Da der Kläger zudem der Wirksamkeit der insolvenzrechtlichen Kündigung entgegengetreten sei und von seinem Vermieterpfandrecht Gebrauch gemacht habe, habe es ihm jedenfalls am Rücknahmewillen gemangelt. Ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten scheitere daran, dass der Beklagte keine Pflichten verletzt habe. Der Nebenintervenient hat behauptet, alleinige Nutzerin der Räumlichkeiten sei seit dem 1. 1. 2009 die I.L. GmbH gewesen.

Das Landgericht Hamburg hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen drauf abgestellt, das Sonderkündigungsrecht des Verwalters habe das Vertragsverhältnis auch mit Wirkung für den Beklagten beendet. Mit entgegenstehenden Stimmen der Literatur hat es sich dezidiert auseinandergesetzt und sich der zur selben Problematik unter Geltung von § 19 KO ergangenen obergerichtlichen Rechtsprechung angeschlossen.

Einen Anspruch auf Nutzungsentschädigung hat das Landgericht im Wesentlichen an dem aus seiner Sicht fehlenden Rücknahmewillen scheitern lassen. Ein insolvenzrechtlicher Schadensersatzanspruch aus § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO gegen den Beklagten sei nicht gegeben, weil diese Norm keinen Anspruch gegen den Beklagten begründe. Ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe einer Bruttomiete bestehe nicht. Zum einen habe der Beklagte seit 2003 keinen Zutritt mehr zu den Räumlichkeiten gehabt, zum anderen sei nicht ersichtlich, dass der Insolvenzschuldner bzw. die I.L. GmbH vom Beklagten erfolgreich auf Besitzverschaffung an den Kläger hätte in Anspruch genommen werden können.

Mit seiner Berufung wendet sich der Kläger gegen die Klageabweisung unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung des Klägers hat keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Kläger hat gegen den Beklagten keine Ansprüche auf die Zahlung von Mietzins oder Nutzungsentschädigung für den Monat September 2009 oder Schadensersatz in entsprechender Höhe.

1. Der Kläger hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung von Mietzins für den Monat September 2009.

Streitentscheidend ist insoweit die Frage, ob die dem Kläger als Vermieter vom Nebenintervenienten als Insolvenzverwalter über das Vermögen des Mitmieters des Beklagten zum 31. 7. 2009 ausgesprochene Kündigung des Mietverhältnis auch für den Beklagten beendet hat. Dies ist zur Überzeugung des Senats der Fall, was auch das Landgericht zutreffend angenommen hat.

a) Nach den Grundsätzen der obergerichtlichen Rechtsprechung beendet die auf einem insolvenzrechtlichen Sonderkündigungsrecht des Verwalters beruhende Kündigung das Mietverhältnis insgesamt mit Wirkung für und gegen sämtliche Beteiligte (s. zu der Kündigung nach § 19 Satz 1 KO OLG Düsseldorf, NJW-RR 1987, 1369; OLG Celle, NJW 1974, 2012; RGZ 141, 391, 392). Diese Auffassung wird in der Literatur teilweise ebenfalls vertreten (s. Frankfurter Kommentar zur InsO/Wegener, 6. Auflage 2011, § 109 Rn. 17; Münchener Kommentar zum BGB-Bydlinski, 5. Auflage 2007, § 425 Rn. 7; Braun/Kroth, InsO, 4. Auflage 2010, § 109 Rn. 24; Hamburger Kommentar zur InsO – Ahrend, 3. Auflage 2009, § 109 Rn. 19), teilweise aber auch mit der Begründung kritisiert, § 109 InsO sichere nur die Interessen der Masse – wofür es ausreiche, allein die Masse aus dem Mietverhältnis zu entlassen (Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Auflage 2009, Rn. 1589; Münchener Kommentar zur InsO – Eckert, 2. Auflage 2007, § 109 Rn. 37 ff. mwN). Teilweise wird das Mietverhältnis im Verhältnis zu sämtlichen Beteiligten nur dann als beendet angesehen, wenn der weitere Mieter nur die Mithaftung für die durch den Mieter eingegangenen Verpflichtungen hat übernehmen, nicht aber gleichberechtigter Mieter hat sein sollen (Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 2. Auflage 2008, Kapitel 20 Rn. 68 ff. mwN).

b) Der Senat sieht vorliegend keinen Anlass, von der zu § 19 KO ergangenen obergerichtlichen Rechtsprechung abzuweichen und schließt sich ihr an. Zwar ist nicht zu verkennen, dass das Sonderkündigungsrecht aus § 109 Abs. 1 InsO dem Schutz der Masse dient. Dies zwingt aber nicht zu einer Betrachtungsweise, die allein diesen Schutzzweck im Blick hat. Ebenso wie unter Geltung der Vorgängervorschrift des § 19 KO ist nämlich zu beachten, dass besondere Bedeutung der Einheitlichkeit des Mietverhältnisses zukommt, und dass die vertraglich geschuldete Gebrauchsüberlassung der Mietsache unteilbar ist. Ebenso wie nach dem Beitritt des Beklagten zum Mietvertrag dem Insolvenzschuldner und dem Beklagten der Gebrauch der Mietfläche zur Berufsausübung nur einheitlich hat gewährt werden können, konnte das Mietverhältnis nur einheitlich beendet werden. Eine Teilkündigung wäre unzulässig gewesen (s. nur Blank in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 10. Auflage 2011, § 542 Rn. 87 mwN). Die auf einer abweichenden Beurteilung der gegebenen Konstellation in der Literatur befindenden Angriffe der Berufung hält das Berufungsgericht aus den ausführlichen und zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, auf die der Senat Bezug nimmt, für nicht durchgreifend.

Hiernach ist der Mietvertrag durch die Kündigung auch im Verhältnis zum Beklagten zu Ende Juli 2009 beendet gewesen. Mietzinsansprüche für September 2009 gegen den Beklagten bestehen mangels vertraglicher Grundlage nicht.

2. Zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die der Senat Bezug nimmt, hat das Landgericht auch einen Anspruch

auf Nutzungsentschädigung verneint. Dies gilt insbesondere für den vom Landgericht mit vollen Umfangs zutreffender Begründung verneinten Rücknahmewillen des Klägers im Verhältnis zum Beklagten.

3. Gleiches gilt für einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Beklagten in entsprechender Höhe. Der Kläger kann sich im Verhältnis zum Beklagten nicht darauf berufen, dieser habe ihm die Mietsache vorenthalten, wenn er dem Beklagten gegenüber selbst durchgehend zu verstehen gegeben hat, er halte ihn für weiterhin aus dem Mietvertrag verpflichtet.

4. Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10 Satz 1 und 2, 711 ZPO.

5. Der Senat hat den Streitwert in teilweiser Abänderung des Festsetzungsbeschlusses des Landgerichts für beide Rechtszüge auf 5476,49 EUR festgesetzt. Von einer hiervon abweichenden – niedrigeren – Festsetzung im Verhältnis zum Nebenintervenienten hat er abgesehen. Der Senat schließt sich aus systematischen und rechtspraktischen Erwägungen insoweit der auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung vertretenen Auffassung an, dass der Streitwert einer Nebenintervention dann dem Wert der Hauptsache entspricht, wenn – wie hier – der Streithelfer dieselben Anträge wie die Hauptpartei stellt (BGHZ 31, 144, 146 ff.; KG Berlin MDR 2004, 1445; OLG Karlsruhe NJW-RR 2003, 1007; OLG München AnwBl. 1973, 359; MDR 1997, 1166; NJW-RR 1998, 420; OLG Hamburg MDR 1985, 588; OLG Koblenz JurBüro 1999, 196; OLG Düsseldorf JurBüro 1980, 282; OLG Düsseldorf, MDR 2006, 1017 f.; OLG Bamberg JurBüro 1980, 1574). Der Streithelfer handelt in einem fremden Prozess. In diesem Prozess hat er nur eingeschränkte Parteirechte und unterstützt das Interesse der Prozesspartei, auf deren Seite er dem Rechtsstreit beigetreten ist.

6. Die Zulassung der Revision erfolgt im Hinblick auf die höchstrichterlich bislang nicht entschiedene Frage, ob das vom Insolvenzverwalter eines Mitmieters ausgeübte Sonderkündigungsrecht aus § 109 InsO das Mietverhältnis auch im Verhältnis zum nicht insolventen Mitmieter beendet.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 8. Zivilsenats des OLG Hamburg

Hinw. d. Mitteleiler: Az. des BGH: XII ZR 43/12.

§ 242 BGB; § 42 LwAnpG
Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft LPG;
gescheiterte Umwandlung in eine
Kommanditgesellschaft KG; Anspruch auf
Grundbuchberichtigung und Herausgabe; Verpflichtung
einer Zustimmung zu einer Nachtragsvereinbarung

a) Der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens kann einem Anspruch aus Eigentum regelmäßig nicht entgegengehalten werden.

b) Die Mitglieder einer landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft können aus gesellschaftlicher Treuepflicht verpflichtet sein, einer Nachtragsvereinbarung zuzustimmen, mit der die nach dem LwAnpG 1990 gescheiterte Umwandlung in eine Kommanditgesellschaft geheilt werden kann (Fortführung von BGH, Urteil vom 20. September 2004 – II ZR 334/02, ZIP 2004, 2186, 2187; Beschluss vom 28. November 2008 – BLw 4/08, ZIP 2009, 264 Rn. 33 ff.). (nur Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 19. 6. 2012 – II ZR 241/10)

11 **Aus den Gründen:** II. 2. Entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts können die danach bestehenden Ansprüche der Klägerin auf Grundbuchberichtigung und Herausgabe bzw. gegebenenfalls auf Schadensersatz nicht wegen Fehlens eines schutzwürdigen Eigeninteresses der Klägerin versagt werden.

12 Der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens kann einem Anspruch aus Eigentum regelmäßig nicht entgegengehalten werden. Die Verneinung des Herausgabeanspruchs bedeu-

tet wirtschaftlich die Enteignung des Eigentümers. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem nichtberechtigten Besitzer ist durch §§ 987 ff. BGB in einer Weise geregelt, die die Interessen und den Schutz von Eigentümer und Besitzer gegeneinander abwägt und grundsätzlich keiner Korrektur durch die Verneinung des Anspruchs aus § 985 BGB bedarf (BGH, Urteil vom 16. März 2007 – V ZR 190/06, NJW 2007, 2183 Rn. 9 f.). Eine Versagung des Herausgabeanspruchs und eines Grundbuchberichtigungsanspruchs wegen Fehlens eines schutzwürdigen Eigeninteresses kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht, etwa wenn der Bucheigentümer oder Herausgabeschuldner einen Anspruch auf Eigentumsübertragung beispielsweise aufgrund eines Anwartschaftsrechts hat (BGH, Urteil vom 21. Mai 1953 – IV ZR 192/52, BGHZ 10, 69, 75) oder der Eigentümer Erwerbssansichten des Besitzers geweckt und der Besitzer oder Bucheigentümer erhebliche Vermögensdispositionen getroffen hat (BGH, Urteil vom 10. März 1967 – V ZR 72/64, BGHZ 47, 181, 189; Urteil vom 23. März 1979 – V ZR 163/75, NJW 1979, 1656).

13 Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. [...]

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

AVB Wohngebäudeversicherung; § 9 VGB 88
Auslegung Allgemeiner Versicherungsbedingungen;
Verständnis eines durchschnittlichen
Versicherungsnehmers; Risikoanschluss-Klausel;
Wohngebäudeversicherung;
Versicherungsschutz gegen Leitungswasser;
Schwammsschadenklausel; Hausfäulepilz; Hausschwamm

Ein Leistungsausschluss, demzufolge sich der Versicherungsschutz gegen Leitungswasser ohne Rücksicht auf mitwirkende Ursachen nicht auf Schäden „durch Schwamm“ erstreckt, gilt für alle Arten von Hausfäulepilzen und erfasst gerade auch den Schwammbefall als Folge eines versicherten Leitungswasseraustritts.

In dieser Auslegung hält der Leistungsausschluss der Inhaltsskontrolle stand.

(BGH, Urteil vom 27. 6. 2012 – IV ZR 212/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger verlangt weitere Versicherungsleistungen aus einer bei der Beklagten gehaltenen Wohngebäudeversicherung, der seit dem 16. Januar 2003 Wohngebäudeversicherungsbedingungen der Beklagten (WGB F 01/03) zugrunde liegen. Nach deren Nr. 4. 1. 2 erstreckt sich der Versicherungsschutz auch auf Leitungswasserschäden. Dazu bestimmt Nr. 6. 2 i.V.m. Nr. 6. 2. 5 WGB F 01/03 (insoweit wortgleich mit § 9 Abs. 4 Buchst. e VGB 88):

„6. 2 Der Versicherungsschutz gegen Leitungswasser erstreckt sich ohne Rücksicht auf mitwirkende Ursachen nicht auf Schäden durch

...

6. 2. 5 Schwamm;

...“

2 Am 13. Februar 2003 entdeckte der Kläger in seinem versicherten Wohnhaus, dass infolge eines defekten Pressrings Wasser aus einem Heizungsrohr der Obergeschosswohnung austrat. Er ließ die Leckage durch Erneuerung des Pressrings beheben und im März 2003 den Fußboden der Obergeschosswohnung bzw. die Decke des Erdgeschosses von einer Fachfirma trocknen. Die Beklagte regulierte den Versicherungsfall durch Zahlung von 1000 €, welche die genannten Reparaturmaßnahmen und eine Wertminderung von betroffenen Küchenmöbeln und Hausrat abdeckte.

3 Im März 2004 wurde im Obergeschoss ein luftundurchlässiger PVC-Boden verlegt. Im August 2004 begannen Küchenmöbel in den neu verlegten Boden einzusinken. Ursache war ein durch Feuchtigkeit hervorgerufener Befall der Holzteile der Fußboden-/Deckenkonstruktion mit Braunem Kellerschwamm.

4 Der Kläger hält dies für einen Folgeschaden des Versicherungsfalles aus dem Jahre 2003 und verlangt mit der Klage die Erstattung der infolge des Schwammbefalls erforderlichen weiteren Reparaturkosten entsprechend dem Gutachten des in einem selbständigen Beweisverfahren mit der Schadenfeststellung beauftragten Sachverständigen.

5 Die Beklagte hält sich unter anderem aufgrund des genannten Ausschlusses von Schwammschäden für leistungsfrei.

6 Das Landgericht Gera hat dem Kläger eine Versicherungsleistung von 16.665,65 € nebst Zinsen, ferner den Ersatz vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten zugesprochen. Unter Abweisung der Berufung der Beklagten und der Klage im Übrigen hat das Berufungsgericht [OLG Jena] die Beklagte zur Zahlung von 8375,47 € nebst Zinsen sowie zum Ersatz geringfügig reduzierter vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verurteilt. Dagegen richten sich die Revisionen beider Parteien. Der Kläger erstrebt die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage.

7 **Aus den Gründen:** Nur die Revision der Beklagten hat Erfolg.

8 I. Das Berufungsgericht geht davon aus, der Schwammbefall sei Folge des Anfang 2003 entdeckten Heizungswasseraustritts. Der hier aufgetretene Braune Kellerschwamm werde von der SchwammschadenAusschlussklausel nicht erfasst. Diese sei eng auszulegen und infolge einer gebotenen teleologischen Reduktion auf den besonders schädlichen Echten Hausschwamm beschränkt. Insoweit hat sich das Berufungsgericht der Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz vom 13. Januar 2006 (r+s 2007, 326 ff.) angeschlossen. Als Leistungsausschluss sei die Klausel zudem eng auszulegen. Ihr liege ersichtlich die wirtschaftliche Überlegung zugrunde, vom Versicherungsschutz extreme, schwer kalkulierbare und in der Behebung sehr teure Schadenfolgen auszuschließen. Nur der Echte Hausschwamm, nicht aber der Braune Kellerschwamm habe diese besonders zerstörerische Wirkung. Er könne sich auch auf trockenes Holz und durch mineralische Baustoffe hindurch verbreiten und so die gesamte Bausubstanz zerstören.

9 Dass der Kläger den Schwammbefall durch unsachgemäße Trocknungsmaßnahmen gefördert habe, schaffe zwar eine mitwirkende Ursache, lasse die Ursächlichkeit des Leitungswasserschadens aber nicht entfallen. Im Übrigen könne ihm trotz fehlerhaften „Schadensmanagements“ und der objektiven Verletzung seiner Rettungsobliegenheit eine subjektive Sorgfaltswidrigkeit nicht angelastet werden, nachdem er eine Fachfirma mit den Trocknungsmaßnahmen beauftragt habe. Deren mögliches Verschulden sei ihm auch nicht nach § 278 BGB zuzurechnen.

10 Der Leistungsanspruch sei allerdings auf einen Betrag von 8375,47 € zu kürzen. Die Kostenermittlung, auf die sich das Landgericht gestützt habe und in die auch Sanierungsmaßnahmen eingestellt seien, die nur nach einem Befall mit Echtem Hausschwamm anfielen, sei zu bereinigen.

11 II. Das hält der aufgrund der Revision der Beklagten gebotenen rechtlichen Nachprüfung schon in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

12 Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Ersatz der infolge des Befalls seines Hauses mit Braunem Kellerschwamm erforderlichen Sanierungs- und Reparaturkosten. Das ergibt die Auslegung der Schwammschadenklausel der Nr. 6. 2 i.V.m. Nr. 6. 2. 5 WGB F 01/03, deren Anwendung anders als das Berufungsgericht meint nicht auf einen Befall des versicherten Gebäudes mit Echtem Hausschwamm beschränkt ist.

13 1. Die vom Berufungsgericht vorgenommene teleologische Reduktion der Schwammschadenklausel findet im Klauselwortlaut, wonach „Schäden durch Schwamm“ vom Versicherungsschutz ausgenommen sein sollen, keine Stütze. Weder

der Umgangsnach der Rechtssprache lassen sich Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass mit dem Wort „Schwamm“ allein der Echte Hausschwamm bezeichnet werden soll.

14 a) In der Umgangssprache werden mit dem Begriff „Schwamm“ im Zusammenhang mit Gebäuden pflanzliche Holzerstörer bezeichnet, bei denen es sich vorwiegend um Pilze sogenannte Bauholzoder Hausfäulepilze handelt. Die bekanntesten Arten sind der Echte Hausschwamm, der Braune Kellerschwamm, der Porenschwamm und verschiedene Blattlinge (vgl. dazu Sblowski, r+s 1992, 314). Daneben gibt es zahlreiche weitere Arten (dazu und zu ihrer Verbreitung in Gebäuden in Deutschland und anderen europäischen Ländern vgl. Huckfeldt unter www.hausschwamminfo.de).

15 b) In der Rechtssprache findet sich keine Definition des Begriffs „Schwamm“. Allerdings enthalten die Allgemeinen Bedingungen für die Neuwertversicherung von Gebäuden gegen Schäden durch Schwamm und Hausbockkäfer (SchHB 85 veröffentlicht in VerBAV 1986, 222) eine katalogartige Aufzählung von pflanzlichen Schädlingen, welche dem dortigen Versicherungsschutz gegen Schwammschäden unterfallen sollen. Danach zählen zu den dort bedingungsgemäßen Schwämmen: der Echte Hausschwamm, der Kellerschwamm, der Porenschwamm und der Blättling (Sblowski aaO).

16 c) Der Klauselwortlaut „Schäden durch Schwamm“ gibt damit keinen Anhalt für eine Beschränkung auf einzelne oder wenige besonders gefährliche Arten von Hausfäulepilzen. Soweit Sblowski (aaO) anregt, für die Auslegung unter anderem des § 9 Nr. 4 Buchst. e VGB 88 den vorgenannten Katalog der SchHB 85 heranzuziehen, verkennt er, dass der durchschnittliche Versicherungsnehmer einer Wohngebäudeversicherung dieses anderweitige Bedingungswerk weder kennt noch kennen muss, es deshalb auch nicht zum Verständnis des Leistungsausschlusses für Schwammschäden heranzieht (so auch Hoenicke in Veith/Gräfe, Versicherungsprozess 2. Aufl. § 2 Rn. 217 Fn. 421; Wälder in Halm/Engelbrecht/Krahe, Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht 3. Aufl. Kap. 9 Rn. 661).

17 Das Landgericht Detmold (r+s 1992, 173 zu § 4 Nr. 3 Buchst. f VGB 62) hat deshalb angenommen, „Schwamm“ bezeichne alle holzerstörenden Pilze (ebenso: Wälder aaO).

18 2. Diese Auffassung trifft zu.

19 Das Berufungsurteil steht in Widerspruch zu den Grundsätzen, die der Senat in ständiger Rechtsprechung für die Auslegung Allgemeiner Versicherungsbedingungen aufgestellt hat. Sie sind nicht gesetzesähnlich, sondern so auszulegen, wie ein durchschnittlicher Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs verstehen muss (Senatsurteil vom 23. Juni 1993 – IV ZR 135/92, BGHZ 123, 83, 85 m.w.N. und ständig). Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse an. Er wird sich in erster Linie am Bedingungswortlaut orientieren. Für eine an diesen Grundsätzen ausgerichtete Auslegung ist mithin nicht maßgeblich, was sich der Verfasser der Bedingungen bei ihrer Abfassung vorstellte (Senatsurteil vom 2. Oktober 1985 – IVa ZR 184/83, VersR 1986, 177, 178). Die dem Versicherungsnehmer typischerweise unbekanntes Entstehungsgeschichte von Versicherungsbedingungen hat bei ihrer Auslegung außer Betracht zu bleiben; auch versicherungswirtschaftliche Überlegungen können allenfalls insoweit Berücksichtigung finden, wie sie sich dem Versicherungsnehmer aus dem Bedingungswortlaut unmittelbar erschließen (st. Rspr., vgl. Senatsurteile vom 9. Dezember 1987 – IVa ZR 151/86, VersR 1988, 282 unter II; vom 18. Dezember 1991 – IV ZR 204/90, VersR 1992, 349 unter 3; vom 6. März 1996 – IV ZR 275/95, VersR 1996, 622 unter 3 b; vom 17. Mai 2000 – IV ZR 113/99, VersR 2000, 1090 unter 2 a).

20 c) Für die Auslegung einer Risikoausschlussklausel gilt nichts anderes. Zwar sind solche Klauseln grundsätzlich eng und nicht weiter auszulegen, als es ihr Sinn unter Beachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucks-

weise erfordert (Senatsurteile vom 23. November 1994 – IV ZR 48/94, VersR 1995, 162 unter 3 b; vom 17. März 1999 – IV ZR 89/98, NVerz 1999, 394 unter 2 a; vom 17. Mai 2000 aaO unter 2 b). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts und des Oberlandesgerichts Koblenz (r+s 2007, 326) kommt es aber auch in diesem Rahmen für die Ermittlung des Zwecks der Ausschlussklausel auf deren dem Versicherungsnehmer aus dem Klauselwortlaut nicht erschließbare Entstehungsgeschichte oder zugrunde liegende wirtschaftliche Erwägungen des Versicherers selbst dann nicht an, wenn deren Berücksichtigung zu einem dem Versicherungsnehmer günstigeren Ergebnis führen könnte (Senatsurteil vom 25. September 2002 – IV ZR 248/01, r+s 2003, 16 unter 2 a). Denn auch die für Risikoausschlussklauseln geltende Auslegungsregel beruht weder auf einer (die Entstehungsgeschichte einbeziehenden) „gesetzesähnlichen“ Auslegung noch setzt sie eine solche voraus. Vielmehr erfährt diese Regel gerade durch eine Auslegung, die auf die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Versicherungsnehmers abstellt, Rechtfertigung und Sinn (vgl. Senatsurteil vom 17. März 1999 aaO). Es besteht, wie der Senat schon mehrfach ausgesprochen hat (Senatsurteile vom 17. Mai 2000 aaO unter 2 c; vom 17. März 1999 aaO), kein Anlass, insoweit für die Auslegung von Risikoausschlussklauseln zur gesetzesmäßigen Auslegung zurückzukehren.

21 d) Es ist im Übrigen auch nicht ersichtlich, weshalb der Versicherer, der zu unterschiedlichen Tarifen unterschiedlich umfangreichen Versicherungsschutz gegen die Folgen von Leitungswasserschäden anbietet, aus Rechtsgründen darauf beschränkt sein sollte, vom Versicherungsschutz allein diejenigen Schäden auszunehmen, die vom zerstörerischsten Hausfäulepilz verursacht werden. Soweit sich dem durchschnittlichen Versicherungsnehmer das Motiv der Schwammschadenklausel angesichts des knappen Wortlauts überhaupt erschließt, wird er allenfalls erkennen, dass der Versicherer sich dagegen schützen will, dass über die bloße Wasserkontamination des Gebäudes hinaus unabsehbare und mithin schwer kalkulierbare Folgeschäden durch einen sich vermehrenden und damit den Schaden unter Umständen exponentiell ausweitenden pflanzlichen Schädling eintreten. Es kommt hinzu, dass solche Schäden häufig erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung zum Versicherungsfall entdeckt werden, was wie auch hier zu Beweisschwierigkeiten bei der Frage führt, ob das Schädlingswachstum adäquate Folge eines Leitungswasseraustritts oder anderweitiger Feuchtigkeit war. Auch vor dieser schwer kalkulierbaren Schadenursächlichkeit möchte sich der Versicherer durch den Leistungsausschluss schützen (vgl. LG Detmold r+s 1997, 173 f.). Zudem belegt der vorliegende Fall, dass die von anderen Hausfäulepilzen hier dem Braunen Kellerschwamm verursachten Schäden ebenfalls erhebliche und schwer zu prognostizierende Ausmaße erreichen können. Die genannten Erwägungen treffen deshalb auf sämtliche Hausfäulepilze und nicht allein auf den Echten Hausschwamm zu. Der Versicherungsnehmer hat mithin keinen Anlass anzunehmen, der Leistungsausschluss sei auf den Echten Hausschwamm beschränkt.

22 3. Die Schwammschadenklausel der Nr. 6.2/6.2.5 WGB F 01/03 (entsprechend § 9 Abs. 4 Buchst. e VGB 88) ist auch nicht dahin einschränkend auszulegen, dass ein Schwammbefall, der erst durch den bedingungsgemäßen Leitungswasseraustritt verursacht ist, nicht von dem Leistungsausschluss erfasst sein soll.

23 Das ergibt sich aus zwei Erwägungen.

24 a) Zum einen kennen weder die VGB 88 noch die hier in Rede stehenden WGB F 01/03 einen eigenständigen Versicherungsfall, unter den ein originärer Schwammbefall fiele. Für die Leistungspflicht des Versicherers kann ein Schwammbefall des versicherten Gebäudes mithin immer nur dann bedeutsam sein, wenn er als Folgeschaden eines Versicherungsfalles, insbesondere des Versicherungsfalles „Leitungswasserschaden“ eintritt. Wollte man die Schwammschadenklausel nicht gerade auf solche Folgen eines Leitungswasserschadens anwenden, wäre der

Leistungsausschluss überflüssig, weil der Versicherer einen Ersatz für anderweitige Schwammschäden nirgends verspricht.

25 b) Zum anderen macht der Bedingungswortlaut („Der Versicherungsschutz gegen Leitungswasser erstreckt sich ohne Rücksicht auf mitwirkende Ursachen nicht auf ...“) deutlich, dass Schwammschäden losgelöst von der Ursache ihrer Entstehung in keinem Falle versichert sein sollen.

26 Soweit das in der Rechtsprechung früher anders gesehen worden ist, beruhte dies auf einem anderen Bedingungswortlaut in den VGB 62. Deren Schwammschadenklausel in § 4 Abs. 3 Buchst. f wurde von Teilen der Rechtsprechung als unklar angesehen (LG Berlin und KG r+s 1992, 312 f.; a.A. LG Detmold aaO), weil sie einerseits die Klarstellung „ohne Rücksicht auf mitwirkende Ursachen“ noch nicht enthielt, andererseits aber die nachstehende Ausschlussklausel für Schäden durch Brand, Blitzschlag oder Explosion (§ 4 Abs. 3 Buchst. g VGB 62) mit dem Zusatz versehen war: „... auch dann nicht, wenn der Brand oder die Explosion die Folge von ausgetretenem Leitungswasser ist“. Das konnte beim Versicherungsnehmer die Vorstellung hervorrufen, im Umkehrschluss aus Buchstabe g solle bei der Schwammschadenklausel des Buchstaben f anderes gelten (so LG Berlin und KG aaO; vgl. auch Martin, SVR 3. Aufl. F IV 45).

27 Diese Bedenken treffen auf die hier in Rede stehende, seit den VGB 88 verwendete Neufassung der Schwammschadenklausel nicht mehr zu, zumal nunmehr sowohl in § 9 Nr. 3 VGB 88 (betreffend u. a. Brand, Blitzschlag und Explosion; im Kern entsprechend hier Nr. 5.6 WGB F 01/03) als auch in § 9 Nr. 4 VGB 88 (Nr. 6.2 WGB F 01/03) einheitlich die Formulierung „ohne Rücksicht auf mitwirkende Ursachen“ gebraucht wird. Eine Irreführung des Versicherungsnehmers darüber, dass Schwamm auch als Leitungswasserfolgeschaden nicht vom Versicherungsschutz erfasst sein soll, ist damit nicht mehr zu besorgen (so auch LG Köln, Urteil vom 22. Oktober 2008, juris, Rn. 25, 26; in VersR 2009, 1400 insoweit nicht vollständig abgedruckt; Wälder in Halm/Engelbrecht/Krahe, Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht 3. Aufl. Kap. 9 Rn. 667; Hoenicke in Veith/Gräfe, Versicherungsprozess 2. Aufl. § 2 Rn. 217; Sblowski, r+s 1992, 314, 315).

28 4. Die Schwammschadenklausel erweist sich bei der gebotenen uneingeschränkten Auslegung auch im Übrigen weder als unklar i.S. von § 305c Abs. 2 BGB noch als intransparent i.S. von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Gerade in ihrer Kürze bezeichnet sie alle Arten von Hausfäulepilzen, die nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als „Schwamm“ bezeichnet werden (LG Detmold aaO).

29 5. In der dargelegten Auslegung hält die Schwammschadenklausel auch im Übrigen einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB (früher §§ 9 ff. AGBG) stand.

30 a) § 307 Abs. 3 BGB (früher § 8 AGBG) hindert eine Inhaltskontrolle nach den §§ 307 bis 309 BGB (früher §§ 9 bis 11 AGBG) nicht, weil die Klausel nach ihrem Wortlaut und erkennbaren Zweck das Hauptleistungsversprechen des Versicherers, Schutz gegen Leitungswasserschäden zu gewähren, lediglich beschränkt, indem sie aus dem Kreis der versicherten, also an sich entschädigungspflichtigen Leitungswasserfolgeschäden die durch Schwamm verursachten Schäden ausschließt. Solche lediglich leistungsbeschränkende Klauseln sind nach ständiger Rechtsprechung des Senats kontrollfähig (Senatsurteile vom 24. März 1999 – IV ZR 90/98, BGHZ 141, 137, 140 ff.; vom 23. Juni 1999 – IV ZR 136/98, BGHZ 142, 103, 109 ff.; vom 21. Februar 2001 – IV ZR 11/00, VersR 2001, 576 unter 1; vom 30. Oktober 2002 – IV ZR 60/01, VersR 2002, 1546 unter II 1).

31 b) Die Schwammschadenklausel führt nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Versicherungsnehmers i.S. von § 307 Abs. 1 und 2 BGB.

32 aa) Ein gesetzliches Leitbild (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), dem der Leistungsausschluss zuwider liefe, findet sich nicht. Das Versicherungsvertragsgesetz enthält lediglich für die Ge-

bäudefeuersversicherung, nicht aber die Leitungswasserversicherung besondere Bestimmungen in den §§ 142 bis 149 VVG (vgl. dazu Halbach in HK-VVG, 2. Aufl. § 142 Rn. 1 und 4). Wenngleich der Leitungswasserversicherungsschutz bezweckt, dem Versicherungsnehmer einen Ausgleich für durch Leitungswasser verursachte Schäden am versicherten Gebäude zu gewähren, ist der Versicherer nicht gehindert, im Rahmen seiner unternehmerischen Entscheidung den Umfang des Schadenausgleichs abhängig von der Höhe der geforderten Prämien in seinen Versicherungsbedingungen zu gestalten. Er kann einzelne, besonders schwer kalkulierbare Schäden vom Versicherungsschutz ausnehmen und wie dies beispielsweise auch bei der Neuwertversicherung von Gebäuden gegen Schäden durch Schwamm und Hausbockkäfer geschieht zum Gegenstand eines eigenständigen Versicherungsprodukts machen. Einen Rechtssatz, wonach in der Wohngebäudeversicherung in jedem Falle sämtliche Folgeschäden eines Leitungswasserschadens vom Versicherungsschutz umfasst sein müssten, gibt es nicht.

33 bb) Auch der Vertragszweck wird durch die Schwamm-schadenklausel nicht i.S. von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB gefährdet. Das käme allenfalls dann in Betracht, wenn Schwamm-schäden regelmäßige oder zumindest sehr häufige, zwangsläufige und kennzeichnende Folge des Austritts von Leitungswasser wären, so dass sich der durchschnittliche Versicherungsnehmer mit dem Abschluss einer Leitungswasserversicherung vorwiegend vor solchen Schwamm-schäden schützen, der Versicherer sich jedoch mit der Ausschlussklausel von der Kardinalpflicht des Versicherungsvertrages, Leitungswasserschäden zu entschädigen, freizeichnen wollte. Dafür ist indes nichts ersichtlich und wird auch vom Kläger nichts geltend gemacht. Soweit er darauf verweist, Schwamm-schäden zählten zu den gravierendsten Folgen von Leitungswasserschäden und zögen besonders hohe Sanierungskosten nach sich, verbieten allein diese Umstände es dem Versicherer nicht, solche Schäden von der Leitungswasserversicherung auszunehmen und im Rahmen anderer Tarife gesonderten Versicherungsschutz dafür anzubieten.

34 6. Anders als der Kläger meint, steht zwischen den Parteien auch nicht aufgrund des ersten in dieser Sache ergangenen Berufungsurteils vom 17. September 2008 (welches unter anderem in ZfSch 2009, 28 f. veröffentlicht ist) bindend fest, dass die Schwamm-schadenklausel auf einen Befall mit Echtem Hausschwamm beschränkt sei. Dabei kann dahinstehen, ob § 563 Abs. 2 ZPO hier analog anzuwenden wäre, denn das Berufungsgericht hatte in der genannten Entscheidung die Rechtsfrage, ob die Schwamm-schadenklausel eingeschränkt ausgelegt werden müsse, nicht abschließend beantwortet, sondern noch Feststellungen zur Gefährlichkeit der unterschiedlichen Hausschwämme vermisst.

35 III. Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg.

36 1. Zwar erstreckt sich die Revisionszulassung des Berufungsgerichts auch auf dieses Rechtsmittel. Weder der insoweit uneingeschränkte Tenor des Berufungsurteils noch dessen grundsätzlich auslegungsfähige (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteile vom 13. Juli 2007 – VI ZR 273/03, NJW 2004, 3176 unter II 1; vom 16. September 2009 – VIII ZR 243/08, BGHZ 182, 241 Rn. 11) Entscheidungsgründe bringen hinreichend klar zum Ausdruck, dass das Berufungsgericht die Revision ausschließlich zur Überprüfung der Schwamm-schadenklausel und damit beschränkt zulassen wollte. Soweit die Revision „mit (besonderem) Blick“ darauf zugelassen ist, nennt das Berufungsgericht lediglich sein Hauptmotiv für die Zulassung, bringt aber zugleich zum Ausdruck, dass es neben anderen bestimmend war.

37 2. Das Rechtsmittel war aber zurückzuweisen, weil dem Klagebegehren ausschließlich durch den Schwamm-befall verursachte Sanierungskosten zugrunde liegen. Hat der Kläger infolge der Schwamm-schadenausschlussklausel insoweit keinen Leistungsanspruch, kommt es auf die von seiner Revision aufgeworfene Frage, ob das Berufungsgericht den (vermeintlichen) Anspruch rechtsfehlerhaft gekürzt hat, nicht mehr an.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

VGGB 2006; § 23 VVG; § 543 ZPO
Verbundene Gewerbe-Gebäudeversicherung VGGB 2006;
Gefahrerhöhung; Gebäude-Umnutzung von Büro auf
Bordellbetrieb; Milieu-Veränderung

a) Zum Zeitpunkt des Vorliegens einer Gefahrerhöhung (hier: in der verbundenen Gewerbe-Gebäudeversicherung) gibt es keine divergierende Rechtsprechung und auch keine unterschiedlichen Literaturansichten, und zwar auch nicht im Zusammenhang mit einer geänderten Gebäudeum-nutzung.

b) Die Änderung der gewerblichen Nutzung von Räumlichkeiten zur Nutzung als Bordell ist dem Versicherer als Gefahrerhöhung anzeigepflichtig.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 20. 6. 2012 – IV ZR 150/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über Ansprüche des Klägers aus einer bei der Beklagten seit Juli 2007 gehaltenen Versicherung, der die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Verbundene Gewerbe-Gebäudeversicherung (VGGB 2006) in der Fassung 08/2006 zugrunde liegen.

2 Versicherte Gefahren sind Feuer, Leitungswasser, Sturm und Hagel. Auf der Grundlage der Angaben des Klägers und eines Mitversicherungsnehmers wies der Versicherungsschein als Betriebsart „Hausverwaltung (reiner Bürobetrieb)“ aus. Tatsächlich stand das Gebäude bis auf zwei Kellerräume seit Erwerb des Anwesens durch die Versicherungsnehmer bis zum Eintritt des Schadenfalles leer. Am 29. Oktober 2007 beantragten die Versicherungsnehmer für das Anwesen bei der zuständigen Bauaufsichtsbehörde die Genehmigung der „Nutzungsänderung eines Gewerbebetriebes in bordellähnlichen Betrieb und gewerblicher Zimmervermietung“ unter Beifügung von Planungsentwürfen eines Architekten. Die Renovierungs- und Umbauarbeiten waren bei Eintritt des Schadens noch nicht vollständig abgeschlossen. Inzwischen wird das Anwesen als Bordell genutzt.

3 Am 15. Juni 2008, einem Sonntag, drangen Unbekannte in das Gebäude ein und öffneten unter anderem im Dachgeschoss die Wasserentnahmestellen und Eckventile, durch die Leitungswasser austrat und sich von dort aus auf die darunter liegenden Flächen verteilte. Es kam zu einer starken Durchfeuchtung von Decken und Wänden, teilweise brachen Deckenteile aus Gipskartonplatten herunter. Nachdem der Beklagten im Juni 2008 der Schaden gemeldet worden war, erklärte sie im Juli 2008 die fristlose Kündigung des Vertrages und berief sich auf Leistungsfreiheit wegen Gefahrerhöhung, weil eine Anzeige der andauernden umfangreichen Umbaumaßnahmen und die beabsichtigte Nutzung als Bordell nicht erfolgt seien.

4 Das Landgericht Saarbrücken hat der Klage auf Feststellung der Verpflichtung zur Gewährung von Versicherungsschutz für den Leitungswasserschaden stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht Saarbrücken das Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

5 **Aus den Gründen:** III. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision i.S. von § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO liegen nicht vor und das Rechtsmittel hat auch keine Aussicht auf Erfolg.

6 1. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts in dem sehr sorgfältigen Urteil und der Revision kommt dem Verfahren keine grundsätzliche Bedeutung i.S. des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zu.

7 a) Diese ist gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO dann anzunehmen, wenn eine klärungsbedürftige und klärungsfähige Frage zu entscheiden ist, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einheitlicher Entwicklung und

Handhabung des Rechts berührt (BGH, Beschlüsse vom 8. Februar 2010 – II ZR 156/09, NJW-RR 2010, 978 Rn. 3; vom 27. März 2003 – V ZR 291/02, BGHZ 154, 288, 291; jeweils m.w.N.). Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage dann, wenn sie vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden ist und von einigen Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet wird oder in den beteiligten Verkehrskreisen umstritten ist oder wenn in der Literatur unterschiedliche Meinungen dazu vertreten werden (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2010 aaO; Senatsbeschluss vom 10. Dezember 2003 – IV ZR 319/02, VersR 2004, 225 unter 2 a und b; jeweils m.w.N.).

8 b) Danach ist eine grundsätzliche Bedeutung nicht ersichtlich. Es gibt zur Frage des Zeitpunkts des Vorliegens einer Gefährerhöhung keine divergierende Rechtsprechung und auch keine unterschiedlichen Literaturansichten, und zwar auch nicht im Zusammenhang mit einer geänderten Gebäudenutzung. Thematisiert wird diese Frage in der Literatur bisher insbesondere im Zusammenhang mit sogenannten Brandreden, Bombendrohungen und Erpressungen. Anerkannt ist, dass allein die Absichten des Versicherungsnehmers oder von Dritten regelmäßig nicht ausreichen, sondern von einer realen Gefährerhöhung nur dann gesprochen werden kann, wenn ein Umstand unter Berücksichtigung möglicher Kausalverläufe die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Versicherungsfalles ex ante steigert. Ein Beobachter, der die fraglichen Umstände kennt, muss allein aufgrund dieser Kenntnis eine Erhöhung der Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Versicherungsfalles feststellen können. Die Gefährerhöhung beginnt mit dem Anfang eines vorprogrammierten Geschehens, in dessen Verlauf es zu einer gefahrerhöhenden Bedrohung kommt (grundlegend Prölss, VersR 2004, 576, 577 f.; Prölss in Prölss/Martin, VVG 28. Aufl. § 23 Rn. 22; in ähnliche Richtung: MünchKomm-VVG/Wrabetz/Reusch, § 23 Rn. 184; Looschelders in Looschelders/Pohlmann, VVG § 23 Rn. 9 f.; Bruck/Möller/Matusche-Beckmann, VVG 9. Aufl. § 23 Rn. 6 ff.).

9 Es kommt mithin stets maßgeblich auf die Umstände des Einzelfalles an, wann sich die Absichten eines Versicherungsnehmers im Hinblick auf eine Gefährerhöhung derart verdichtet haben, dass ihre Umsetzung bereits begonnen hat. Die Ansicht des Berufungsgerichts, dass im vorliegenden Fall der Plan der Versicherungsnehmer durch die Beantragung der Nutzungsänderung bei der zuständigen Bauaufsichtsbehörde Ende Oktober 2007 sowie der Durchführung der Umbauarbeiten bereits in die Tat umgesetzt worden sei und zum Zeitpunkt des Schadenereignisses eine Gefährerhöhung vorgelegen habe, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Versicherungsnehmer hatten Fakten geschaffen, die nicht mehr nur im Bereich ihrer inneren Vorstellungen blieben, sondern nach außen hin sichtbar wurden und die Aufmerksamkeit Dritter auf sich ziehen konnten.

10 2. Es liegen auch keine revisionsrechtlich beachtlichen Fehler vor. Beweiserhebungen zur Frage der Gefährerhöhung durch einen Bordellbetrieb waren ebenso wenig notwendig wie zu der Frage, ob sich die beabsichtigte Nutzung als Bordell bereits herum gesprochen hatte.

11 a) Nach ständiger Senatsrechtsprechung soll durch die Bestimmungen der §§ 23 ff. VVG das Gleichgewicht zwischen Prämienaufkommen und Versicherungsleistung aufrechterhalten bleiben: Der Versicherer soll nicht gezwungen sein, sich an einem Versicherungsvertrag festhalten zu lassen, obwohl sich die Risikolage so geändert hat, dass nach den Erkenntnissen der Versicherungsmathematik und den Grundsätzen der Versicherungstechnik die Erhebung einer höheren Prämie geboten gewesen wäre. Von einer Gefährerhöhung kann demnach nur dann gesprochen werden, wenn nachträglich eine Gefahrenlage eingetreten ist, bei welcher der Versicherer den in Frage stehenden Versicherungsvertrag entweder überhaupt nicht oder jedenfalls nicht zu der vereinbarten Prämie abgeschlossen hätte. Es kommt nicht auf einzelne Gefahrumstände an, sondern darauf, wie sich die Gefahrenlage im Ganzen seit der Antragstellung entwickelt hat. Dabei sind alle aus dem Parteivortrag ersichtlichen gefahrerheblichen Tatsachen in Betracht zu ziehen

(BGHZ 79, 156, 158 m.w.N.; Senatsurteil vom 8. Juli 1987 – IVa ZR 19/86, VersR 1987, 921 unter 2). Dass eine geänderte Gebäudenutzung eine Gefährerhöhung darstellen kann, entspricht gefestigter Rechtsprechung und ganz herrschender Ansicht (BGH VersR 1966, 721; Loacker in Schwintowski/Brömmelmeyer, VVG 2. Aufl. § 23 Rn. 18). Ebenfalls ist es anerkannt, dass die Änderung der gewerblichen Nutzung von Räumlichkeiten zur Nutzung als Bordell anzeigenpflichtig ist. Die Anzeigenpflicht beruht auf der Annahme, dass mit dieser Nutzungsänderung eine Gefährerhöhung einhergeht, insbesondere wegen des damit oft verbundenen kriminellen Milieus (Senatsurteil vom 15. Januar 1989 – IVa ZR 333/87, VersR 1989, 398, 399; OLG Düsseldorf r+s 1996, 147; OLG Köln r+s 1991, 138; Langheid/Wandt, MünchKomm VVG 2010 § 19 Rn. 74; soweit Loacker aaO der Ansicht ist, dass dies die Richtigkeit der Hypothese voraussetze, dass es in Bordellbetrieben statistisch häufiger zu Bränden kommt, ist dies nicht maßgeblich, weil Versicherer dieses Risiko jedenfalls entweder gar nicht oder zu deutlich höheren Tarifen versichern).

12 b) Das Berufungsgericht konnte daher rechtsfehlerfrei ohne Beweiserhebung annehmen, dass die Nutzungsänderung eine Gefährerhöhung darstelle und die Beklagte bei Kenntnis der beabsichtigten Nutzungsänderung den Versicherungsvertrag gar nicht oder jedenfalls zu deutlich anderen Bedingungen abgeschlossen hätte. Die Beklagte hat glaubhaft vorgetragen, dass sie bei Kenntnis der Nutzung des Gebäudes als Bordell den Versicherungsvertrag überhaupt nicht abgeschlossen hätte. An der Plausibilität der Annahme von Versicherungsunternehmen, der Betrieb eines Bordells stelle aufgrund des damit oft verbundenen kriminellen Milieus eine Gefährerhöhung dar, hat sich auch nichts durch den Versuch des Gesetzgebers geändert, Prostitution zu entkriminalisieren. Das Berufungsgericht hat schließlich auch sämtliche Umstände gewürdigt. Eine Gefährerhöhung durch Vermietung zweier Kellerräume während der Zeit des Umbaus ist nicht erkennbar. Dieser Umstand hätte allenfalls Bedeutung erlangen können, soweit auf eine Gefährerhöhung durch den mehrere Monate andauernden Leerstand während des Umbaus abgestellt worden wäre, was das Berufungsgericht jedoch nicht getan hat.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

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

§ 91 ZPO

Prozesskosten; Kosten des Unterbevollmächtigten; auswärtiger Prozessbevollmächtigter; Reisekosten-Ersparnis; Betrachtung ex ante

Die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Unterbevollmächtigten, der für den auswärtigen Prozessbevollmächtigten beim Prozessgericht die Vertretung in der mündlichen Verhandlung wahrnimmt, richtet sich danach, ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftige Partei die kosten auslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte (Fortführung von BGH, Beschluss vom 16. Oktober 2002 – VIII ZB 30/02, WPM 2003, 1617).

(BGH, Beschluss vom 10. 7. 2012 – VIII ZB 106/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten im Kostenausgleichsverfahren nach § 106 ZPO darüber, ob der Kläger die Kosten seines Unterbevollmächtigten erstattet verlangen kann.

2 Der in Süddeutschland ansässige Kläger hat die Beklagte auf Zahlung des Kaufpreises für einen Pkw in Anspruch genommen. Er hat seinen ortsansässigen Prozessbevollmächtigten mit der gerichtlichen Vertretung beauftragt. Das zunächst angerufene Landgericht Ingolstadt hat den Rechtsstreit an das Landgericht Hamburg verwiesen, welches einen Termin zur Güterverhandlung und mündlichen Verhandlung auf den 3. Dezember 2010 anberaumt hat. Eine Anordnung zur Ladung von

Zeugen ist nicht erfolgt. Mit der Terminswahrnehmung hat der Kläger einen Rechtsanwalt aus Hamburg als Unterbevollmächtigten beauftragt.

3 Am 16. Februar 2011 hat das Landgericht festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Vergleich zustande gekommen ist. Dieser sieht vor, dass die Kosten des Rechtsstreits zu 5/7 von der Beklagten und zu 2/7 von dem Kläger getragen werden.

4 Im anschließenden Kostenausgleichsverfahren hat der Kläger unter anderem die Kosten des Unterbevollmächtigten in Höhe von 930,82 € geltend gemacht. Die fiktiven Kosten für eine Anreise seines Prozessbevollmächtigten zu dem Termin hat er mit 629,05 € beziffert. Das Landgericht Hamburg hat die von der Beklagten dem Kläger zu erstattenden Kosten auf 1640,33 € festgesetzt. Hierbei hat es die Kosten des Unterbevollmächtigten lediglich in Höhe der fiktiven Reisekosten der Prozessbevollmächtigten des Klägers berücksichtigt. Auf die sofortige Beschwerde des Klägers hat das Beschwerdegericht den Kostenfestsetzungsbeschluss abgeändert und die zu erstattenden Kosten auf 1685,27 € nebst Zinsen festgesetzt.

5 Mit der vom Beschwerdegericht [OLG Hamburg] zugelassenen Rechtsbeschwerde macht der Kläger weiter geltend, bei der Berechnung der zu erstattenden Kosten sei der Betrag in Höhe von 930,82 € für den Unterbevollmächtigten anzusetzen.

6 **Aus den Gründen:** II. Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 575 ZPO) hat Erfolg.

7 1. Die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Unterbevollmächtigten, der – wie hier – für den am Wohnort oder Geschäftsort der Partei ansässigen Rechtsanwalt Termine beim Prozessgericht wahrnimmt, richtet sich nach § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. Oktober 2002 – VIII ZB 30/02, WPM 2003, 1617 unter «B» II 2 a; vom 21. Dezember 2011 – I ZB 47/09, NJW-RR 2012, 381 Rn. 6 [= GuT 2012, 58 KL]; vom 9. September 2004 – I ZB 5/04, GRUR 2005, 84 unter II 2 a; vom 4. April 2006 – VI ZB 66/04, VersR 2006, 1089 Rn. 4) stellen die Kosten eines Unterbevollmächtigten dann notwendige Kosten der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung im Sinne von § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO dar, wenn durch die Tätigkeit des Unterbevollmächtigten erspart werden, die ansonsten bei der Wahrnehmung des Termins durch den Hauptbevollmächtigten entstanden wären.

8 2. Für die Vergleichsberechnung zwischen den fiktiven Reisekosten des Hauptbevollmächtigten und den durch die Beauftragung des Unterbevollmächtigten zur Terminvertretung entstandenen Kosten ist anders als das Beschwerdegericht meint nicht auf eine ex post-Betrachtung abzustellen. Maßgeblich ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vielmehr (BGH, Beschlüsse vom 16. Oktober 2002 – VIII ZB 30/02, aaO unter «B» II 2 b bb; vom 4. April 2006 – VI ZB 66/04, aaO Rn. 6), ob eine verständige und wirtschaftlich vernünftige Partei die kostenauslösende Maßnahme ex ante als sachdienlich ansehen durfte. Dabei darf die Partei ihr berechtigtes Interesse verfolgen und die zur vollen Wahrnehmung ihrer Belange erforderlichen Maßnahmen ergreifen. Sie trifft lediglich die Obliegenheit, unter mehreren gleichgearteten Maßnahmen die kostengünstigere auszuwählen.

9 Wenn die Partei prüft, ob sie einen Unterbevollmächtigten zur Terminswahrnehmung hinzuzieht, liegt dies auch im Interesse der erstattungspflichtigen Gegenpartei; denn die Beauftragung des Unterbevollmächtigten kann, etwa bei einem geringen Streitwert und einer erheblichen Entfernung zwischen dem Kanzleisitz des Hauptbevollmächtigten und dem Prozessgericht oder wenn mehrere Termine wahrzunehmen sind, kostengünstiger sein als die Terminswahrnehmung durch den Hauptbevollmächtigten (Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2002 – VIII ZB 30/02, aaO unter «B» II 2 a).

10 Bei der gebotenen ex ante-Beurteilung durfte der Kläger im Zeitpunkt der Beauftragung des Unterbevollmächtigten davon ausgehen, dass voraussichtlich mehrere Termine vor dem Prozessgericht in Hamburg wahrzunehmen sein würden. Das Landgericht Hamburg hatte zunächst nur Termin zur Güteverhandlung und mündlichen Verhandlung vor dem Einzelrichter ohne Ladung von Zeugen anberaumt, obgleich von beiden Parteien Zeugen zum Beweis ihrer – strittigen – Behauptungen benannt worden waren. Für die Anreise des Hauptprozessbevollmächtigten des Klägers zu zwei Terminen vor dem Landgericht Hamburg wären höhere Kosten entstanden als durch die Beauftragung des Unterbevollmächtigten.

11 3. Dem Kläger steht daher gegen die Beklagte ein Anspruch auf Erstattung weiterer Kosten seines Unterbevollmächtigten für die Wahrnehmung des Termins in Höhe von 170,61 € nebst Zinsen gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO entsprechend der im Vergleich getroffenen Kostenverteilungsquote zu.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 185 ZPO

Gewerbemiete; Mehrheit von Vermietern; Bordell in gemieteten Eigentumswohnungen; Räumungsklage; unzulässige öffentliche Zustellung im Erkenntnisverfahren; Vollmachtsmissbrauch des Wohnungsverwalters; Bruchteilsgemeinschaft

a) Im Erkenntnisverfahren darf eine öffentliche Zustellung nur angeordnet werden, wenn die begünstigte Partei alle der Sache nach geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen angestellt hat, um den Aufenthalt des Zustellungsadressaten zu ermitteln, und ihre ergebnislosen Bemühungen gegenüber dem Gericht dargelegt hat.

b) Allein die ergebnislose Anfrage beim Einwohnermeldeamt und dem Zustellungspostamt des letzten Wohnsitzes des Zustellungsadressaten genügt hierfür in der Regel nicht.

(BGH, Urteil vom 4. 7. 2012 – XII ZR 94/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger verlangt nach der Kündigung eines Mietvertrages von der Beklagten die Räumung und Herausgabe von gewerblich genutzten Räumen.

2 Der Kläger vermietete im August 2002 ein in seinem Eigentum stehendes Appartement an die Beklagte zur Nutzung als Wohnraum. Beim Abschluss des schriftlichen Mietvertrages wurde der Kläger durch die Streithelferin der Beklagten (nachfolgend: Streithelferin) vertreten, die mit der Verwaltung der Wohnung beauftragt war. Gleichzeitig mietete die Beklagte in dem Gebäude zwei angrenzende Wohnungen anderer Eigentümer an, wobei diese beim Vertragsschluss ebenfalls von der Streithelferin vertreten wurden. Die drei Wohnungen waren durch verschiedene bauliche Maßnahmen, insbesondere durch den Einbau einer gemeinsamen Eingangstür, zu einer räumlichen Einheit verbunden, in der die Beklagte ein Bordell betreibt.

3 Nachdem der Kläger Kenntnis von der tatsächlichen Nutzung des Appartements als Bordellbetrieb erfahren hatte, kündigte er im August 2008 das Mietverhältnis fristlos. Das Kündigungsschreiben wurde als Einschreiben mit Rückschein an die Adresse der Mietwohnung versandt und konnte der Beklagten dort auch zugestellt werden.

4 Nachdem die Räumungsklage der Beklagten unter dieser Adresse nicht zugestellt werden konnte, hat das Amtsgericht auf Antrag des Klägers die öffentliche Zustellung der Klage angeordnet und nach Ablauf der gesetzten Fristen im schriftlichen Vorverfahren antragsgemäß ein Versäumnisurteil gegen die Beklagte erlassen. Das Versäumnisurteil ist der Beklagten ebenfalls durch öffentliche Bekanntmachung am 2. März 2009 zugestellt worden.

5 Am 20. Mai 2009 hat die Beklagte gegen das Versäumnisurteil Einspruch eingelegt und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Einspruchsfrist beantragt.

6 Das Amtsgericht Chemnitz hat diesen Antrag zurückgewiesen und den Einspruch wegen Verfristung als unzulässig verworfen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landgericht Chemnitz das Versäumnisurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein erstinstanzliches Klagebegehren in vollem Umfang weiter.

7 **Aus den Gründen:** Die zulässige Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung des Rechtstreits an das Berufungsgericht.

8 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung ausgeführt, das Amtsgericht habe zu Unrecht den Einspruch der Beklagten gegen das Versäumnisurteil als unzulässig verworfen und den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen. Die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils wirke nicht gegen die Beklagte, so dass ihr Einspruch nicht verfristet sei. Die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung setze voraus, dass der Aufenthaltsort einer Person unbekannt und daher die Zustellung nicht möglich sei. An die Feststellung dieser Voraussetzungen seien durchweg hohe Anforderungen zu stellen, um das rechtliche Gehör zu gewährleisten. Eine Partei, die eine öffentliche Zustellung beantrage, habe daher darzutun und nachzuweisen, dass sie das Erforderliche und Mögliche zur Prüfung des unbekannteten Aufenthalts des Zustellungsadressaten getan habe.

9 Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Der Kläger habe lediglich eine Nachfrage beim Einwohnermeldeamt sowie eine Anschriftenprüfung durch die Deutsche Post AG veranlasst. Ihm seien jedoch weitere Nachforschungen unschwer möglich gewesen. So habe er bei der Streithelferin als Verwalterin der Wohnung nachfragen können, ob die Beklagte vor Ort aufhältlich sei. Solche Nachforschungen oder auch nur ein Anruf bei dem Bordell hätten zweifellos zur Klärung der Aufenthaltsfrage geführt.

10 Somit hätten die Voraussetzungen einer öffentlichen Bekanntmachung für das Amtsgericht erkennbar nicht vorgelegen. Die Zustellung sei zwar grundsätzlich wirksam; Rechtsmittelfristen würden durch sie jedoch nicht in Gang gesetzt. Daher sei der Einspruch der Beklagten nicht verfristet gewesen. Eine Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag sei nicht erforderlich gewesen.

11 Der Kläger könne allerdings nicht die Räumung und Herausgabe der Wohnung verlangen, weil er den Mietvertrag nicht ohne die Mitwirkung der Vermieter der beiden anderen Wohnungen habe kündigen können.

12 Da die drei Wohnungen baulich zu einer Einheit verbunden gewesen seien, die von der Beklagten insgesamt gewerblich genutzt werde, bestehe auf Vermieterseite eine Bruchteilsgemeinschaft gemäß § 741 BGB.

13 Grundsätzlich sei bei einer Mehrheit von Vermietern, die untereinander durch das Miteigentum an dem Mietgegenstand verbunden seien, davon auszugehen, dass eine Gemeinschaft im Sinne von § 741 BGB vorliege. Die Kündigung sei in einem solchen Fall wegen der Einheitlichkeit des Mietverhältnisses von allen Gemeinschaftern zu erklären. Ein solcher Fall sei vorliegend gegeben. Die Beklagte habe zwar drei Wohnraummietverträge mit verschiedenen Eigentümern, die jeweils durch die Streithelferin vertreten worden seien, abgeschlossen. Diese Wohnraummietverträge seien jedoch als Scheingeschäfte gemäß § 117 Abs. 1 BGB unwirksam. Tatsächlich sei von der Beklagten und der Streithelferin als Vertreterin der Eigentümer der Abschluss eines gewerblichen Mietvertrages für ein einheitliches Objekt, bestehend aus den drei Wohnungen, beabsichtigt gewesen. Dies ergebe sich aus den bei dem durchgeführten Ortsstermin getroffenen Feststellungen. Die drei Wohnungen seien durch bauliche Veränderungen zu einer Einheit verbunden gewesen. Schon vor der Anmietung der Wohnungen durch die Beklagte sei in den gesamten Räumlichkeiten ein „Studio“ betrieben worden. Aus Sicht der Streithelferin und der Beklagten

habe daher beim Vertragsschluss die Vorstellung bestanden, dass das Objekt als Einheit angemietet werde und auch nur einheitlich gekündigt werden könne. Dieses Vorstellungsbild der Streithelferin müsse sich der Kläger nach § 166 Abs. 1 BGB zurechnen lassen. Die Voraussetzungen für ein kollusives Zusammenwirken der Beklagten und der Streithelferin zum Nachteil des Klägers seien nicht erfüllt.

14 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht in allen Punkten stand.

15 1. Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings eine Sachentscheidung über die mit dem Einspruch erhobenen Einwände der Beklagten getroffen, ohne über den Wiedereinsetzungsantrag der Beklagten gegen die Versäumung der Einspruchsfrist zu entscheiden. Denn das am 2. März 2009 öffentlich zugestellte Versäumnisurteil, gegen das die Beklagte erst am 20. Mai 2009 Einspruch eingelegt hat, war nicht rechtskräftig geworden. Durch die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils wurde die Einspruchsfrist (§ 339 Abs. 2 ZPO) nicht in Gang gesetzt, weil die gesetzlichen Voraussetzungen (§ 185 Nr. 1 ZPO) für eine öffentliche Zustellung erkennbar nicht vorgelegen haben (vgl. BGHZ 149, 311 = NJW 2002, 827, 830).

16 a) Nach § 185 Nr. 1 ZPO kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, wenn der Aufenthaltsort einer Person unbekannt und eine Zustellung an einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten nicht möglich ist. Unbekannt ist der Aufenthalt einer Person nur dann, wenn nicht nur das Gericht, sondern auch die Allgemeinheit den Aufenthalt des Zustellungsadressaten nicht kennt (BGHZ 149, 311 = NJW 2002, 827, 828). Dabei ist es zunächst Sache der Partei, die durch die Zustellung begünstigt wird, alle geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen anzustellen, um den Aufenthalt des Zustellungsempfängers zu ermitteln und ihre ergebnislosen Bemühungen gegenüber dem Gericht darzulegen. Dies gilt auch, wenn die Zustellung von Amts wegen vorzunehmen ist (MünchKommZPO/Häublein 3. Aufl. § 185 Rn. 6).

17 b) In welchem Umfang die Partei Nachforschungen zum Aufenthalt des Zustellungsadressaten anzustellen hat, wird in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beurteilt. Vereinzelt wird es für ausreichend angesehen, wenn die Partei ergebnislos beim Einwohnermeldeamt und dem Zustellungspostamt des letzten Wohnsitzes des Zustellungsadressaten angefragt hat (vgl. OLG Naumburg NJW-RR 2001, 1148 f.; Thomas/Putzo/Hüßtege ZPO 33. Aufl. § 185 Rn. 7). Wegen der besonderen Bedeutung der Zustellung für die Gewährung rechtlichen Gehörs sind jedoch an die Feststellung, dass der Aufenthalt des Zustellungsadressaten unbekannt ist, im Erkenntnisverfahren hohe Anforderungen zu stellen (vgl. BGH Urteil vom 14. Februar 2003 – IXa ZB 56/03 – NJW 2003, 1530 f. unter ausdrücklicher Abgrenzung zum Vollstreckungsverfahren; vgl. auch Zöller/Stöber ZPO 29. Aufl. § 185 Rn. 2; Dornhöfer in BeckOK ZPO <Stand: April 2012> § 185 Rn. 2). Die überwiegende Auffassung in der Rechtsprechung und im Schrifttum verlangt deshalb zu Recht, dass die begünstigte Partei alle der Sache nach geeigneten und ihr zumutbaren Nachforschungen anstellt, um den Aufenthalt des Zustellungsadressaten zu ermitteln. Die begünstigte Partei ist daher beispielsweise auch gehalten, durch persönliche Nachfragen beim ehemaligen Arbeitgeber, bei dem letzten Vermieter oder bei Hausgenossen und Verwandten des Zustellungsadressaten dessen Aufenthalt zu ermitteln (vgl. OLG Köln Urteil vom 16. Februar 2011 – 11 U 183/10 – juris Rn. 8; OLG Frankfurt MDR 1999, 1402; OLG Zweibrücken FamRZ 1983, 630; MünchKommZPO/Häublein 3. Aufl. § 185 Rn. 2; Zöller/Stöber ZPO 29. Aufl. § 185 Rn. 2; Musielak/Wittschler ZPO 9. Aufl. § 185 Rn. 2). Die vorgenommenen Nachforschungen und deren Ergebnis muss die begünstigte Partei gegenüber dem Gericht darlegen. Hat das Gericht Zweifel an der Darstellung der Partei, ist es, sofern die Zustellung von Amts wegen vorzunehmen ist, auch zu eigenen Überprüfungen verpflichtet (MünchKommZPO/Häublein 3. Aufl. § 185 Rn. 7).

18 c) Auf dieser rechtlichen Grundlage durfte sich das Amtsgericht für die Anordnung der öffentlichen Zustellung des Versäumnisurteils nicht mit den vom Kläger vorgelegten Unterlagen begnügen und hätte die öffentliche Zustellung des Versäumnisurteils ablehnen müssen. Das Berufungsgericht weist insoweit zutreffend darauf hin, dass dem Kläger weitere geeignete Maßnahmen zur Ermittlung des Aufenthaltsorts der Beklagten zur Verfügung standen, die er ungenutzt ließ. Naheliegender wäre gewesen, dass sich der Kläger zunächst mit der Streithelferin als Verwalterin der Eigentumswohnanlage in Verbindung setzt und dort nachfragt, ob ihr der Aufenthalt der Beklagten bekannt ist. Da dem Kläger zum Zeitpunkt der Klageerhebung bereits bekannt war, dass die Beklagte in der Wohnung ein Bordell betreibt, war ihm auch zuzumuten, sich unmittelbar telefonisch oder schriftlich an das in der Wohnung betriebene Bordell zu wenden, um dort Erkenntnisse über den Aufenthaltsort der Beklagten zu erhalten. Dazu bestand auch deshalb Anlass, weil dem Kläger bekannt war, dass zuvor die Kündigung des Mietvertrages unter dieser Anschrift an die Beklagte zugestellt werden konnte.

19 d) Eine unter Verstoß gegen § 185 ZPO angeordnete öffentliche Zustellung löst nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Zustellungsfiktion des § 188 ZPO nicht aus und setzt damit keine Frist in Lauf (BGHZ 149, 311, 321 = NJW 2002, 827, 830; BGH Urteil vom 6. Oktober 2006 – V ZR 282/05 – NJW 2007, 303 Rn. 12). Das gilt jedenfalls dann, wenn die öffentliche Zustellung bei sorgfältiger Prüfung der Unterlagen nicht hätte angeordnet werden dürfen, deren Fehlerhaftigkeit für das Gericht also erkennbar war (BGHZ 149, 311, 323 = NJW 2002, 827, 830). In einem solchen Fall, von dem das Berufungsgericht hier ausgeht, kommt das Verfahren nicht zum Abschluss. Es ist bei Entdeckung des Fehlers fortzusetzen, ohne dass es dazu einer Wiedereinsetzung bedarf (BGHZ 149, 311, 322 = NJW 2002, 827, 831; BGH Urteil vom 6. Oktober 2006 – V ZR 282/05 – NJW 2007, 303 Rn. 12).

20 2. Soweit das Berufungsgericht dagegen die vom Kläger erklärte Kündigung mit der Begründung für unwirksam hält, dieser bilde zusammen mit den Eigentümern der beiden anderen Wohnungen eine Bruchteilsgemeinschaft und habe daher die Kündigung des Mietverhältnisses nicht allein erklären können, sind die Erwägungen nicht frei von Rechtsirrtum. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen tragen die Annahme, dass zwischen dem Kläger und den Eigentümern der beiden anderen Wohnungen eine Bruchteilsgemeinschaft besteht, nicht.

21 a) Zwar geht das Berufungsgericht im Ansatz zutreffend davon aus, dass eine Mehrheit von Vermietern, die Miteigentümer des vermieteten Gegenstandes sind, eine Bruchteilsgemeinschaft nach § 741 BGB bilden, wenn sie keinen weiteren gemeinsamen Zweck verfolgen, ihr Interesse sich mithin allein am Miteigentum an dem vermieteten Gegenstand erschöpft (vgl. Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 10. Aufl. vor § 535 BGB Rn. 269). Dass an den Mietwohnungen Miteigentum der drei Vermieter besteht, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es führt in der angegriffenen Entscheidung vielmehr selbst aus, dass die an die Beklagte vermieteten Wohnungen jeweils im Alleineigentum der Vermieter stehen. Da die Eigentumsverhältnisse an den Wohnungen weder durch die rein tatsächlichen baulichen Veränderungen noch durch die Vermietung der drei Wohnungen an dieselbe Mieterin verändert werden, kann unter diesem Gesichtspunkt nicht auf das Vorliegen einer Bruchteilsgemeinschaft geschlossen werden.

22 b) Eine Bruchteilsgemeinschaft kann jedoch auch rechtsgeschäftlich begründet werden (Palandt/Sprau BGB 71. Aufl. § 741 Rn. 2). Dies ist der Fall, wenn ein Recht durch Rechtsgeschäft als gemeinschaftliches begründet wird (MünchKommBGB/K. Schmidt 5. Aufl. § 741 Rn. 30). Deshalb führt die rechtsgeschäftliche Begründung einer gemeinschaftlichen Forderung zur Entstehung einer Bruchteilsgemeinschaft, wenn die Beteiligten keinen weiteren gemeinsamen Zweck verfolgen (MünchKommBGB/K. Schmidt 5. Aufl. § 741 Rn. 30). Ob

eine rechtsgeschäftlich begründete Bruchteilsgemeinschaft nur an einzelnen Rechten und Forderungen oder auch an einem Rechtsverhältnis – z. B. einem Mietverhältnis – bestehen kann, ist allerdings umstritten (vgl. MünchKommBGB/K. Schmidt 5. Aufl. § 741 Rn. 18 mwN). Diese Frage kann im vorliegenden Fall jedoch dahingestellt bleiben.

23 c) Voraussetzung für die rechtsgeschäftliche Begründung einer Bruchteilsgemeinschaft ist stets, dass die Beteiligten gemeinsam gehandelt haben oder wirksam vertreten wurden (Gehrlein in BeckOK/BGB <Stand: 1. Mai 2012> § 741 Rn. 7). Hierzu verhält sich das Berufungsurteil nicht. Das Berufungsgericht hat die Frage der wirksamen Vertretung des Klägers nur unter dem Gesichtspunkt des Vollmachtsmissbrauchs behandelt und einen solchen verneint, da ein Zusammenwirken der Beklagten und der Streithelferin zum Nachteil des Klägers nicht erkennbar sei. Auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung, die Streithelferin habe als Stellvertreterin des Klägers einen einheitlichen Mietvertrag über alle drei Wohnungen abgeschlossen, hätte das Berufungsgericht zunächst prüfen müssen, ob die Streithelferin beim Abschluss des Mietvertrages die Grenzen einer ihr erteilten Vollmacht überschritten und damit insoweit als Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 177 BGB) gehandelt hat.

24 aa) Ein Vollmachtsmissbrauch liegt vor, wenn sich ein Vertreter bei seinem rechtsgeschäftlichen Handeln im Außenverhältnis zwar im Rahmen der ihm erteilten Vertretungsmacht bewegt, dabei jedoch nicht die ihm im Innenverhältnis zum Vertretenen für ihre Ausübung gezogenen Grenzen beachtet (MünchKommBGB/Schramm 6. Aufl. § 164 Rn. 106). Die Prüfung eines Vollmachtsmissbrauchs setzt daher voraus, dass das abgeschlossene Rechtsgeschäft grundsätzlich von der erteilten Vollmacht erfasst wird. Überschreitet ein Vertreter dagegen die ihm im Außenverhältnis gesetzten Grenzen der erteilten Vollmacht, handelt er insoweit als Vertreter ohne Vertretungsmacht und die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hängt von der Genehmigung durch den Vertretenen ab (§ 177 Abs. 1 BGB).

25 bb) Im vorliegenden Fall war die Streithelferin vom Kläger mit der Verwaltung seiner Eigentumswohnung beauftragt. Inwieweit sie in dieser Funktion überhaupt berechtigt war, für den Kläger Mietverträge abzuschließen, ergibt sich aus den getroffenen Feststellungen nicht. Das Berufungsgericht geht zwar offensichtlich von der Annahme aus, dass die Streithelferin vom Kläger bevollmächtigt war, für eine Vermietung der Wohnung Sorge zu tragen und in seinem Namen entsprechende Mietverträge abzuschließen. Aber auch dann kann nicht ohne genauere Prüfung davon ausgegangen werden, dass die Streithelferin zu einer Vermietung der Wohnung zur gewerblichen Nutzung – gar zur Nutzung als Bordell – oder dazu bevollmächtigt war, Verträge abzuschließen, die den Kläger zu einem Mitglied einer Bruchteilsgemeinschaft werden lassen.

26 cc) Die Annahme einer Bruchteilsgemeinschaft hätte nicht nur zur Folge, dass der Kläger den Mietvertrag ohne die Mitwirkung der beiden anderen Wohnungseigentümer nicht kündigen könnte (vgl. hierzu Senatsurteil vom 20. Oktober 2010 – XII ZR 25/09 – NJW 2011, 61 [= GuT 2010, 360] Rn. 20 mwN). Der Kläger würde auch in anderen Belangen erheblich in seinen Rechten beschränkt. Insbesondere könnte der Kläger von der Beklagten nicht mehr unmittelbar die Zahlung der Miete fordern. Der Grundsatz der gemeinsamen Verwaltung (§§ 744, 745 BGB) schließt die Anwendung des § 420 BGB auf Forderungen der Gemeinschaft gegen einen Mieter aus; die Forderungen sind auf eine im Rechtssinne unteilbare Leistung (§ 432 BGB) gerichtet (BGH Urteil vom 28. Mai 2005 – VIII ZR 399/03 – NJW 2005, 3781, 3782 [= WuM 2005, 790]). Dem Kläger stünde daher nur ein Anspruch auf einen entsprechenden Teil des Ertrages aus dem gesamten Mietverhältnis zu, der sich ausschließlich gegen die anderen Teilhaber richtet (vgl. BGH Urteil vom 29. Januar 1969 – VIII ZR 20/67 – NJW 1969, 839). Auch sonstige Verwaltungsmaßnahmen wie Reparaturarbeiten, Modernisierungsmaßnahmen und ähnliches wären gemäß §§ 744, 745 BGB ohne die Mitwirkung der beiden ande-

ren Wohnungseigentümer nicht mehr möglich. Zudem wäre der Kläger gemäß § 748 BGB entsprechend seinem Anteil an den Lasten und Kosten beteiligt, die durch die Nutzung und Verwaltung der beiden anderen Wohnungen anfallen.

27 d) Das Berufungsgericht hat zum Umfang der Vollmacht der Streithelferin keine Feststellungen getroffen. Die bei dem im Berufungsverfahren durchgeführten Ortstermin gewonnenen Erkenntnisse über den tatsächlichen baulichen Zustand der drei Wohnungen lassen keine zwingenden Rückschlüsse auf den Inhalt der getroffenen Vereinbarungen oder den Umfang der der Streithelferin erteilten Vollmacht zu. Die von der Beklagten beabsichtigte Nutzung der Räumlichkeiten zum Betrieb eines Bordells verlangt auch nicht notwendig die Annahme eines einheitlichen Mietverhältnisses mit allen drei Wohnungseigentümern. Dies mag zwar für die Beklagte vorteilhaft und auch von der Streithelferin intendiert worden sein. Feststellungen, inwieweit die Vollmacht der Streithelferin reicht, werden hierdurch jedoch nicht entbehrlich.

28 3. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Auf die Revision ist es aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil weitere Feststellungen, insbesondere zum Umfang der der Streithelferin erteilten Vollmacht, zu treffen sind. Das Verfahren ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 233 ZPO

Prozessrecht; Geschäftsraummietsache; Schriftsatzkontrollen des Rechtsanwalts bei qualifizierten Mitarbeitern

Ein Rechtsanwalt ist zur gesonderten Überprüfung der weisungsgemäßen Erstellung, Vorlage und Absendung eines fristgebundenen Schriftsatzes durch qualifizierte Mitarbeiter nur verpflichtet, wenn ihm aufgrund der ihm bekannten Umstände ein von diesen begangener Fehler offenbar wird.

(BGH, Beschluss vom 12. 9. 2012 – XII ZB 528/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über Ansprüche aus einem Geschäftsraummietverhältnis. Die Beklagte ist durch Urteil des Landgerichts Osnabrück unter anderem zur Räumung verurteilt worden. Dagegen hat sie rechtzeitig Berufung eingelegt, die mit dem 24. Mai 2011 ablaufende Frist zur Berufungsbegründung hingegen versäumt.

2 Die Beklagte hat Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und dies damit begründet, ihr Prozessbevollmächtigter habe an einem zunächst erstellten Entwurf der Berufungsbegründung am 23. Mai 2011 noch eigenhändig am PC eine Ergänzung vorgenommen. Anschließend habe er eine Mitarbeiterin angewiesen, die Berufungsbegründung „auszufertigen“, d.h. die Datei in dreifacher Ausfertigung auszudrucken und zur Unterschrift vorzulegen, und mit der zur Einsicht überlassenen Gerichtsakte an das Gericht abzusenden. Das Anschreiben vom 23. Mai 2011, mit dem die Akte zurückgesandt wurde, sei am Nachmittag gefertigt und ihm nach Rückkehr von Mandantengesprächen am Abend des 23. Mai 2011 zur Unterschrift vorgelegt worden. Er sei davon ausgegangen, dass die Berufungsbegründung bereits versandt gewesen und die Unterschrift von seinem Vertreter geleistet worden sei. Entgegen seiner Anweisung sei die Berufungsbegründung hingegen nicht ausgefertigt worden. Vielmehr sei nur die Gerichtsakte mit einem Anschreiben am 24. Mai 2011 eingereicht worden. Seine Mitarbeiterin habe die Berufungsbegründungsfrist aufgrund des Eingangsstempels „24. 5. 2011“ auf dem Aktenrücksendungsschreiben am selben Tag gelöscht.

3 Das Oberlandesgericht Oldenburg hat den Antrag der Beklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückgewiesen und die Berufung als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Beklagten.

4 **Aus den Gründen:** II. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß §§ 238 Abs. 2, 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO statthaft und auch im Übrigen gemäß § 574 Abs. 2 ZPO zulässig und begründet. Die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts. Das Beschwerdegericht hat durch seine Entscheidung das Verfahrensgrundrecht des Antragstellers auf Gewährung wirkungsvollen Rechtsschutzes (Art. 2 Abs. 1 GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip) verletzt, welches es den Gerichten verbietet, den Parteien den Zugang zu einer in der Verfahrensordnung eingeräumten Instanz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise zu erschweren (Senatsbeschluss vom 2. April 2008 – XII ZB 189/07 – FamRZ 2008, 1338 Rn. 8 mwN).

5 1. Nach der Auffassung des Oberlandesgerichts schließt der beschriebene Ablauf ein Verschulden des Prozessbevollmächtigten der Beklagten nicht aus. Denn er habe sich angesichts der Eilbedürftigkeit der Sache vergewissern müssen, dass die Berufungsbegründung tatsächlich ausgefertigt und unterschrieben worden sei. Ihm habe bei der Vorlage des Anschreibens bewusst sein müssen, dass er die Berufungsbegründung noch nicht unterschrieben habe. Wenn die Mitarbeiterin tatsächlich auch die Berufungsbegründung ausgefertigt hätte, hätte es nahe gelegen, dass beides zeitgleich zur Unterschrift vorgelegt worden wäre. Da dem nicht so gewesen sei, habe er sich vergewissern müssen, dass die Berufungsbegründung tatsächlich ausgefertigt und von seinem Kollegen unterschrieben worden sei.

6 2. Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

7 a) Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten war zunächst nicht gehalten, die Ausführung der von ihm erteilten Weisung, die Berufungsbegründung auszufertigen, zu überprüfen oder die Ausführung durch organisatorische Vorkehrungen zu sichern. Denn es handelte sich um eine Anweisung im Rahmen der Anfertigung fristgebundener Schriftsätze, deren Ausführung von der allgemeinen Fristen- und Ausgangskontrolle umfasst wird. Anders als die mündliche Anweisung zur Eintragung einer Rechtsmittel- oder Rechtsmittelbegründungsfrist wies die Weisung keine besondere Schwierigkeit auf und bedurfte die Ausführung der Weisung keiner besonderen Kontrolle.

8 b) Auch aufgrund der Vorlage des Anschreibens zur Rücksendung der Akten trafen den Prozessbevollmächtigten der Beklagten keine weiteren Überprüfungspflichten.

9 aa) Zwar ist nach der Rechtsprechung des Senats vom Rechtsanwalt regelmäßig zu überprüfen, ob die Rechtsmittel- und Rechtsmittelbegründungsfrist korrekt eingetragen sind, wenn ihm die Akten im Zusammenhang mit einer fristgebundenen Prozesshandlung vorgelegt werden (vgl. Senatsbeschluss vom 1. Dezember 2004 – XII ZB 164/03 – FamRZ 2005, 435; vom 19. Oktober 2011 – XII ZB 250/11 – FamRZ 2012, 106 Rn. 9 und vom 2. November 2011 – XII ZB 317/11 – FamRZ 2012, 108 Rn. 11). Daran mangelte es indessen im vorliegenden Fall nicht, weil die Frist zur Berufungsbegründung zutreffend eingetragen war.

10 bb) Die Fristen- und Ausgangskontrolle darf ein Rechtsanwalt in zulässiger Weise seinen Büroangestellten übertragen (Musielak/Grandel ZPO 9. Aufl. § 233 Rn. 22 mwN). Der Rechtsanwalt genügt in diesem Fall seinen Pflichten, indem er eine fachlich einwandfreie Kanzleiorganisation sicherstellt und seine mit der Fristen- und Ausgangskontrolle betrauten Angestellten sorgfältig aussucht und etwa durch Stichproben kontrolliert. Wird er diesen Anforderungen gerecht, so ist es ihm nicht als eigenes Verschulden anzulasten, wenn seine Angestellten im Einzelfall die Fristen- oder die Ausgangskontrolle nicht oder nicht sorgfältig durchführen (vgl. Senatsbeschluss vom 22. April 2009 – XII ZB 167/08 – NJW-RR 2009, 937 Rn. 15).

11 Allerdings können besondere Umstände dem Rechtsanwalt Veranlassung dazu geben, die Einhaltung von Fristen und den Postausgang selbst zu kontrollieren, wenn ihm diesbezügliche Fehler seiner Angestellten offenbar werden (vgl. Senats-

beschluss vom 13. November 2002 – XII ZB 104/01 NJW-RR 2003, 490 betreffend den Postausgang). Eine derartige besondere Überprüfungsfrist bleibt aber auf den Fall beschränkt, dass dem Rechtsanwalt ein Versäumnis seiner Angestellten offenbar wird. Zu einer allgemeinen Überwachung seiner Angestellten darauf, ob seine Anweisungen ausgeführt werden, ist der Rechtsanwalt dagegen nicht verpflichtet (Musielak/Grandel ZPO 9. Aufl. § 233 Rn. 22 mwN).

12 cc) Nach den aufgeführten Grundsätzen trifft den Prozessbevollmächtigten der Beklagten kein Verschulden an der Versäumung der Berufungsbegründungsfrist.

13 Nach dem vom Oberlandesgericht als glaubhaft gemacht zugrunde gelegten Sachverhalt konnte der Prozessbevollmächtigte sich entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts auf die allgemeinen Kontrollmechanismen verlassen, dass eine nicht unterschriebene und abgesandte Berufungsbegründung bei der Fristenüberwachung aufgefallen und die Löschung der Frist dann unterblieben wäre. Aus der alleinigen Vorlage des Anschreibens betreffend die Aktenrücksendung musste er nicht den Schluss ziehen, dass die Berufungsbegründung nicht ausgefertigt und abgesendet worden war. Vielmehr konnte er davon ausgehen, dass die Berufungsbegründung während seiner mehrstündigen Abwesenheit ausgefertigt und dabei von seinem Vertreter im Dezernat unterschrieben worden war. Auch wenn ihm eine isolierte Vorlage des Anschreibens möglicherweise Anlass für eine Rückfrage hätte geben können, war damit jedenfalls ein Fehler der Angestellten für den Prozessbevollmächtigten noch nicht offenbar. Da sich die von ihm erteilte Weisung nach der Glaubhaftmachung allgemein auf die Ausfertigung der Berufungsbegründungsschrift bezog, hätte sie im Übrigen auch in der Weise ausgeführt werden können, dass während seiner Abwesenheit sein Vertreter im Dezernat die Unterschrift leistete. Den Prozessbevollmächtigten traf auch keine weitere Pflicht zur Nachforschung, so dass ihm ein Verschulden an der Fristversäumung nicht vorzuwerfen ist. Vielmehr konnte er sich auf die allgemeine Fristenüberwachung verlassen, die das Versäumnis hätte aufzeigen müssen. Dass seine Mitarbeiterin die Frist zu Unrecht als erledigt gestrichen hat, ist ihm nicht als Verschulden zuzurechnen.

14 c) Der angefochtene Beschluss ist demnach aufzuheben. Der Senat kann hinsichtlich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abschließend entscheiden, weil dazu keine weiteren Tatsachenfeststellungen erforderlich sind. Zur Entscheidung über die Berufung ist das Verfahren an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Art. 103 GG; § 535 BGB
Gewerbemiete; Bauarbeiten des Vermieters;
Schäden an Sachen des Mieters; Substantiierungspflicht;
Beweisaufnahme; rechtliches Gehör

Eine Beweisaufnahme zu einem bestrittenen erheblichen Vorbringen (hier: Schäden an Telefonanlage und Warenlager durch Bauarbeiten des Vermieters der Räume) darf nicht abgelehnt werden, wenn die Behauptung konkret genug ist, um eine Stellungnahme des Gegners zu ermöglichen.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 1. 8. 2012 – XII ZR 87/11)

1 **Aus den Gründen:** Die Nichtzulassungsbeschwerde ist teilweise begründet und führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO insoweit zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht [OLG Köln].

2 I. Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

3 1. Es hat den von den Beklagten mit der Hilfsaufrechnung geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen einer Be-

schädigung der Telefonanlage durch die Bauarbeiten abgelehnt, weil die Beklagten den ihnen obliegenden Beweis dafür, dass die Bauarbeiten ursächlich für die Beschädigung gewesen seien, nicht geführt hätten.

4 Das Berufungsgericht hat die Annahme des Privatgutachters, die Zerstörung der Stromversorgung in der Telefonanlage sei durch eine Überspannung verursacht worden, die auf die erheblichen Bauarbeiten in unmittelbarer Nähe der Telefonanlage zurückzuführen sei, als bloße Spekulation bewertet. Den von den Beklagten für ihre Behauptung darüber hinaus angebotenen Zeugen- und Sachverständigenbeweis hat es nicht erhoben, weil das Haus und die Telefonanlage für eine Begutachtung nicht mehr zur Verfügung stünden und die Beklagten den Beweis deshalb nicht führen könnten. Damit lässt das Berufungsgericht entscheidungserheblichen unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten außer Acht. Denn es ist nicht auszuschließen, dass ein Sachverständiger auf der Grundlage der von dem Privatgutachter festgestellten Schäden der Telefonanlage und aufgrund der Aussagen der von den Beklagten benannten Zeugen zu den Bauarbeiten und dem zeitlichen Zusammenhang mit dem Ausfall der Telefonanlage beurteilen kann, ob die Schäden der Telefonanlage auf die Bauarbeiten zurückzuführen sind. Für etwaige andere Schadensursachen ist nichts ersichtlich, insbesondere haben die Kläger solche nicht vorgetragen. Von der Einholung eines Sachverständigengutachtens darf jedoch nur dann abgesehen werden, wenn auszuschließen ist, dass damit der erforderliche Beweis geführt werden kann (BGH Urteil vom 3. Juni 2008 – VI ZR 235/07 – NJW-RR 2008, 1380).

5 Die unter Beweis gestellte Ursächlichkeit der Bauarbeiten für die Beschädigungen der Telefonanlage ist auch entscheidungserheblich. Entgegen der Ansicht der Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung fehlt es nicht bereits an dem für eine Haftung der Kläger erforderlichen Verschulden.

6 Die Kläger waren als Vermieter verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die mit ihrem Einverständnis von der H. GmbH mit den Bauarbeiten betrauten Personen ihrer Mieterin, der Beklagten zu 1, keinen Schaden zufügen. Da hier nach der Behauptung der Beklagten die Schadensursache aus dem Herrschafts- und Einflussbereich der Kläger herrührt, liegt die Beweislast dafür, dass die Kläger kein Verschulden trifft, bei diesen (Senatsurteile vom 22. Oktober 2008 – XII ZR 148/06 – NJW 2009, 142 f. [= GuT 2008, 434] und vom 1. März 2000 – XII ZR 272/97 – NJW 2000, 2344, 2345; BGH Urteil vom 16. Oktober 1963 – VIII ZR 28/62 – NJW 1964, 33, 35 f.).

7 Das Berufungsgericht hätte somit den angebotenen Sachverständigenbeweis erheben und die zum Beweis für die im Zusammenhang mit den Bauarbeiten aufgetretene Beschädigung der Telefonanlage angebotenen Zeugen hören müssen.

8 2. Auch die Annahme des Berufungsgerichts, eine Aufrechnung mit dem geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen Zerstörung von Spirituosen scheide aus, weil der Vortrag der Beklagten zu der Beschädigung und zu dem eingetretenen Schaden nicht ausreichend substantiiert sei, verletzt den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör. Das Berufungsgericht meint, die Beklagten hätten darlegen müssen, an welchem Tag im August 2009 und genauer durch welche Arbeiten und Mitarbeiter der H. P. GmbH die Flaschen beschädigt worden seien.

9 Damit hat das Berufungsgericht die Anforderungen an die Substantiierungspflicht überspannt.

10 Ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs ist schlüssig, wenn der Anspruchsteller Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in der Person des Anspruchstellers entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nur dann erforderlich, wenn diese für die Rechtsfolgen von Bedeutung sind. Das Gericht muss in der Lage sein, aufgrund des tatsächlichen Vorbringens zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Anspruchs vorliegen. Eine Beweisaufnahme zu einem bestrittenen erheblichen Vorbringen darf nicht abgelehnt werden, wenn

die Behauptung konkret genug ist, um eine Stellungnahme des Gegners zu ermöglichen und die Erheblichkeit des Vorbringens zu beurteilen (BGH Urteil vom 20. September 2002 – V ZR 170/01 – NJW-RR 2003, 69 f. mwN).

11 Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe haben die Beklagten die Schadensursache und den Schaden hinreichend substantiiert dargetan. Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch ist, dass die im Einverständnis mit den Klägern tätigen Bauarbeiter bei Bohrarbeiten im Keller irrtümlich eine Bohrung durch die Wand in das Kühlhaus vorgenommen haben, wobei ein mit Spirituosen bestücktes Regal umgestürzt ist und die gesamten Spirituosen vernichtet worden sind. An welchem Tag im August 2009 dies geschehen ist und welche mit Zustimmung der Kläger von der H. GmbH beauftragten Arbeiter die Fehlbohrung durchgeführt haben, ist für das Entstehen des Anspruchs ohne Bedeutung. Diese Angaben waren auch nicht erforderlich, um eine Stellungnahme der Kläger zu ermöglichen. Hier konnten die Kläger sich über ihre Vertragspartnerin, die H. GmbH, der sie die Bauarbeiten im Keller gestattet haben, Kenntnis davon verschaffen, ob es im August 2009 zu dem von den Beklagten behaupteten Vorfall gekommen ist. Die Beklagten haben die Arbeiten, durch die der Schaden entstanden ist, benannt. Sie haben dargelegt, dass bei Bohrarbeiten eine Wand des Kühlhauses durchbohrt wurde und dadurch ein mit im Einzelnen beschriebenen Spirituosen bestücktes Regal umgestürzt sei.

12 Der Vortrag der Beklagten ist folglich schlüssig. Das Berufungsgericht hätte deshalb die von den Beklagten zum Beweis für die Schadensursache und den Schaden angebotenen Zeugen vernehmen müssen.

13 3. Die Gehörsrügen haben danach bis zur Höhe der zulässigen Aufrechnung von 3270 € Erfolg, soweit die Beklagten Schadensersatz wegen der Beschädigung der Telefonanlage (1794,79 €), Ersatz der Kosten für die Einholung des Privatgutachtens (1091,67 €) und Schadensersatz für die Zerstörung der Spirituosen (3210,50 €) verlangen. Das Berufungsgericht ist daher in Höhe der Klagforderung von 3270 € nebst den vom Berufungsgericht zuerkannten Zinsen aus 1635 € ab dem 21. Mai 2009 und aus weiteren 1635 € ab dem 27. August 2009 aufzuheben. Insoweit ist der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zur Erhebung der angebotenen Beweise zurückzuverweisen.

14 4. Im Übrigen ist die Nichtzulassungsbeschwerde zurückzuweisen, weil ein Zulassungsgrund (§ 543 Abs. 2 ZPO) nicht vorliegt. Der Rechtsstreit der Parteien hat insoweit weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert er eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Von einer näheren Begründung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 286 ZPO

Beweisvereitelung; Schadensersatzanspruch wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs; erneute Vernehmung eines Zeugen in der Berufungsinstanz; Wohnraummiete

a) Die ohne triftigen Grund erfolgte Weigerung der nicht beweispflichtigen Partei, einen nur ihr bekannten Zeugen namhaft zu machen, kann im Rahmen der tatrichterlichen Würdigung zum Nachteil der Partei unter dem Gesichtspunkt der Beweisvereitelung gewürdigt werden.

b) Ein Zeuge ist in der Berufungsinstanz im allgemeinen erneut zu vernehmen, wenn das Berufungsgericht seine Aussage anders würdigen will als das erstinstanzliche Gericht.

c) Zum Beweis des Schadensersatzanspruchs wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Versäumnisurteil vom 13. 6. 2012 – VIII ZR 356/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Mutter des Klägers hatte den Beklagten ein Einfamilienhaus in B. zu einer Miete von 700 € monatlich vermietet. Sie kündigte das Mietverhältnis mit Schreiben vom 18. Oktober 2006 mit der Begründung, dass ihre 20 Jahre alte Enkelin K. Z. (Nichte des Klägers), die bisher noch im Haushalt ihrer Eltern lebe, dort mit ihrem Lebensgefährten einziehen wolle. Anschließend übertrug die Mutter des Klägers das Eigentum an dem Einfamilienhaus im Wege vorweggenommener Erbfolge auf den Kläger und dessen Schwestern. Die Eintragung der neuen Eigentümer im Grundbuch erfolgte am 24. Mai 2007.

2 Die Beklagten zogen Ende August 2007 aus. Für die Monate Juli und August 2007 zahlten sie keine Miete. K. Z. bezog das – seit dem Auszug der Beklagten leer stehende – Haus in der Folgezeit nicht.

3 Der Kläger hat Zahlung der Miete für die Monate Juli und August 2007 in Höhe von 1400 € nebst Zinsen begehrt. Die Beklagten haben die Aufrechnung mit einem die Klagforderung übersteigenden Schadensersatzanspruch wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs erklärt. Das Amtsgericht Altötting hat der Klage stattgegeben. Das Landgericht Traunstein hat das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

4 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg. Über das Rechtsmittel ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da die Beklagten in der mündlichen Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht anwaltlich vertreten waren. Inhaltlich beruht das Urteil indessen nicht auf der Säumnis, sondern auf einer Sachprüfung (BGHZ 37, 79, 81 ff.).

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

6 Dem Kläger stehe für die Monate Juli und August 2007 kein Anspruch auf Miete oder Nutzungsentschädigung zu, weil die Beklagten wirksam mit einem Schadensersatzanspruch wegen vorgetäuschten Eigenbedarfs aufgerechnet hätten.

7 Zwar sei die Beurteilung des Amtsgerichts, dass die Beklagten den Beweis für das Vortäuschen des Eigenbedarfs nicht erbracht hätten, nachvollziehbar. Auf der anderen Seite stehe aber auch nicht fest, dass das Verteidigungsvorbringen des Klägers richtig sei. Zwar habe der Zeuge M. ausgesagt, dass sich K. Z. nach dem Beginn der Renovierungsarbeiten mit ihrem Freund zerstritten und anschließend anderweit eine Wohnung angemietet habe. Diese Aussage sei aber widersprüchlich, weil die Anmietung der anderen Wohnung unstreitig bereits vor dem Auszug der Beklagten erfolgt sei; ein Beweis für die Richtigkeit des klägerischen Vorbringens werde durch diese Aussage mithin nicht erbracht.

8 Die Weigerung des Klägers, den damaligen Lebensgefährten K. Z. namhaft zu machen, sei jedoch als Beweisvereitelung zu werten. Der Kläger habe Namen und Anschrift des ehemaligen Lebensgefährten von K. Z. nicht mit Nichtwissen bestreiten dürfen, denn er sei als Prozessstandschafter der Eigentümergemeinschaft aufgetreten, zu der auch seine Schwester B. Z., die Mutter von K. Z., gehöre. Derjenige, der ein Recht als Prozessstandschafter geltend mache, dürfe Umstände nicht mit Nichtwissen bestreiten, deren Kenntnis er sich vom Rechtsinhaber beschaffen könne. Außerdem müsse der Umstand, dass die Schwestern des Klägers als Mitinhaberinnen des Anspruchs und gegebenenfalls Verpflichtete des von den Beklagten erhobenen Schadensersatzanspruchs „de facto“ Parteien seien, berücksichtigt werden, so dass die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes entsprechend § 453 Abs. 2, § 446 ZPO bei der Beweiswürdigung gewürdigt werden könne. Das Ergebnis der mündlichen Verhandlung und der Beweisaufnahme sei deshalb insgesamt dahin zu würdigen, dass der behauptete Eigenbedarf für K. Z. und deren Lebensgefährten entweder von vornherein vorgetäuscht oder vor Ablauf der Kündigungsfrist entfallen und dies zumindest der Mitvermieterin B. Z. bekannt gewesen sei.

9 II. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht in jeder Hinsicht stand. Zwar durfte das Berufungsgericht die unterbliebene Namhaftmachung des ehemaligen Lebensgefährten von K. Z. im Rahmen der Beweiswürdigung zum Nachteil des Klägers berücksichtigen. Das Berufungsgericht durfte seine Entscheidung jedoch nicht auf eine vom Amtsgericht abweichende Würdigung der Aussage des Zeugen M. stützen, ohne diesen zuvor erneut vernommen zu haben.

10 1. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, dass der Vermieter seine vertraglichen Pflichten verletzt, wenn er eine Kündigung des Mietvertrages schuldhaft auf einen in Wahrheit nicht bestehenden Eigenbedarf stützt oder er den Mieter nicht über einen vor Ablauf der Kündigungsfrist eingetretenen Wegfall des geltend gemachten Eigenbedarfs informiert (st. Rspr., vgl. nur Senatsurteile vom 8. April 2009 – VIII ZR 231/07, NJW 2009, 2059 [= WuM 2009, 359] Rn. 11; vom 9. November 2005 – VIII ZR 339/04, BGHZ 165, 75, 79 ff. [= WuM 2005, 782]).

11 2. Entgegen der Auffassung der Revision war das Berufungsgericht nicht gehindert, das Verhalten des Klägers im Zusammenhang mit der unterbliebenen Benennung des (angeblichen) früheren Lebensgefährten von K. Z. unter dem Gesichtspunkt der Beweisvereitelung im Rahmen der umfassenden Würdigung der Verhandlungen und der Beweisaufnahme (§ 286 ZPO) zu berücksichtigen. Auf die Person des Lebensgefährten kam es entscheidend an, weil der Wegfall des Eigenbedarfs vom Kläger damit begründet worden ist, dass die Beziehung zwischen K. Z. und ihrem Lebensgefährten nach dem Auszug der Beklagten während der anschließenden Renovierungsarbeiten auseinandergebrochen sei.

12 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die ohne triftigen Grund erfolgte Weigerung der nicht beweispflichtigen Partei, einen nur ihr bekannten Zeugen namhaft zu machen, im Rahmen der tatrichterlichen Würdigung nach § 286 ZPO zum Nachteil der Partei unter dem Gesichtspunkt der Beweisvereitelung berücksichtigt werden (BGH, Urteil vom 17. Januar 2008 – III ZR 239/06, NJW 2008, 982 Rn. 18; vgl. ferner Senatsurteil vom 17. März 2004 – VIII ZR 107/02, NJW-RR 2004, 1503 unter II 3 zur Beweisvereitelung bei Vorenthaltung der eigenen ladungsfähigen Anschrift durch die Partei).

13 Entgegen der Auffassung der Revision ist die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, dass der Kläger die erforderlichen Angaben unschwer von seiner Nichte oder seinen Schwestern hätte erfahren können und ihm eine solche Nachfrage zumutbar gewesen sei, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. In diesem Zusammenhang durfte das Berufungsgericht auch berücksichtigen, dass der Kläger und seine Schwestern als Miteigentümer des vermieteten Einfamilienhauses mit der gewillkürten Prozessstandschaft des Klägers aus freien Stücken eine Gestaltung gewählt haben, die es den Schwestern ermöglichte, sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht zu berufen, so dass die Beklagten den Namen des Lebensgefährten auf diese Weise nicht in Erfahrung bringen konnten.

14 3. Das Berufungsgericht durfte jedoch nicht ohne erneute Vernehmung des Zeugen M. entscheiden. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Zeuge in der Berufungsinstanz erneut zu vernehmen, wenn das Berufungsgericht seine Aussage anders würdigen will als das erstinstanzliche Gericht (st. Rspr., vgl. nur Senatsbeschluss vom 14. Juli 2009 – VIII ZR 3/09, NJW-RR 2009, 1291 Rn. 5 mwN). Die nochmalige Vernehmung eines Zeugen kann allenfalls dann unterbleiben, wenn sich das Rechtsmittelgericht auf solche Umstände stützt, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen (Senatsurteil vom 19. Juni 1991 – VIII ZR 116/90, NJW 1991, 3285 unter II 2 b aa; BGH, Urteil vom 10. März 1998 – VI ZR 30/97, NJW 1998, 2222 unter II 1 b; Senatsbeschluss vom 14. Juli 2009 – VIII ZR 3/09, aaO).

15 Hier hat das Berufungsgericht die Aussage des vom Amtsgericht als glaubwürdig angesehenen Zeugen M. als widersprüchlich erachtet. Es durfte deshalb nicht ohne erneute Vernehmung dieses Zeugen entscheiden.

16 III. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Entscheidung reif und deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 3 Satz 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 829 ZPO

Zwangsvollstreckung; gerichtlicher Räumungsvergleich; Raummiete; Vollstreckungsklausel; Nachprüfungsbefugnis des Vollstreckungsgerichts

Die materielle Richtigkeit der erteilten Vollstreckungsklausel ist grundsätzlich nicht zur Überprüfung des Vollstreckungsgerichts gestellt. Seiner Nachprüfung unterliegt es, ob eine Klausel vorhanden ist und ob sie ordnungsgemäß erteilt wurde, nicht hingegen, ob sie erteilt werden durfte (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 12. Januar 2012 – VII ZB 71/09, MDR 2012, 367).

(BGH, Beschluss vom 23. 5. 2012 – VII ZB 31/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Gläubiger erstrebt die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zu einem Prozessvergleich.

2 Die Parteien schlossen vor dem Amtsgericht M. am 19. Januar 2009 einen Vergleich. Darin verpflichtete sich der damalige Beklagte und jetzige Schuldner, die von ihm angemietete Wohnung C.-Str. 6 III/9 in M. spätestens am 30. April 2009 vollständig geräumt und besenrein mit allen Schlüsseln an den damaligen Kläger und jetzigen Gläubiger zurückzugeben. Des Weiteren ist bestimmt: „Sollte der Beklagte obige Wohnung nicht bis zum 30. 4. 2009 ordnungsgemäß übergeben haben, so hat er die Klageforderung von 1003,38 € an die Klägerseite zu zahlen. Ferner bis zum Auszug die vereinbarte Miete von 460 € brutto“.

3 Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des Amtsgerichts M. erteilte dem Kläger am 27. März 2009 eine vollstreckbare Ausfertigung des Vergleichs. Mit Beschluss vom 14. April 2010 wies das Amtsgericht – Vollstreckungsgericht – H. den Antrag des Gläubigers auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses hinsichtlich der geltend gemachten Hauptforderung in Höhe von 1463,08 € kostenpflichtig zurück, weil die durch den Urkundsbeamten erteilte Klausel unwirksam sei. Da die Forderung von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sei, bedürfe es einer Klauselerteilung gemäß § 726 ZPO durch den Rechtspfleger. Die gegen diesen Beschluss eingelegte sofortige Beschwerde hat das Landgericht H. mit Beschluss vom 18. Mai 2010 zurückgewiesen.

4 Den daraufhin vom Gläubiger bei dem Amtsgericht M. gestellten Antrag auf Erteilung einer von dem Landgericht H. für erforderlich gehaltenen Vollstreckungsklausel hat die Rechtspflegerin mit Beschluss vom 15. März 2011 mit der Begründung zurückgewiesen, die von dem Urkundsbeamten erteilte Klausel sei für die Zwangsvollstreckung ausreichend. Die dagegen eingelegte sofortige Beschwerde hatte keinen Erfolg. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Gläubiger seinen Antrag weiter.

5 **Aus den Gründen:** II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

6 1. Das Beschwerdegericht [LG Marburg] ist der Auffassung, die Zwangsvollstreckung aus dem in dem Prozessvergleich titulierten Zahlungsanspruch setze die Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel nach § 726 ZPO nicht voraus. Diese Vorschrift erfasse nur die Fälle, in denen der Gläubiger den Eintritt der Tatsachen nach dem Inhalt des Titels oder

nach allgemeinen Beweislastregeln zu beweisen habe. Dies sei hier nicht der Fall. Es sei eine allgemein anerkannte Beweislastregel, dass der Verpflichtete die Erfüllung einer ihm obliegenden Leistung, die in einem positiven Tun bestehe, beweisen müsse, und zwar auch dann, wenn sich an die Nichterfüllung oder die nicht rechtzeitige Erfüllung ungünstige Rechtsfolgen knüpfen, die der Gläubiger geltend mache. Folgerichtig treffe den Schuldner die Beweislast für die rechtzeitige Erfüllung des Herausgabeanspruchs. Der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle habe daher die einfache Vollstreckungsklausel nach §§ 724, 725 ZPO erteilen können.

7 2. Die Rechtsbeschwerde macht geltend, es könne dahinstehen, ob eine einfache Vollstreckungsklausel gemäß § 795b ZPO zu erteilen gewesen sei. Da die qualifizierte Vollstreckungsklausel dem Gläubiger keine weitergehenden Rechte als die einfache Vollstreckungsklausel verschaffe, sei sie jedenfalls in den Fällen zu erteilen, in denen der Gläubiger die Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel beantrage und der Eintritt der Tatsache, von der die Vollstreckung abhängt, gerichtsbekannt sei.

8 3. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts hält der rechtlichen Überprüfung stand.

9 a) Gemäß § 726 Abs. 1, § 795 ZPO darf von Prozessvergleichen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalt von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen Tatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheit abhängt, eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird. Für die Entscheidung, ob die vollstreckbare Ausfertigung gemäß § 725 ZPO von dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder gemäß § 726 ZPO, § 20 Nr. 12 RPflG von dem Rechtspfleger zu erteilen ist, kommt es darauf an, wem der Titel die Beweislast zuweist, nicht darauf, wen sie nach der materiell-rechtlichen Anspruchsgrundlage treffen würde, aus der der titulierte Anspruch hergeleitet wird. Der Titel ist insoweit auszulegen. Es ist zu fragen, ob mit der Bedingung im Titel dem Gläubiger die Zwangsvollstreckung erst ermöglicht oder nur dem Schuldner die Möglichkeit eingeräumt werden soll, die Zwangsvollstreckung abzuwenden (vgl. Schuschke/Walker/Schuschke, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 726 ZPO Rn. 3).

10 b) Das Beschwerdegericht hat den Vergleich dahin ausgelegt, dass die den Zahlungsanspruch des Gläubigers von der Nichterfüllung des Herausgabeanspruchs durch den Schuldner abhängig machende Abrede dem Zweck diene, den Gläubiger von jedem Risiko der Verzögerung freizustellen und umgekehrt dem Schuldner die Befugnis zu gewähren, die Fälligkeit und Vollstreckung des Zahlungsanspruchs durch rechtzeitige Erfüllung der Herausgabeverpflichtung abzuwenden. Dies ist ebenso wie die von dem Beschwerdegericht daraus abgeleitete Rechtsfolge, dass den Schuldner die Beweislast für die rechtzeitige Erfüllung des Herausgabeanspruchs treffen soll, eine mögliche und nicht von Rechtsfehlern beeinflusste Auslegung.

11 4. Mit dieser Entscheidung ist dem Gläubiger nicht endgültig die Möglichkeit genommen, den mit dem Vergleich titulierten Zahlungsanspruch zu vollstrecken.

12 a) Zwar hat das Vollstreckungsgericht den Antrag des Gläubigers auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses auf der Grundlage der ihm erteilten einfachen Klausel rechtskräftig abgewiesen. Es hat die Erteilung eines solchen Beschlusses davon abhängig gemacht, dass der Gläubiger eine qualifizierte Klausel vorlegt. Das war rechtsfehlerhaft. Der Senat hat inzwischen entschieden (BGH, Beschluss vom 12. Januar 2012 – VII ZB 71/09, MDR 2012, 367), dass das Vollstreckungsgericht bei einem Antrag auf Erteilung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nur zu prüfen hat, ob eine Klausel vorhanden ist und ob sie ordnungsgemäß erteilt wurde, nicht hingegen, ob sie erteilt werden durfte. Deshalb ist es insbesondere nicht Sache des mit der Vollstreckung des Titels befassten Vollstreckungsorgans, die Wirksamkeit der Klausel

am Inhalt des Titels zu messen und die erforderliche Abgrenzung zwischen unbedingt und bedingt vollstreckbaren Titeln vorzunehmen.

13 b) Der Gläubiger kann, gestützt auf die bereits vorgelegte, vom Urkundsbeamten erteilte einfache Klausel und den vorliegenden Beschluss erneut einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss hinsichtlich des Zahlungsanspruchs aus dem Vergleich beantragen. Dem steht die Rechtskraft des die Erteilung ablehnenden Beschlusses nicht entgegen. Denn dieser Beschluss entfaltet keine materielle Rechtskraftwirkung. Eine solche Wirkung kommt lediglich Beschlüssen zu, die formell rechtskräftig werden und inhaltlich eine der materiellen Rechtskraft fähige Entscheidung enthalten (vgl. BGH, Beschluss vom 3. März 2004 – IV ZB 43/03, NJW 2004, 1805, 1806 m.w.N.). Um eine solche Entscheidung handelt es sich bei dem Erlass des beantragten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses abweisenden Beschluss nicht; entschieden worden ist insoweit lediglich über das Vorliegen einer formellen Voraussetzung der Zwangsvollstreckung.

14 Dem Gläubiger fehlt für einen erneuten gleichlautenden Antrag auf Erlass eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis. Denn aufgrund der zwischenzeitlichen Entscheidung des Senats, dass das Vollstreckungsgericht bei einem Antrag auf Erteilung eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses nicht zu prüfen hat, ob eine vorhandene Klausel erteilt werden durfte, ist insoweit eine Klärung herbeigeführt worden, so dass von dem Vollstreckungsgericht auf dieser Grundlage neu über einen entsprechenden Antrag zu befinden sein wird (vgl. Musielak/Fischer, ZPO, 9. Aufl., § 127 Rn. 6 a.E.).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 885, 888 ZPO

Pacht; Grundstück; Tierhaltung; Damwild-Zucht; Räumung und Herausgabe; Zwangsäumung; Tierschutz; Zwangsgeld; weitergehende Handlungspflichten des Schuldners

a) Das in § 885 Abs. 2 bis 4 ZPO vorgesehene Verfahren ist auf Tiere entsprechend anwendbar, die sich auf dem zu räumenden Grundstück befinden; dies gilt auch, wenn die durch das Räumungsverfahren entstehenden Kosten etwa wegen der Art oder Anzahl der Tiere sehr hoch ausfallen.

b) Scheitert der Versuch des Gerichtsvollziehers, die in Verwahrung genommenen Tiere nach § 885 Abs. 4 Satz 1 ZPO zu verkaufen, hat der Gläubiger für die Kosten einer weiteren Verwahrung der Tiere nicht mehr aufzukommen.

c) Eine Vollstreckung nach § 888 ZPO neben der Herausgabevollstreckung nach §§ 885, 886 ZPO hier: Verhängung eines Zwangsgelds gegen den Schuldner, um diesen zu Maßnahmen zu veranlassen, die der Räumung des Grundstücks dienen kommt grundsätzlich nur in Betracht, wenn neben der Räumungs- und Herausgabeverpflichtung weitergehende Handlungspflichten des Schuldners Gegenstand des Vollstreckungstitels sind.

(BGH, Beschluss vom 4. 4. 2012 – I ZB 19/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Schuldner ist rechtskräftig verurteilt, das Grundstück mit der Flurstücknummer der Gemarkung G. in T. (Gemeinde L.) zu räumen und geräumt an die Gläubigerin herauszugeben sowie die während der Pachtzeit mit Bauschutt vorgenommene Aufschüttung auf seine Kosten zu beseitigen.

2 Der Schuldner betreibt auf dem Grundstück eine Zucht mit Damwild. Nachdem das Amtsgericht Tirschenreuth bereits im Jahr 2008 ein Zwangsgeld von 1000 € gegen den Schuldner verhängt hatte, weil er das Damwild nicht von dem zu räumenden Grundstück entfernt hatte, hat die Gläubigerin im Jahr

2010 erneut die Verhängung eines Zwangsgeldes gegen den Schuldner wegen der unterbliebenen Entfernung des Damwilds vom Grundstück beantragt.

3 Das Amtsgericht Tirschenreuth hat antragsgemäß ein Zwangsgeld von 3000 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, für je 100 € einen Tag Zwangshaft gegen den Schuldner festgesetzt. Auf die sofortige Beschwerde des Schuldners hat das Landgericht Weiden den Beschluss des Amtsgerichts Tirschenreuth aufgehoben und den Antrag der Gläubigerin auf Verhängung von Zwangsmitteln zurückgewiesen.

4 Dagegen richtet sich die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Gläubigerin. Der Schuldner beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

5 **Aus den Gründen:** II. Das Beschwerdegericht hat die Voraussetzungen für die Anordnung eines Zwangsgeldes nach § 888 ZPO verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt:

6 Die Räumung des Grundstücks durch den Schuldner sei trotz des auf dem Grundstück befindlichen Wildbestandes von jedenfalls 70 Stück Damwild keine unvertretbare Handlung. Die Räumung durch Betäuben der Tiere und deren anderweitige Unterbringung erfordere zwar einen erheblichen Aufwand. Es bestünden für die Gläubigerin aber andere Handlungsmöglichkeiten. Der Schuldner halte auf dem Grundstück mehr Tiere, als es ihm nach dem Genehmigungsbescheid erlaubt sei. Die Gläubigerin könne beim zuständigen Landratsamt auf die Einhaltung der geltenden Vorschriften hinwirken und so für eine Reduzierung des Wildbestandes sorgen. Die Tiere könnten im Rahmen der Räumung auf das angrenzende Grundstück des Schuldners verlagert werden. Die Zwangsvollstreckung könne auch nach dem sogenannten „Berliner Modell“ erfolgen. Danach könne der Gerichtsvollzieher die Tiere auf dem Grundstück belassen. Der Schuldner habe dann innerhalb der Zweimonatsfrist des § 885 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO die Möglichkeit, auf seinem Grundstück die Voraussetzungen für eine Tierhaltung zu schaffen und die Tiere abzufordern. Nach ergebnislosem Ablauf der Frist könne der Gerichtsvollzieher sodann die Tiere verkaufen und den Erlös hinterlegen.

7 III. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig. In der Sache hat sie keinen Erfolg.

8 1. Die Frage, wie im Rahmen der Vollstreckung zur Herausgabe von Grundstücken nach § 885 ZPO zu verfahren ist, wenn der Schuldner auf dem Grundstück Tiere hält, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

9 a) Teilweise wird die Ansicht vertreten, im Interesse einer effektiven Zwangsvollstreckung habe das zuständige Ordnungsamt im Rahmen der Gefahrenabwehr für die Unterbringung und Versorgung der Tiere zu sorgen (vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1997, 1789 f.; LG Oldenburg, DGVZ 1995, 44, 45; LG Ingolstadt, Rpfleger 1997, 538 f.; VG Freiburg, NJW 1997, 1796, 1797; Wiczorek/Schütze/Storz, ZPO, 3. Aufl., § 885 Rn. 62; Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 885 Rn. 8; Geißler, DGVZ 1995, 145, 146; Schneider, MDR 1998, 1133, 1136; differenzierend nach der Höhe der entstehenden Kosten Ferst, DGVZ 1997, 177).

10 Die Gegenansicht geht davon aus, dass auf dem zu räumenden Grundstück befindliche Tiere wie bewegliche Sachen zu behandeln sind und insoweit entsprechend § 885 Abs. 2 bis 4 ZPO zu verfahren ist (vgl. MünchKomm.ZPO/Gruber, 3. Aufl., § 885 Rn. 52; Musielak/Lackmann, ZPO, 9. Aufl., § 885 Rn. 14; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., § 885 Rn. 33; Zöller/Stöber, ZPO, 29. Aufl., § 885 Rn. 19; Loritz, DGVZ 1997, 150 ff.; Braun, JZ 1997, 574 ff.; Stollenwerk, JurBüro 1997, 620 f.; Rigol, MDR 1999, 1363 ff.). Dem ist zuzustimmen.

11 b) Befinden sich auf dem herauszugebenden Grundstück Tiere des Schuldners, hat der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung grundsätzlich nach § 885 Abs. 2 bis 4 ZPO durchzuführen.

12 aa) Bewegliche Sachen, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind, werden nach § 885 Abs. 2 ZPO vom Gerichtsvollzieher weggeschafft und dem Schuldner oder, wenn dieser abwesend ist, einem Bevollmächtigten des Schuldners oder einer zu seiner Familie gehörigen oder in dieser Familie dienenden erwachsenen Person übergeben oder zur Verfügung gestellt. Ist weder der Schuldner noch eine der bezeichneten Personen anwesend, so hat der Gerichtsvollzieher nach § 885 Abs. 3 Satz 1 ZPO die Sachen auf Kosten des Schuldners in das Pfandlokal zu schaffen oder anderweit in Verwahrung zu bringen. Unpfändbare Sachen und solche Sachen, bei denen ein Verwertungserlös nicht zu erwarten ist, sind auf Verlangen des Schuldners ohne weiteres herauszugeben. Verzögert der Schuldner die Abforderung der vom Gerichtsvollzieher in Verwahrung genommenen Sachen oder weigert er sich, die Verfahrenskosten zu tragen, hat der Gerichtsvollzieher nach Ablauf von zwei Monaten nach der Räumung die Sachen zu verkaufen und den Erlös zu hinterlegen (§ 885 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO).

13 (1) Auf Tiere, die sich auf dem zu räumenden Grundstück befinden, ist das in § 885 Abs. 2 bis 4 ZPO vorgesehene Verfahren entsprechend anwendbar. Dies folgt aus § 90a Satz 3 BGB. Danach sind die für Sachen geltenden Vorschriften auf Tiere entsprechend anzuwenden, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Das ist im Hinblick auf die Herausgabevollstreckung von Grundstücken nicht der Fall. Das Zwangsvollstreckungsrecht sieht lediglich eine Unpfändbarkeit von Haustieren vor (§ 811c ZPO). Weiter hat das Vollstreckungsgericht im Rahmen eines Vollstreckungsschutzantrags des Schuldners nach § 765a ZPO bei der Zwangsvollstreckungsmaßnahme, die ein Tier betrifft, im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung die Verantwortung des Menschen für das Tier zu berücksichtigen (§ 765a Abs. 1 Satz 3 ZPO). Auch die Belange des Tierschutzes stehen der entsprechenden Anwendung von § 885 Abs. 2 bis 4 ZPO auf Tiere nicht entgegen. Den Belangen des Tierschutzes und den Vorschriften des Tierschutzgesetzes muss der Gerichtsvollzieher Rechnung tragen, wenn er die Tiere vom Grundstück weg schafft und in Verwahrung nimmt. Gründe dafür, dass dies dem Gerichtsvollzieher nicht möglich ist, sind nicht ersichtlich. Die „anderweitige Verwahrung“ im Sinne von § 885 Abs. 3 Satz 1 ZPO kann in einem Tierheim oder einer anderen zur Verwahrung und Versorgung geeigneten Einrichtung erfolgen. Soweit der Gerichtsvollzieher die Tiere – sei es wegen ihrer Größe, ihrer Gefährlichkeit, ihrer Zahl oder weil sie wild leben – nicht selbst weg schaffen kann, muss er Hilfspersonen mit der Fortschaffung beauftragen. Erforderlichenfalls kann er im Wege der Amtshilfe (Art. 35 Abs. 1 GG) staatliche Stellen zur Unterstützung heranziehen. Für die erforderlichen Kosten einschließlich der Auslagen für die Beförderung und Verwahrung der Tiere hat der Gläubiger einen entsprechenden Kostenvorschuss zu leisten (§ 4 Abs. 1 Satz 1, § 5 Abs. 1, §§ 9, 13 Abs. 1 Nr. 1 GvKostG in Verbindung mit Nr. 707 des Kostenverzeichnisses).

14 (2) Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass die zuständigen Behörden im Einzelfall auf effektivere Art und Weise die Tiere fortschaffen und unterbringen können, als dies dem Gerichtsvollzieher möglich ist. Die zuständigen Behörden sind nicht allgemein verpflichtet, zur Sicherung eines zivilrechtlichen Räumungsanspruchs einzuschreiten (vgl. VGH Mannheim, NJW 1997, 1798). Eine Pflicht der Ordnungs- und Polizeibehörden zum Einschreiten ergibt sich in derartigen Fällen auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr. Der Gerichtsvollzieher darf bei der Durchführung der Vollstreckungsmaßnahme die betroffenen Tiere nicht ohne Versorgung zurücklassen oder aussetzen, weil dies die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden und er damit gegen § 1 Satz 2, § 3 Nr. 3 TierSchG verstoßen würde (vgl. Rigol, MDR 1999, 1363, 1365 f.). Es ist vielmehr Aufgabe der Zivilgerichte und der Voll-

streckungsorgane, für die effektive Durchsetzung der bei ihnen geltend gemachten Ansprüche zu sorgen. Im Übrigen kann der Gerichtsvollzieher – soweit für die Herausgabevollstreckung erforderlich – die zuständigen Behörden um Amtshilfe bitten. Folge ist allerdings, dass der Gläubiger – anders als beim Einschreiten der Behörden in eigener Zuständigkeit – für die Kosten und Auslagen als Kostenschuldner haftet und einen Kostenvorschuss leistet (§ 4 Abs. 1 Satz 1, § 13 Abs. 1 Nr. 1 Gv-KostG). Die Kosten können in Einzelfällen fünfstellige bis sechsstellige Beträge erreichen (vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1997, 1789, 1790). Aus der Höhe der anfallenden Zwangsvollstreckungskosten folgt aber ebenfalls keine Verpflichtung der Behörden zum Einschreiten. Dass Kosten im Einzelfall besonders hoch sein können, ist keine Besonderheit einer Räumungsvollstreckung, durch die Tiere betroffen sind. Auch bei anderen Räumungsmaßnahmen können wegen des Umfangs oder der Art des Räumungsgutes außergewöhnlich hohe Kosten anfallen, etwa wenn auf dem zu räumenden Grundstück in erheblichem Umfang Sondermüll gelagert ist.

15 bb) Von diesen Grundsätzen ist nur eine Ausnahme zu machen, wenn der Versuch des Gerichtsvollziehers fehlschlägt, die in Verwahrung genommenen Tiere zu verkaufen (§ 885 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO). Sachen darf der Gerichtsvollzieher in einem derartigen Fall vernichten (§ 885 Abs. 4 Satz 2 ZPO). Diese Möglichkeit besteht bei Tieren nicht, weil dies gegen das Tierschutzgesetz verstößt (§§ 1, 2 TierSchG). Ist das Verfahren nach § 885 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 1 ZPO durchlaufen, hat der Gläubiger für die weitere Verwahrung und Versorgung der Tiere nicht mehr aufzukommen. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass der Räumungstitel nicht durchsetzbar ist und das Grundrecht des Gläubigers auf Schutz seines Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) und auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) beeinträchtigt wird. Dem Gläubiger dürfen keine Aufgaben überbürdet werden, die der Allgemeinheit obliegen (vgl. BGH, Beschluss vom 13. März 2008 – I ZB 59/07, NJW 2008, 1742 [= GuT 2008, 214] Rn. 9). Die dauerhafte Unterbringung und Verwahrung von Tieren, die dem Schuldner gehören, deren er sich aber nicht mehr annehmen kann oder will, obliegt nicht dem Gläubiger, sondern gegebenenfalls der Allgemeinheit.

16 2. Richtet sich die Herausgabevollstreckung, auch soweit die Vollstreckungsmaßnahme die Räumung des Grundstücks von der Damwildherde erfasst, vorliegend ausschließlich nach § 885 ZPO, kann nicht ergänzend zur Durchsetzung des Vollstreckungstitels die Bestimmung des § 888 ZPO herangezogen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2006 – I ZB 16/06, NJW-RR 2007, 1091 Rn. 10 ff.; Zöller/Stöber aaO § 885 Rn. 2a). Eine Verhängung von Zwangsmitteln nach § 888 ZPO zur Erzwingung unvertretbarer Handlungen, die mit der Räumung und Herausgabe im Zusammenhang stehen, ist unzulässig. Das hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, und zwar zum einen für den Fall, dass auf dem herauszugebenden Grundstück ein Unternehmen betrieben wird (BGH, Beschluss vom 14. Februar 2003 – IXa ZB 10/03, BGH-Rep 2003, 707), und zum anderen für die Konstellation, dass die unbewegliche Sache an einen Dritten vermietet ist und der Schuldner durch Zwangsmittel angehalten werden soll, den Dritten zur Räumung der herauszugebenden Flächen zu bewegen (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 1091 [= GuT 2007, 245] Rn. 13). Nichts anderes gilt im Streitfall.

17 Eine Vollstreckung nach § 888 ZPO neben der Herausgabevollstreckung nach §§ 885, 886 ZPO käme nur in Betracht, wenn Gegenstand der Zwangsvollstreckung aufgrund des Voll-

streckungstitels neben der Räumungs- und Herausgabeverpflichtung noch weitergehende Handlungspflichten des Schuldners wären (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 1091 [= GuT 2007, 245] Rn. 11; Zöller/Stöber aaO § 885 Rn. 2a). Das ist, soweit die Herausgabevollstreckung das Damwild betrifft, vorliegend nicht der Fall. Neben der Verpflichtung zur Räumung und Herausgabe ist der Schuldner nach dem Vollstreckungstitel lediglich verpflichtet, auf seine Kosten die während der Pachtzeit mit Bauschutt vorgenommenen Aufschüttungen zu beseitigen. Dagegen enthält der Vollstreckungstitel keine Verpflichtung des Schuldners, bestimmte Maßnahmen zu ergreifen, die der Räumungsvollstreckung des Grundstücks dienen. In Betracht kommen insoweit bauliche Maßnahmen auf dem Nachbargrundstück des Schuldners für eine artgerechte Unterbringung des Damwildbestandes oder eine kontinuierliche Reduzierung des Wildbestandes. Derartige weitergehende Handlungspflichten sind vom Vollstreckungstitel nicht umfasst und können daher nicht nach § 888 ZPO erzwungen werden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 41 GKG; § 536 BGB
Gebührenstreitwert;
Feststellungsklage zur Mietminderung**

Die Klage des Mieters auf Feststellung, dass die Miete wegen eines Mangels der Mietsache gemindert ist, ist analog § 41 Abs. 5 GKG mit dem 12-fachen monatlichen Mindestminderungsbetrag zu bewerten (ständige Rechtsprechung des Senats).

(KG, Beschluss vom 11. 6. 2012 – 8 W 44/12)

Aus den Gründen: Die weitere Beschwerde hat Erfolg. Zutreffend macht die Beklagte geltend, dass die im Klageantrag zu 2 verfolgte Feststellung einer Minderung der Miete um 20% bis zur (mit dem Klageantrag zu 1 verfolgten) Behebung des Mangels nicht mit $42 \times 584,92 \text{ EUR} \times 20\%$, sondern mit $12 \times 584,92 \text{ EUR} \times 20\% = 1403,81 \text{ EUR}$ zu bemessen ist.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist der Wertbemessung nicht die Vorschrift des § 9 ZPO zugrunde zu legen, sondern der Wert ist in Analogie zu § 41 Abs. 5 GKG mit dem 12-fachen Minderungsbetrag zu bemessen. Der Senat hat keinen Anlass, von seiner ausführlich begründeten ständigen Rechtsprechung zu dieser Frage, die im Übrigen mit der Rechtsprechung anderer Obergerichte übereinstimmt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11. 5. 2009, 24 W 16/09; OLG Brandenburg, Ur. v. 10. 6. 2009, 3 U 169/08 [= GuT 2009, 216]; s. a. OLG Hamburg, Beschl. v. 20. 2. 2009, 4 W 12/09, jeweils insoweit abrufbar bei Juris), abzurücken. Es wird insoweit Bezug genommen auf die Ausführungen in den Beschlüssen des Senats vom 4. 8. 2011, 8 W 48/11 (AGS 2011, 558), vom 26. 8. 2010, 8 W 38/10 (MDR 2010, 1493 [= GuT 2010, 369]) und vom 1. 7. 2009, 8 W 59/09 (MDR 2009, 1135 [= WuM 2009, 542]).

Die vom Landgericht für seine abweichende Auffassung angeführten Entscheidungen des BGH in NJW-RR 2005, 938 [= GuT 2005, 179] und NJW-RR 2006, 16 [= GuT 2006, 35] stehen der analogen Anwendung des § 41 Abs. 5 GKG nicht entgegen, auch insoweit wird auf die Ausführungen in den genannten Beschlüssen des Senats vom 4. 8. 2011 und 26. 8. 2010 [= GuT 2010, 369] Bezug genommen.

Ergänzend ist zu bemerken, dass die Heranziehung eines Zeitraums von 42 Monaten insbesondere dann nicht zu einer angemessenen Wertfestsetzung führt, wenn sich – wie vorliegend – die Feststellung der Minderungsberechtigung auf den Zeitraum bis zur ebenfalls eingeklagten Mangelbeseitigung bezieht. Insoweit kann im Ansatz nichts anderes gelten als für die Klage des Vermieters auf künftige Nutzungsentschädigung bis zur Herausgabe der Mietsache. In dieser Fallgestaltung kann als anerkannt gelten, dass es nach § 3 ZPO auf den absehbaren Endzeitpunkt und nicht den in § 9 S. 1 ZPO genannten Zeitraum ankommt, wobei verbreitet im Regelfall ein Zeitraum von 12 Mo-



naten zugrunde gelegt wird (vgl. Senat, Grundeigentum 2011, 1616; OLG Stuttgart MDR 2011, 513; insoweit auch Herget in: Zöller, a. a. O., § 3 Rn 16 – Mietstreitigkeiten, Unterpunkt Feststellungsklagen). Auf der Hand liegt, dass die Festsetzung auf den 3,5-fachen Jahresbetrag der Minderung für die Bewertung des Interesses an der Minderung *bis zur eingeklagten Mangelbeseitigung* für den Regelfall als übersetzt anzusehen sein wird (vgl. auch bereits Senat, MDR 2009, 1135).

Gemäß § 68 Abs. 3 GKG ist das Verfahren gebührenfrei. Kosten werden nicht erstattet.

Die Zulassung einer Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof nach § 574 Abs. 2 ZPO kommt nicht in Betracht, weil eine Beschwerde an einen obersten Gerichtshof des Bundes in Streitwertsachen nach § 68 Abs. 1 S. 5, § 66 Abs. 3 S. 3 GKG unstatthaft ist (s. BGH WuM 2012, 114).

Mitgeteilt von RiKG Dittrich, Berlin

§ 48 GKG; §§ 3, 4 ZPO
Gewerberaumiete; Gebührenstreitwert;
Klage auf Zahlung künftiger Nutzungsentschädigung

Der Gebührenstreitwert für eine Klage auf Zahlung künftiger Nutzungsentschädigung bis zum -unbekannten- Zeitpunkt der Räumung richtet sich nicht nach § 9 ZPO sondern nach § 3 ZPO (Anschluss OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.1.2011, 5 U 158/10, MDR 2011, 513). Die Höhe des Streitwertes entspricht der geforderten Nutzungsentschädigung für die voraussichtliche Dauer vom Zeitpunkt der Einreichung der Klage (§ 4 Abs. 1 ZPO) bis zur tatsächlichen Räumung. Regelmäßig kann von einer Zeitspanne von einem Jahr ausgegangen werden.

(OLG Dresden, Beschluss vom 2. 8. 2012 – 5 W 745/12)

Zum Sachverhalt: Die Beschwerdeführer, die Prozessbevollmächtigten der Klägerin, wenden sich aus eigenem Recht gegen die – aus ihrer Sicht zu niedrige – Festsetzung des Gebührenstreitwertes für das erstinstanzliche Verfahren.

Mit der Klage vom 22. 12. 2011 nahm die Klägerin die Beklagte nach Kündigung des Mietvertrages auf Räumung und Herausgabe von in Leipzig gelegenen Gewerberäumen (Antrag zu 1), auf Zahlung rückständiger Miete von 12.705,94 EUR (Antrag zu 2), auf Zahlung von Nutzungsentschädigung für den Monat Dezember 2011 von 1421,86 EUR (Antrag zu 3) und auf Zahlung künftiger Nutzungsentschädigung ab dem Monat Januar 2012 bis zur tatsächlichen Räumung (Antrag zu 4) in Anspruch. Der Rechtsstreit endete durch einen von den Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 19. 4. 2012 geschlossenen Vergleich.

Das Landgericht Leipzig setzte mit Beschluss vom 14. 5. 2012 den Gebührenstreitwert für das erstinstanzliche Verfahren auf 28.692,16 EUR fest. Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Beschwerdeführer. Sie beantragen, den Streitwert auf 42.780,91 EUR festzusetzen. Dieser Betrag ergebe sich aus der Addition der 4 Klageanträge. So seien der Räumungsantrag mit 11.590,79 EUR (Jahresmiete zzgl. Umsatzsteuer), die bezifferten Anträge zu 2 und 3 mit ihrem jeweiligen Wert von 12.705,94 EUR bzw. 1.421,86 EUR und der Antrag zu 4 mit 17.062,32 EUR (Jahresbetrag der Nutzungsentschädigung) anzusetzen. Im Hinblick auf den Antrag zu 4 erscheine die Annahme einer voraussichtlichen Nutzungszeit von einem Jahr als angemessen.

Das Landgericht hat der Beschwerde teilweise abgeholfen, indem es den Streitwert in seinem Beschluss vom 20. 6. 2012 auf 34.249,75 EUR festgesetzt hat. Im Übrigen hat das Landgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, den Wert der Anträge zu 1–3 beziffere es wie die Beschwerdeführer. Der Wert des Antrages zu 4 liege aber nur bei 8531,16 EUR, was der Nutzungsentschädigung für 6

Monate entspreche. Erfahrungsgemäß hätten Räumungsbegehren eine Dauer von 6 Monaten.

Aus den Gründen: II. Die aus eigenem Recht der Beschwerdeführer eingelegte Beschwerde ist nach §§ 68 Abs. 1 GKG, 32 Abs. 2 RVG zulässig. Der Senat entscheidet durch den Einzelrichter (§§ 66 Abs. 6 S. 1, 68 Abs. 1 S. 5 GKG).

Die Beschwerde hat in der Sache auch Erfolg, denn der Streitwert ist auf 42.780,91 EUR festzusetzen, wie die Beschwerdeführer zutreffend ausgeführt haben. Für die bezifferten Anträge (zu 2 und 3) ergibt sich dies ohne Weiteres aus §§ 48 GKG, 3 ZPO. Auch der Streitwert des Räumungsantrages (zu 1) wurde von den Beschwerdeführern und vom Landgericht zutreffend mit dem Betrag der Jahresnettomiete zuzüglich Umsatzsteuer angesetzt (vgl. BGH, Beschl. v. 2. 11. 2005, XII ZR 137/05, NZM 2006, 138 [= GuT 2006, 81]).

In Bezug auf den Antrag zu 4 sprechen nach Auffassung des Senates die besseren Argumente dafür, den Jahresbetrag der Nutzungsentschädigung zugrunde zu legen anstelle des Betrages für ein halbes Jahr.

Zunächst geht der Senat mit dem Landgericht und den Beschwerdeführern davon aus, dass sich der Gebührenstreitwert für eine Klage auf Zahlung künftiger Nutzungsentschädigung bis zum – unbekanntem – Zeitpunkt der Räumung nicht nach § 9 ZPO sondern nach § 3 ZPO richtet (ebenso OLG Nürnberg, Beschl. v. 19. 1. 2006, 2 W 94/06, NZM 2006, 540 [= GuT 2006, 83]; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24. 1. 2006, 24 W 65/05, ZMR 2006, 517; KG, Beschl. v. 20. 12. 2006, 12 W 66/06, NZM 2007, 600; OLG Stuttgart, Beschl. v. 17. 1. 2011, 5 U 158/10, MDR 2011, 513; a. A. OLG Hamm, Beschl. v. 13. 2. 2008, 33 W 18/07, FamRZ 2008, 1208). Der Senat teilt die Erwägungen des Oberlandesgerichts Stuttgart in seinem ausführlich begründeten Beschluss vom 17.01.2011 (aa.O.).

Die Höhe des Streitwertes ist gemäß § 3 ZPO nach freiem Ermessen unter besonderer Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu bestimmen. Sachgerecht ist danach der Ausgangspunkt der Landgerichts, wonach es auf die voraussichtliche Dauer vom Zeitpunkt der Einreichung der Klage (§ 4 Abs. 1 ZPO) bis zur tatsächlichen Räumung ankommt. Nicht gefolgt werden kann dem Landgericht allerdings in der Annahme, diese Dauer sei regelmäßig mit 6 Monaten anzusetzen. Vielmehr ist eine solche Zeitspanne regelmäßig schon für die Dauer des zivilprozessualen Erkenntnisverfahrens bis zu einem vollstreckbaren Räumungstitel anzusetzen. Selbst im vorliegenden Verfahren dauerte es von der Klageerhebung bis zum unwiderprüflichen Vergleich gut 4 Monate. Sofern aber keine gütliche Einigung gelingt, sind im Erkenntnisverfahren nicht selten Beweisaufnahmen erforderlich, so dass die durchschnittliche Dauer für das Erkenntnisverfahren bis zum Räumungstitel auf mehr als 6 Monate zu schätzen ist. Rechnet man noch die Durchsetzung der Räumung im Zwangsvollstreckungsverfahren hinzu, erscheint eine Zeitspanne von einem Jahr sachgerecht.

Berechnet man den Wert des Antrages auf Zahlung zukünftiger Nutzungsentschädigung in dieser Weise, erhöht sich der Gesamtstreitwert allerdings nicht, wenn der klagende Vermieter den Antrag in einer späteren mündlichen Verhandlung dem Zeitablauf anpasst, indem er für die inzwischen verstrichenen Fälligkeitszeitpunkte von künftiger Zahlung auf Zahlung umstellt. Hätten also im vorliegenden Falle die Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 19. 4. 2012 ihren Antrag zu 3 wegen der inzwischen fällig gewordenen Nutzungsentschädigung für 4 Monate um 5687,44 EUR erhöht, wäre es gleichwohl beim Gesamtstreitwert von 42.780,91 EUR geblieben.

Das Beschwerdeverfahren ist gerichtsgebührenfrei; außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet (§ 68 Abs. 3 GKG). Eine Beschwerde findet gegen diese Entscheidung nicht statt (§§ 66 Abs. 3 S. 3, 68 Abs. 1 S. 5 GKG).

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 5. Zivilsenats des OLG Dresden

| |
|---------------------------------------|
| Kurzfassungen / Leitsätze (KL) |
| Gewerbemiete etc. |

§ 22 GBO – Grundbuch; Eigentumsumschreibung; Gesamtrechtsnachfolge nach einer Grundstücksgesellschaft OHG / KG; Unrichtigkeitsnachweis

Der Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 GBO) kann im Fall der Gesamtrechtsnachfolge durch Übertragung sämtlicher Geschäftsanteile einer KG auf einen einzigen Erwerber durch Vorlage der notariell beglaubigten Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft und des Erlöschens der Firma durch alle Gesellschafter, aus denen sich die zugrundeliegende Rechtsänderung ergibt, geführt werden.

(KG, Beschluss vom 21. 8. 2012 – 1 W 175-176/12)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 63.

§§ 307, 315 BGB – Gewerbemiete; Bootsanleger, Slipanlage und Wasserfläche; Bundeswasserstraße; Segelverein; Mietanpassungsklausel; Leistungsvorbehalt; Transparenzgebot; Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen; Änderung ortsüblicher oder angemessener Miete; Kündigungsrecht des Mieters

In einem gewerblichen Mietvertrag hält eine Klausel, die dem Vermieter ein Leistungsbestimmungsrecht dahingehend einräumt, bei einer Änderung der ortsüblichen oder angemessenen Miete den vom Mieter zusätzlich oder weniger zu zahlenden Betrag nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) festzusetzen, der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB stand (wie BGH GuT 2012, 240).

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 27. 6. 2012 – XII ZR 93/10)

§ 314 BGB – Dauerschuldverhältnis; Factoring; Kündigung aus wichtigem Grund; Abmahnungserfordernis; Anhörungsrüge

Die Anhörungsrüge ist unbegründet. Das Senatsurteil vom 12. Oktober 2011 [VIII ZR 3/11 – GuT 2011, 389] verletzt nicht den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör. Für die Beurteilung der Frage, ob die von der Klägerin mit Schreiben vom 10. August 2009 zum 31. August 2009 erklärte Kündigung wirksam war, weil es mit Rücksicht auf eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung der Beklagten keiner Abmahnung bedurfte, kam es ausschließlich auf das der Kündigungserklärung vorangegangene Verhalten der Beklagten an. Das als übergangen gerügte Vorbringen war schon aus diesem Grund nicht entscheidungserheblich. Davon abgesehen übersieht die Klägerin, dass die Beklagte bereits mit Schreiben vom 1. September 2009 die Gutschrift der Zinsen zugesagt und kurz danach offenbar auch ausgeführt hat (Urteil des Landgerichts S. 6 unten sowie GA I 45, 46).

(BGH, Beschluss vom 20. 12. 2011 – VIII ZR 3/11)

§§ 312, 355 BGB – Haustürgeschäft; Widerrufsbelehrung gemäß Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2001

Bei einem Haustürgeschäft wird durch eine Widerrufsbelehrung, die nur auf die aus der Erklärung des Widerrufs folgenden Pflichten des Verbrauchers hinweist, nicht jedoch darauf, wie sich die Erklärung des Widerrufs auf seine (etwaigen) Rechte auswirkt, die Frist zur Erklärung des Widerrufs nicht in Gang gesetzt.

(BGH, Urteil vom 22. 5. 2012 – II ZR 1/11)

§§ 218, 280, 284, 323, 346, 347, 348, 433, 434, 437, 438, 440, 476 BGB – Serienuntypische Vibrationen eines Neufahrzeugs als Mangel

1. Sind Pkw-Teile in Abweichung vom Serienstandard nicht richtig aufeinander abgestimmt und führt das infolge einer Schwingungsdiskordanz von Motor, Antriebsstrang und Karosserie zu auffälligen Vibrationen eines Dieselfahrzeugs bei bestimmten Betriebsbedingungen, handelt es sich um einen Sachmangel.

2. Versäumt der Käufer die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Kaufvertrags niedergelegte Pflicht, den Verkäufer von anderweitig beauftragten Nachbesserungsversuchen zu informieren, kann das unschädlich sein, wenn die Informationspflicht zeitlich nicht terminiert war.

3. Erklärt der Käufer den Vertragsrücktritt, werden ihm Transport- und Zulassungskosten nicht ersetzt, wenn der Verkäufer den Fahrzeugmangel nicht zu vertreten hat. Aufwendungen für ein Fahrzeug-Tuning sind ebenfalls nicht zu vergüten, wenn sie nicht zu einer Werterhöhung geführt haben.

(OLG Koblenz, Urteil vom 13. 1. 2011 – 5 U 20/10)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 6.

§§ 280, 281, 309 Nr. 5, 323, 325, 433 BGB – Pauschalierter Schadensersatz nach Rücktritt vom „Rabattkauf“ einer neuen Einbauküche

1. Ein in Allgemeinen Geschäftsbedingungen pauschalierter Schadensersatz von 25% des Barzahlungspreises bei Nichtabnahme einer neuen Einbauküche begegnet keinen durchgreifenden Bedenken.

2. Zur Auslegung der AGB-Klausel und zur Berechnung des Ersatzanspruchs, wenn auf den „Barzahlungspreis“ zugleich ein hoher „Rabatt“ gewährt wurde.

(OLG Koblenz, Urteil vom 13. 10. 2011 – 5 U 767/11)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 5.

§ 459 BGB a.F. – Kauf; Wohnhaus-Grundstück; Mangel der ungesicherten Wasserversorgung

Ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück, dessen Wasserversorgung und Abwasserentsorgung davon abhängt, dass ein Nachbar die Mitnutzung seiner Leitungen auf freiwilliger Basis (weiterhin) gestattet, ist mit einem Fehler behaftet.

(BGH, Urteil vom 8. 4. 2011 – V ZR 185/10)

§§ 133, 157, 311b, 397, 433, 464, 873, 875, 888, 1094, 1098 BGB; §§ 138, 286 ZPO – Grundstückskaufvertrag als gemischte Schenkung; Ausübung eines Vorkaufsrechts

1. Dass die Übertragung eines Grundstücks als Kauf bezeichnet ist, steht der Annahme einer gemischten Schenkung nicht entgegen, wenn in der erfolgten Grundbucheintragung die Heilung sämtlicher nicht notariell beurkundeten und damit zunächst formunwirksamen Nebenabreden gesehen werden kann, die den Schenkungscharakter des Rechtsgeschäfts indizieren.

2. Die Behauptung der Kaufvertragsparteien, ein zum Vorkauf berechtigter Dritter habe darauf verzichtet, ist bei unterbliebener Löschung des Rechts aus dem Grundbuch unerheblich.

3. Das nicht näher substantiierte, unter Sachverständigenbeweis gestellte Vorbringen eines bestimmten Grundstückswertes ist nicht deshalb unerheblich, weil in Ergänzung des Parteivortrags ein inhaltlich unzureichendes Privatgutachten vorgelegt wird.

(OLG Koblenz, Urteil vom 8. 7. 2010 – 5 U 135/10)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 10.

**§§ 133, 157, 195, 199, 516, 529, 818 BGB;
§ 323 ZPO – Unterkunft im Altenheim; Betreuung;
Bedürftigkeit; Sozialhilfe; frühere unentgeltliche
Grundstücksübertragung an Neffe und Nichte;
Auskehrung eines erzielten Weiterveräußerungs-
erlöses; mangelnde Leistungsfähigkeit der
Veräußerer**

1. Erfolgt die unentgeltliche Grundstücksübertragung mit der Abrede, dass der Erwerber bei einer Weiterveräußerung verpflichtet ist, den Übertragenden im Notfall aus dem Erlös zu unterstützen, findet § 529 Abs. 2 BGB keine Anwendung, wenn die Vertragsauslegung ergibt, dass es sich nicht um eine echte Schenkung gehandelt hat.

2. Die Verjährung des Zahlungsanspruchs des Übertragenden beginnt in einem derartigen Fall nicht mit der Weiterveräußerung, sondern erst mit Eintritt der Bedürftigkeit.

(OLG Koblenz, Urteil vom 24. 11. 2011 – 5 U 769/11)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 13.

**§§ 120, 164, 651c, 651d, 276 BGB – Reisemangel;
Adressat der Mängelanzeige beim Reisevertrag;
herabfallende Kokosnüsse**

1. Am Urlaubsort sind Mängelanzeige und Abhilfeverlangen stets an den Reiseveranstalter zu richten.

2. Die örtliche Hotelleitung ist nicht Vertreter oder Empfangsbote des Reiseveranstalters. Auch die irriige Vorstellung des Urlaubers, die Hotelleitung sei sein Übermittlungsbote, lässt das Verschulden nicht entfallen.

3. Herabfallende Kokosnüsse sind kein Reisemangel.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 5. 10. 2009 – 5 U 766/09)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 27.

**§§ 346, 357, 652 BGB; § 93 HGB – Maklervertrag;
Vermittlungsgebühr in Teilzahlungen; Widerruf
des Geschäfts; Wertersatzanspruch des Maklers;
Schadensersatzanspruch des Kunden bei
Beratungspflichtverletzung des Maklers**

a) Die Bemessung des Wertersatzes, den der Verbraucher nach dem wirksamen Widerruf eines Teilzahlungsgeschäfts über Maklerleistungen für die bis dahin empfangenen Dienste des Unternehmers schuldet, richtet sich nicht nach dem vertraglich vereinbarten Entgelt, sondern nach dem objektiven Wert dieser Leistungen, soweit dieser das vertragliche Entgelt nicht übersteigt.

b) Der objektive Wert richtet sich dabei nach der üblichen oder (mangels einer solchen) nach der angemessenen Vergütung, die für die Vermittlung eines entsprechenden Hauptvertrags zu bezahlen ist, nicht dagegen nach dem konkret-individuellen Wert des Erlangten für den Schuldner. Entspricht der vermittelte Hauptvertrag nicht den individuellen Bedürfnissen des Auftraggebers und liegt insoweit eine Beratungspflichtverletzung vor, können dem Kunden allerdings Ansprüche auf Schadensersatz nach § 280 BGB zustehen, die er dem Wertersatzanspruch entgegenhalten kann.

c) Der Wertersatz betreffend eine sogenannte Nettopolice für eine Lebens- und Rentenversicherung wird durch die Kündigung des Versicherungsvertrags nicht berührt.

(BGH, Urteil vom 19. 7. 2012 – III ZR 252/11)

www.gmbbl.de

Gemeinsames Beiblatt (GmBBl)

**§§ 270, 366, 631, 632 BGB; § 9 VOB/B –
Berechtigte Kündigung des VOB/B-Vertrages bei
Zahlungsverzug des öffentlichen Auftraggebers**

1. Eine mit Kündigungsandrohung verbundene letzte Zahlungsfrist von 5 Tagen kann auch bei dazwischen liegendem Wochenende ausreichend bemessen sein, wenn der öffentliche Auftraggeber zuvor hinlänglich Gelegenheit hatte, die Abschlagsrechnung zu prüfen.

2. Dass die AGB des öffentlichen Auftraggebers für die Rechtzeitigkeit der Zahlung auf den Zeitpunkt der Leistungshandlung und nicht auf den Zahlungseingang beim Auftragnehmer abstellen, ist ohne Belang, wenn die Leistung wegen einer fehlerhaften Tilgungsbestimmung des Schuldners beim Gläubiger einer anderen als der maßgeblichen Forderung zugeordnet wurde.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 19. 7. 2012 – 5 U 178/12)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 39.

**§ 309 Nr. 8 b, 346, 347, 434, 631, 634a BGB;
§§ 139, 296a, 531 ZPO – Lieferung und Montage
eines Specksteinofens unter Abweichung von der
Betriebserlaubnis; Mangel; maßgebliche
Verjährungsfrist; keine Berücksichtigung
gezogener Nutzungen von Amts wegen**

1. Zur vertraglichen Beschaffenheit gehört, dass die gelieferte und eingebaute Sache den technischen Vorschriften entspricht und nicht von der erteilten Zulassung abweicht.

2. Der Vertrag zur Lieferung und Montage eines Specksteinofens verpflichtet den Auftragnehmer zur Einpassung in das Gebäude und zum fachgerechten Anschluss an den Kamin. Das geht über die Montage i.S.v. § 434 Abs. 2 Satz 1 BGB hinaus. Mängelansprüche des Bestellers verjähren daher nach § 634a BGB.

3. Bei der Rückabwicklung eines Vertrages über die Lieferung und Montage eines derartigen Ofens wird ein vom Besteller zu leistendes Nutzungsentgelt nicht von Amts wegen berücksichtigt; das Gericht trifft insoweit auch keine Hinweispflicht.

(OLG Koblenz, Beschlüsse vom 30. 7. 2012 und 29. 8. 2012 – 5 U 492/12)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 32.

**§§ 276, 280, 281, 631, 634, 637 BGB; §§ 253, 256,
322 ZPO – Architektenhaftung; Planungsauftrag
für Umbau und Erweiterung eines
Dorfgemeinschaftshauses; Detailvorgaben an die
Bauhandwerker; Baumängel; Vorschussklage
gegen Architekt als Schadensersatzverlangen**

1. Von planerischen Detailvorgaben darf der Architekt absehen, soweit er darauf vertrauen kann, dass die Handwerker ohne Weiteres in der Lage sind, ihre Leistungen entsprechend den Fachregeln und den allgemeinen baulichen Notwendigkeiten auszuführen.

2. Der für die Planung verantwortliche Architekt schuldet keinen Kostenvorschuss zur Beseitigung von Baumängeln, weil ihm nicht die konkrete bauliche Gestaltung obliegt.

3. Leitet der Bauherr aus einem bestimmt umschriebenen Sachverhalt lediglich einen nicht bestehenden Vorschussanspruch zur Mangelbeseitigung ab, ist der tatsächlich bestehende Schadensersatzanspruch wegen Schlechterfüllung des Architektenvertrages damit ohne weiteres Streitgegenstand des Verfahrens.

(OLG Koblenz, Urteil vom 7. 10. 2010 – 5 U 820/10)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 23.

§§ 242, 276, 278, 631, 649 BGB; §§ 5, 55 HOAI – Architektenvertrag; vereinbarte Kostenobergrenze; Zeitvorgaben; Kooperation mit Baubeteiligten; erschüttertes Vertrauensverhältnis; Abmahnung, Fristsetzung; Kündigung des Bauherrn aus wichtigem Grund; Gebührenanspruch

1. Auch bei fehlender Vereinbarung einer Kostenobergrenze ist der Architekt verpflichtet, die ihm bekannten Kostenvorstellungen des Auftraggebers bei seiner Planung zu berücksichtigen.

2. Der Architektenvertrag ist außerordentlich kündbar, wenn das Vertrauensverhältnis erschüttert ist. Das kann dann der Fall sein, wenn der Architekt finanzielle und zeitliche Vorgaben des Auftraggebers nicht einhält, mit ihm und dem Erschließungsträger nicht kooperiert und sich zu persönlichen verbalen Angriffen hinreißen lässt (mehrfache Bezeichnung des Erschließungsträgers als Landschaftsgärtner).

3. Der außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund muss weder eine Abmahnung noch eine Fristsetzung vorausgehen.

4. Kündigt der Bauherr den Vertrag aus wichtigem Grund, steht dem Architekt nur ein den tatsächlichen Leistungen entsprechender Gebührenanteil zu. Der Auftraggeber schuldet kein (Teil-) Honorar für die noch ausstehenden Arbeiten, weil § 649 Satz 2 BGB nicht anwendbar ist.

(OLG Koblenz, Urteil vom 8. 3. 2007 – 5 U 877/06)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 16.

§§ 199, 675 BGB – Verjährung des Schadensersatzanspruchs gegen den Rechtsanwalt

Verletzt ein Rechtsanwalt seine Pflicht, eine mit Ablauf des 31. Dezember verjährende Forderung gerichtlich geltend zu machen, entsteht der Schaden des Mandanten mit Beginn des 1. Januar; die Verjährungsfrist des Schadensersatzanspruchs gegen den Rechtsanwalt beginnt mit dem Schluss dieses Jahres.

(BGH, Urteil vom 15. 12. 2011 – IX ZR 85/10)

§ 675 BGB – Informationspflichten des Anlageberaters

Zur Pflicht des Anlageberaters, den Anlageinteressenten über für die Kapitalanlage bedeutsame Gesetzesänderungen zu informieren und hierzu Erkundigungen einzuziehen.

(BGH, Urteil vom 1. 12. 2011 – III ZR 56/11)

§ 675 BGB – Anlageberatung einer Tochtergesellschaft einer Sparkasse ohne Offenlegung von Provisionslasten; freier Anlageberater

Ein selbständiges Unternehmen der „Finanzgruppe“ einer Sparkasse, das als 100%ige Tochtergesellschaft (GmbH) der Sparkasse hauptsächlich auf dem Gebiet der Anlageberatung tätig ist, ist hinsichtlich der Verpflichtung, seine Kunden ungefragt über die von ihm bei der empfohlenen Anlage erwarteten Provisionen aufzuklären, wie ein freier Anlageberater zu behandeln (Fortführung der Senatsurteile vom 10. November 2011 – III ZR 245/10, NJW-RR 2012, 372; 3. März 2011 – III ZR 170/10, NJW-RR 2011, 913 und vom 15. April 2010 – III ZR 196/09, BGHZ 185, 185)

(BGH, Urteil vom 19. 7. 2012 – III ZR 308/11)

§§ 126, 130, 133, 145, 151, 157, 184, 518, 780 BGB; §§ 296, 525, 529, 531 ZPO – Zustandekommen eines abstrakten Schuldversprechens; Nachweis der Anspruchsberechtigung

1. Trotz seines nur einseitig verpflichtenden Charakters ist das abstrakte Schuldversprechen ein Vertrag. Die Verpflichtungserklärung muss daher vom Gläubiger angenommen wer-

den. Anders als die Verpflichtungserklärung ist die Annahme aber nicht formbedürftig; auch ihr Zugang kann nach § 151 Satz 1 BGB entbehrlich sein.

2. Ist der Gläubiger eines Schuldversprechens nicht ausdrücklich benannt, kann sich die Anspruchsberechtigung aus dem weiteren Urkundeninhalt in Verbindung mit dem Besitz des Schriftstücks ergeben.

3. Wird ein abstraktes Schuldversprechen erst in zweiter Instanz lückenlos durch weitere Urkunden belegt, kann dieses Vorbringen nicht als verspätet zurückgewiesen werden, wenn die Vorinstanz die Klageabweisung wie angekündigt darauf gestützt hat, die „Essentialia eines beiderseitigen Vertrages“ seien nicht dargetan und der Gläubiger diese unzutreffende Rechtsansicht auch durch die Urkunden nicht hätte ausräumen können.

(OLG Koblenz, Urteil vom 13. 8. 2009 – 5 U 52/09)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 2.

§§ 133, 157, 343, 823 BGB; §§ 253, 282, 286, 296, 531 ZPO; § 185 StGB – Ärztliche Gemeinschaftspraxis; Mobbing; Auslegung und Herabsetzung der unter den Ärzten vereinbarten Vertragsstrafe; Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz

1. War zentraler Gegenstand eines durch strafbewehrte Unterlassungserklärung beendeten Vorprozesses zweier in einer Gemeinschaftspraxis tätigen Ärzte die wiederholte, auf den Kollegen gemünzte verbale Entgleisung „Kotz – Kacke“, erlaubt das den Schluss, dass fortgesetztes Mobbing mit den Kürzeln „k.k.“ und „K.K.“ dieselbe Schmähung zum Ausdruck bringt.

2. Der Herabsetzung der versprochenen Vertragsstrafe (hier: von 10.000 € für einen einmaligen Verstoß) steht nicht entgegen, dass die Parteien Derartiges im Vorprozess und in erster Instanz nicht erwogen haben. Ein erstmals in zweiter Instanz gestellter Antrag auf Herabsetzung der zuerkannten Vertragsstrafen scheidet nicht an § 531 ZPO, soweit der zugrunde liegende Tatsachenstoff unstreitig oder bewiesen ist.

3. Hat das Gericht erster Instanz über mehrere Streitgegenstände nicht in der vom Kläger bestimmten Weise entschieden, kann das unschädlich sein, wenn er in zweiter Instanz das vom Gegner angegriffene Urteil verteidigt.

(OLG Koblenz, Urteil vom 29. 8. 2012 – 5 U 283/12)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 42.

§§ 252, 823 BGB; § 850 f ZPO – Eingehungsbetrug; Heizölkauf; Schadensersatz; Vermögensschaden; Rechtsverfolgungskosten

Hat der Käufer marktgängiger Ware über seine Zahlungswilligkeit oder -fähigkeit getäuscht, wird zu Gunsten des Verkäufers vermutet, dass der Kaufpreis ohne die Täuschung dem Verkäufer über ein Geschäft mit einem Dritten zugeflossen wäre.

(BGH, Versäumnisurteil vom 15. 11. 2011 – VI ZR 4/11)

Art. 34 GG; §§ 249, 254, 823, 833, 839 BGB – Verkehrssicherungspflicht der Gemeinde auf einem Flussuferweg; Asphaltdecke; Uferpromenade; Schutz vor Angriffen frei lebender Wasservögel; Wildente; Schwan

1. Wird eine 40 cm lange muldenförmige und bis zu 8 cm tiefe Absackung in der Asphaltdecke am äußersten Rand eines Uferweges nicht beseitigt, liegt darin keine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht.

2. Nutzer eines derartigen Weges müssen damit rechnen, zur Brutzeit von frei lebenden Schwänen attackiert zu werden.

(OLG Koblenz, Urteil vom 30. 6. 2011 – 5 U 196/11)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 28.

§§ 34, 89 GenG – Landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaft LPG in Liquidation; Schadensersatzanspruch gegen den Nachtragsliquidator; Verjährung

Der Schadensersatzanspruch einer Genossenschaft gegen ihren Nachtragsliquidator wegen Verletzung seiner Pflichten verjährt nach § 34 Abs. 6 GenG in fünf Jahren.

(BGH, Urteil vom 24. 7. 2012 – II ZR 117/10)

§§ 5a, 3 GmbHG; § 18 HGB – Unternehmergesellschaft; Unterscheidungskraft der Firma; Individualisierung des Geschäftsgegenstands; Satzungsregelung zu den Gründungskosten

1. Zur Unterscheidungskraft gemäß § 18 HGB einer Unternehmergesellschaft i.S.d. § 5a GmbHG.

2. Zur Individualisierung des Geschäftsgegenstandes gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG.

3. Die Gründungskosten der Gesellschaft richten sich nach der Gründungssatzung, nicht aber nach der Gründungsverhandlung.

4. Im Interesse des Gläubigerschutzes müssen die Angaben zu den von der Gesellschaft zu tragenden Gründungskosten in der Gründungssatzung so konkret sein, dass ein Dritter allein aus der Satzungsformulierung erkennen kann, ob bestimmte Kosten von der Gesellschaft erstattet werden.

(KG, Beschluss vom 28. 2. 2012 – 25 W 88/11)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 61.

§ 64 GmbHG a.F. – Pflichten des GmbH-Geschäftsführers; Erkennen einer etwaigen Überschuldung

Der Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung muss für eine Organisation sorgen, die ihm die zur Wahrnehmung seiner Pflichten erforderliche Übersicht über die wirtschaftliche und finanzielle Situation der Gesellschaft jederzeit ermöglicht (Bestätigung von BGH, Urteil vom 20. Februar 1995 – II ZR 9/94, ZIP 1995, 560).

(BGH, Versäumnisurteil vom 19. 6. 2012 – II ZR 243/11)

§ 64 GmbHG – Einholen qualifizierter Beratung bei Krise der Gesellschaft mbH

a) Verfügt der Geschäftsführer einer GmbH nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse, die er für die Prüfung benötigt, ob er pflichtgemäß Insolvenzantrag stellen muss, hat er sich bei Anzeichen einer Krise der Gesellschaft unverzüglich unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einer unabhängigen, für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierten Person beraten zu lassen.

b) Der Geschäftsführer darf sich nicht mit einer unverzüglichen Auftragserteilung begnügen, sondern muss auch auf eine unverzügliche Vorlage des Prüfergebnisses hinwirken.

(BGH, Urteil vom 27. 3. 2012 – II ZR 171/10)

§§ 64, 9 InsO – Insolvenzverfahren; Vergütungsfestsetzung; Anhörung des Schuldners; Rechtsmittelfrist; öffentliche Bekanntmachung im Internet

a) Der Schuldner muss im Verfahren der Vergütungsfestsetzung des vorläufigen Insolvenzverwalters angehört werden.

b) Die Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde des Schuldners gegen die Festsetzung der Vergütung beginnt regelmäßig bereits mit der öffentlichen Bekanntmachung im Internet und nicht erst mit einer späteren persönlichen Zustellung, auch wenn der Schuldner zuvor nicht angehört wurde.

(BGH, Beschluss vom 12. 7. 2012 – IX ZB 42/10)

§ 295 InsO – Restschuldbefreiungsverfahren; regelmäßige Zahlungen an den Treuhänder

Der selbständig tätige Schuldner, dem die Restschuldbefreiung angekündigt ist, hat in regelmäßigen Abständen, zumindest jährlich, Zahlungen an den Treuhänder zu erbringen.

(BGH, Beschluss vom 19. 7. 2012 – IX ZB 188/09)

§ 296 InsO – Restschuldbefreiungsverfahren; Versagung auf Antrag des Gläubigers

3 1. Das Beschwerdegericht [LG Hamburg] hat ausgeführt, nach höchstrichterlicher Rechtsprechung sei die Versagung der Restschuldbefreiung seitens des Insolvenzgerichts von Amts wegen gemäß § 296 Abs. 2 Satz 3 InsO möglich, wenn der Schuldner auf eine Aufforderung des Gerichts zur Mitwirkung und Auskunftserteilung gegenüber dem Gericht unentschuldig untätig bleibe. Eines zulässigen Gläubigerantrages bedürfe es dazu nicht.

4 2. Demgegenüber hat der Senat (in einem dem Beschwerdegericht noch nicht bekannten Beschluss) entschieden, dass dem Schuldner unter den Voraussetzungen des § 296 Abs. 2 InsO Restschuldbefreiung nur versagt werden kann, wenn diesem Verfahren ein statthafter Versagungsantrag nach § 296 Abs. 1 ZPO zugrunde liegt (Beschluss vom 19. Mai 2011 – IX ZB 274/10, NZI 2011, 640 Rn. 10 ff). Nach dem Gesetzeswortlaut des § 296 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 1 InsO und der Gesetzessystematik kann es eine Versagung der Restschuldbefreiung ohne einen Gläubigerantrag nicht geben. Ohne den Antrag eines hierzu berechtigten Gläubigers setzt die Amtsermittlungspflicht des Insolvenzgerichts zum Vorliegen von Versagungsgründen nicht ein. Ebenso entstehen die besonderen, sich aus § 296 Abs. 2 InsO ergebenden Auskunftspflichten des Schuldners regelmäßig erst nach einem statthafter Antrag auf Versagung der Restschuldbefreiung. Das Verfahren auf Versagung der Restschuldbefreiung unterliegt der Gläubigerautonomie. Eine Einleitung des Versagungsverfahrens nach § 296 Abs. 2 InsO von Amts wegen sieht die Insolvenzordnung nicht vor.

5 Da es vorliegend an einem Gläubigerantrag fehlt und das Insolvenzgericht das Versagungsverfahren nach § 296 Abs. 2 InsO von Amts wegen eingeleitet hat, kann der Versagungsbeschluss keinen Bestand haben und ist aufzuheben. Das kann der Senat nach § 577 Abs. 5 Satz 1 ZPO selbst entscheiden.

(BGH, Beschluss vom 19. 7. 2012 – IX ZB 215/11)

§§ 5, 295, 296 InsO – Restschuldbefreiungsverfahren; angemessene Erwerbstätigkeit des Schuldners zu angemessener Bezahlung; Amtsermittlung

2 1. Die von der Rechtsbeschwerde geltend gemachte Abweichung der angegriffenen Entscheidung von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt nicht vor. Das Beschwerdegericht hat den Versagungsantrag der Gläubigerin nach § 296 Abs. 1 Satz 1 InsO nicht mangels Glaubhaftmachung zurückgewiesen, sondern zu Recht festgestellt, dass die im Antrag vorgebrachten Tatsachen nicht auf eine Obliegenheitsverletzung des Schuldners im Sinne von § 295 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 3 InsO schließen lassen. Auch nach der von der Rechtsbeschwerde zitierten Senatsentscheidung bedarf es zunächst einmal eines schlüssigen Vortrags des antragstellenden Gläubigers, welcher einen Versagungsstatbestand wahrscheinlich macht, bevor aufwendige gerichtliche Ermittlungen aufgenommen werden (BGH, Beschluss vom 11. September 2003 – IX ZB 37/03, BGHZ 156, 139, 142). Im Streitfall lässt sich aus dem Vorbringen der Gläubigerin nicht darauf schließen, dass der Schuldner Bezüge im Sinne von § 295 Abs. 1 Nr. 3 InsO verheimlicht hat.

3 2. Die von der Rechtsbeschwerde aufgeworfene Frage, ob eine angemessene Erwerbstätigkeit im Sinne von § 295 Abs. 1 Nr. 1 InsO auch eine angemessene Bezahlung erfordere, wird einhellig bejaht und bedarf keiner höchstrichterlichen Klärung

(vgl. BGH, Beschluss vom 5. März 2009 – IX ZB 2/07, NZI 2009, 326 Rn. 2; MünchKomm-InsO/Ehrlicke, 2. Aufl., § 295 Rn. 17; HK-InsO/Landfermann, 6. Aufl., § 295 Rn. 5; Wenzel in Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand: Mai 2008, § 295 Rn. 6; FK-InsO/Ahrens, 6. Aufl., § 295 Rn. 15; Uhlenbruck/Vallender, InsO, 13. Aufl., § 295 Rn. 11; GrafSchlicker/Kexel, InsO, 2. Aufl., § 295 Rn. 4; Römermann in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand: Januar 2011, § 295 Rn. 4).

4 3. Ebenso wenig liegt eine Verletzung von Verfahrensgrundrechten vor. Da das Insolvenzgericht zu Recht von einem von Beginn an unzulässigen Versagungsantrag der Gläubigerin ausgegangen ist, hatte seine Amtsermittlungspflicht nach § 5 Abs. 1 Satz 1 InsO noch nicht begonnen und es war nicht gehalten, den Schuldner nach § 296 Abs. 2 Satz 2 InsO zur weiteren Mitwirkung und zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zu verpflichten (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Mai 2011 – IX ZB 274/10, WPM 2011, 1280 Rn. 13).

(BGH, Beschluss vom 1. 12. 2011 – IX ZB 112/11)

Art. 15 Brüssel I-VO – Verbrauchergerichtsstand

Zum Verbrauchergerichtsstand nach Art. 15 Abs. 1 c) EuGVVO.

(BGH, Urteil vom 29. 11. 2011 – XI ZR 172/11)

Art. 103 GG; § 19 GmbHG n.F. – Gesetzesänderung im Laufe des Rechtsstreits; Fürsorgepflicht des Gerichts; Grundsatz des fairen Verfahrens; MoMiG; verdeckte Sacheinlage

a) Tritt im Laufe eines Rechtsstreits eine Gesetzesänderung in Kraft, die sofortige Wirksamkeit entfaltet, gebieten es die Grundsätze des fairen Verfahrens und die Fürsorgepflicht des Gerichts, dass es der erstinstanzlich erfolgreichen Partei rechtzeitig einen Hinweis darauf erteilt, dass es die Rechtslage anders beurteilt als das erstinstanzliche Gericht. Dies gilt auch dann, wenn der Prozessgegner der anwaltlich vertretenen Partei auf Schlüssigkeitsbedenken hingewiesen hat, für das Gericht aber offen zu Tage tritt, dass der Hinweis nicht richtig verstanden wurde.

b) Zahlt der Gesellschafter den Einlagebetrag (hier: aus einer Kapitalerhöhung) nach Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses ein zweites Mal an die Gesellschaft verbunden mit der Anweisung, die Zahlung an ihn zur Tilgung seiner Bereicherungsforderung aus einem ersten, fehlgeschlagenen Erfüllungsvorversuch zurück zu überweisen, liegt darin eine verdeckte Sacheinlage in Form des Hin- und Herzählens.

(BGH, Beschluss vom 10. 7. 2012 – II ZR 212/10)

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.

§ 91a ZPO; §§ 535, 581 BGB – Pachtsache; Kosten nach übereinstimmender Erledigungserklärung in der Revisionsinstanz; Zurückbehaltungsrecht des Pächters wegen unterlassener Nebenkostenabrechnungen

1 Nach der – auch in der Revisionsinstanz zulässigen – übereinstimmenden Erledigungserklärung der Parteien ist gemäß § 91 a ZPO unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen über die gesamten Kosten des Rechtsstreits zu entscheiden. Dabei ist es nicht Zweck einer solchen Kostenentscheidung, Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären. Grundlage der Entscheidung ist lediglich eine summarische Prüfung, bei der das Gericht davon absehen kann, grundsätzliche Rechtsfragen zu klären (BGH Beschlüsse vom 17. März 2004 – IV ZB 21/02 – NJW-RR 2004, 1219 f.; vom 17. Juli 2006 – II ZR 163/03 – DStR 2007, 1361; vom 28. Oktober 2008 – VIII ZB 28/08 – NJW-RR 2009, 422 [= WuM 2008, 748 f.]; vom 20. Oktober 2009 XI ZR 261/08 – juris und vom 18. Oktober 2011 – KVR 35/08 – juris Rn. 3).

2 Der Senat sieht sich deshalb nicht veranlasst, die für die Zulassung der Revision maßgebende Rechtsfrage zu entscheiden, ob dem Pächter wegen unterlassener Nebenkostenabrechnungen des Verpächters ein Zurückbehaltungsrecht nicht nur an den laufenden Nebenkostenvorauszahlungen, sondern an dem gesamten Pachtzins zusteht.

3 Da andere Verteilungskriterien nicht gegeben sind, sind die Kosten des Revisionsverfahrens gegeneinander aufzuheben. Im Übrigen ist über die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung der rechtskräftig entschiedenen Teilforderungen wie beschlossen zu entscheiden.

(BGH, Beschluss vom 20. 6. 2012 – XII ZR 131/10)

§§ 529, 533, 596 ZPO – ZPO-Reform; Abstehen vom Urkundenprozess im Berufungsverfahren; vereinbartes Widerrufsrecht

a) Auch nach der Neugestaltung des Berufungsverfahrens durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27. Juli 2001 (ZPO-RG, BGBl. I S. 1877) ist das Abstehen vom Urkundenprozess im Berufungsverfahren wie eine Klageänderung zu behandeln und daher nach § 533 ZPO zulässig, wenn die beklagte Partei einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält (Anschluss an BGH, Urteil vom 13. April 2011 – XII ZR 110/09, BGHZ 189, 182 [= GuT 2011, 310 KL]).

b) Mit dem zulässigen Rechtsmittel gelangt der gesamte aus den Akten ersichtliche Streitstoff des ersten Rechtszugs in die Berufungsinstanz, so dass das Berufungsgericht Parteivorbringen, das vom erstinstanzlichen Gericht für unerheblich erachtet worden ist, auch dann berücksichtigen darf, wenn es im Urteilstatbestand keine Erwähnung gefunden hat.

(BGH, Urteil vom 22. 5. 2012 – II ZR 35/10)

§§ 233, 321a, 511 ZPO – Zweifel der Beschwer; Berufung neben Anhörungsrüge; der sicherste Weg

Bestehen Zweifel, ob der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 € übersteigt, hat der Rechtsanwalt den für seinen Mandanten sichersten Weg zu beschreiten, selbst wenn dies zu der Notwendigkeit führt, zwei Rechtsbehelfe (hier: Berufung und Anhörungsrüge) parallel anhängig zu machen.

(BGH, Beschluss vom 8. 5. 2012 – VI ZB 1/11 und VI ZB 2/11)

§§ 321a, 318 ZPO; Art. 103 GG – nachträgliche Revisionszulassung durch das Berufungsgericht auf eine Anhörungsrüge hin ohne Feststellung eines Gehörverstößes

Lässt das Berufungsgericht auf eine Anhörungsrüge hin die Revision nachträglich zu, ohne einen darauf bezogenen Gehörs-

verstoß festzustellen, ist die Zulassungsentscheidung verfahrensfehlerhaft ergangen und bindet das Revisionsgericht nicht (im Anschluss an BGH NJW 2011, 1516 [= WuM 2011, 391]).

(BGH, Urteil vom 1. 12. 2011 – IX ZR 70/10)

§§ 544, 114 ZPO; § 26 EGZPO – wirtschaftliche Beschwerde zur Nichtzulassungsbeschwerde; subjektiv empfundene Beschwer

¹ Prozesskostenhilfe kann nur gewährt werden, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (§ 114 ZPO).

² Die von den Antragstellern beabsichtigte Nichtzulassungsbeschwerde (§ 544 Abs. 1 Satz 1 ZPO) hat jedoch keine Erfolgsaussicht. Eine solche Beschwerde ist gemäß § 26 Nr. 8 EGZPO nur zulässig, wenn der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwerde 20.000 € übersteigt. Dies ist hier nicht der Fall. Die Beschwer bemisst sich nach dem Interesse des Rechtsmittelklägers an der Abänderung der Entscheidung. Dieses Interesse ist unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bewerten (z. B. BGH, Beschlüsse vom 6. November 2008 – V ZR 48/08, BeckRS 2008, 24125 Rn. 2 und vom 24. Novem-

ber 1971 – VIII ZR 80/71, BGHZ 57, 301, 302 f jew. mwN), so dass es entgegen der Ansicht der Vertreterin der Kläger nicht auf die subjektiv empfundene „grundsätzliche Bedeutung und das grundsätzliche Interesse, welches die Kläger dauerhaft an einer gerichtlichen Entscheidung haben“, ankommt. Ebenso ist das Interesse dritter Personen, die an dem Rechtsstreit nicht beteiligt sind, an einer höchstrichterlichen Entscheidung für die Beschwer der unterlegenen Partei nicht von Bedeutung.

(BGH, Beschluss vom 8. 3. 2012 – III ZA 2/12)

§ 41 GKG; § 559 BGB – Gebührenstreitwert; Feststellungsklage des Wohnraummieters zur Unwirksamkeit der Mieterhöhungserklärung nach Modernisierung; Anwaltszwang

Der Gebührenstreitwert für den Klageantrag des Mieters auf Feststellung, dass sich die Nettokaltmiete durch die Modernisierungsmieterhöhungserklärungen des Vermieters nicht erhöht hat, bemisst sich gemäß § 41 Abs. 5 Satz 1 GKG auf den zwölffachen Erhöhungsbetrag.

(KG, Beschluss vom 16. 7. 2012 – 8 W 36/12)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 36.

Teileigentum

§ 12 ErbbauRG; § 96 BGB Erbbaurechtsgrundstück; Erschließung; Grunddienstbarkeiten für Wegerecht und Leitungsrecht nach Erlöschen des Erbbaurechts

Mit dem Erlöschen des Erbbaurechts werden für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellte Grunddienstbarkeiten mit dem Inhalt von Wege- und Leitungsrechten Bestandteile des Erbbaugrundstücks.

(BGH, Urteil vom 17. 2. 2012 – V ZR 102/11)

¹ **Zum Sachverhalt:** Die Kläger sind Eigentümer des Reihenhausgrundstücks R.straße 25. Den Beklagten gehört das benachbarte Reihenhausgrundstück R.straße 23, das mit einem Erbbaurecht belastet war. Zugunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten lastete auf dem Grundstück der Kläger eine Grunddienstbarkeit mit dem Inhalt eines Wegerechts. Im Jahr 2005 erwarben die Beklagten sowohl das auf dem Grundstück R.straße 23 lastende Erbbaurecht als auch das Eigentum an diesem Grundstück. Sie hoben das Erbbaurecht auf, dessen Eintragung im Grundbuch gelöscht wurde.

² Im Jahr 2009 beantragten die Kläger bei dem Grundbuchamt, das als Belastung ihres Grundstücks eingetragene Wegerecht zugunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten zu löschen. Die Beklagten erteilten keine Löschungsbewilligung. Auf Grund einer Entscheidung des Landgerichts im Grundbuchbeschwerdeverfahren nahm das Grundbuchamt im September 2010 die Löschung vor.

³ Die Kläger haben von den Beklagten verlangt, es zu unterlassen, ihr Grundstück zu betreten oder dies ihren Kindern zu gestatten. Das Amtsgericht Alsfeld hat der Klage stattgege-

ben; das Landgericht Gießen hat sie abgewiesen. Mit der von diesem zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihren Antrag auf Unterlassung weiter.

⁴ **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht bejaht ein Wegerecht der Beklagten am Grundstück der Kläger. Es ist der Ansicht, das zu Gunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten eingetragene Wegerecht sei mit der Aufgabe des Erbbaurechts nicht erloschen, sondern gemäß § 12 Abs. 3 ErbbauRG Bestandteil des von den Beklagten erworbenen Grundstücks geworden. Diese Vorschrift sei auf alle Bestandteile des ehemaligen Erbbaurechts, mithin auch auf die nach § 96 BGB als Bestandteile geltenden subjektiv-dinglichen Rechte anzuwenden.

⁵ II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung stand. Dem von den Klägern geltend gemachten Unterlassungsanspruch (§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB) steht das für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellte Wegerecht entgegen.

⁶ 1. Die Grunddienstbarkeit ist nicht schon dadurch erloschen, dass ihre Eintragung als Belastung im Grundbuch gelöscht worden ist. Ein dingliches Recht geht allein durch die Löschung im Grundbuch nicht unter, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für sein Erlöschen nicht vorliegen (BayObLG, MittBayNot 1995, 42, 43). Wird ein bestehendes Recht – wie hier – zu Unrecht im Grundbuch gelöscht, bleibt es gleichwohl außerhalb des Grundbuchs bestehen (KEHE-Dümig, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 22 GBO Rn. 35).

⁷ 2. Materiell-rechtlich ist das als Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB bestellte Wegerecht nicht erloschen.

⁸ a) Das Recht kann infolge der Aufhebung des Erbbaurechts allerdings nicht mehr als dessen Bestandteil fortbestehen. Grunddienstbarkeiten nach § 1018 BGB sind subjektiv-dingliche

Rechte, die nach §§ 96, 93 BGB als wesentliche, nicht abtrennbare Bestandteile des herrschenden Grundstücks gelten (vgl. RGZ 93, 71, 72; BayObLG NJW-RR 1990, 1043, 1044 [= WuM 1990, 621 KL] und NJW-RR 2003, 451, 452 [= WuM 2003, 178 KL]; OLG Hamm, OLGZ 1980, 270, 271; OLG Köln, NJW-RR 1993, 982, 983 [= WuM 1993, 690]). Sie sind sonderrechtsunfähig und teilen das Schicksal der Sache, mit der sie verbunden sind (juris-PK/Vieweg, BGB, 5. Aufl., § 96 Rn. 7; MünchKommBGB/Stresemann, BGB, 6. Aufl., § 96 Rn. 7; Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., § 96 Rn. 1).

9 Für eine zugunsten des jeweiligen Inhabers eines Erbbaurechts bestellte Grunddienstbarkeit gilt nichts anderes. Sie ist nach § 96 BGB ein wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts (vgl. OLG Hamm, OLGZ 1980, 270, 271). Mit dessen Aufhebung gemäß § 875 BGB, § 26 ErbbauRG kann eine Grunddienstbarkeit nicht mehr als dessen Bestandteil fortbestehen.

10 b) Das Berufungsgericht geht jedoch zutreffend davon aus, dass die für ein Wegerecht bestellte Grunddienstbarkeit nach § 12 Abs. 3 ErbbauRG mit dem Erlöschen des Erbbaurechts Bestandteil des Erbbaugrundstücks wurde. Diese Vorschrift bestimmt, dass mit dem Erlöschen des Erbbaurechts die Bestandteile des Erbbaurechts Bestandteile des Grundstücks werden. Ob die Norm jedoch über die mit dem Erbbaugrundstück verbundenen Sachen hinaus, die gemäß § 12 Abs. 1 und 2 ErbbauRG in Verbindung mit § 94 BGB Bestandteile des Erbbaurechts sind, auch die in § 96 BGB bezeichneten Rechte erfasst, ist streitig.

11 aa) Das ältere Schrifttum ging ganz überwiegend davon aus, dass die Vorschrift nur auf das Bauwerk und andere körperliche Bestandteile anzuwenden sei. Nur diese würden mit der Beendigung des Erbbaurechts Bestandteile des Erbbaugrundstücks, während die in § 96 BGB bezeichneten Rechte erlöschen und nicht auf den Eigentümer des Erbbaugrundstücks übergangen (Glaß-Scheidt, Erbbaurecht, 2. Aufl., § 12 ErbbauVO Anm. V; Kretzschmar, ErbbauVO, § 12 Anm. 4; Planck/Strecker, BGB, 5. Aufl., § 12 ErbbauVO Anm. 4 b; aA Günther, ErbbauVO, § 12 Anm. 11). In diesem Sinne hat das Landgericht Verden (NdsRpfl 1964, 249, 250) entschieden. Der gleichen Auffassung ist auch ein großer Teil des neueren Schrifttums (Erman/Grziwotz, BGB, 13. Aufl., § 12 ErbbauRG Rn. 5; Ingenstau/Hustedt, Kommentar zum Erbbaurecht, 9. Aufl., § 12 Rn. 33; Lemke/Czub, Immobilienrecht, § 12 ErbbauRG Rn. 6; Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl., § 12 Rn. 5; RGRK/Räfle, BGB, 12. Aufl., § 12 ErbbauVO Rn. 23; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 12 ErbbauVO Rn. 4; Staudinger/Rapp, BGB <2009>, § 12 ErbbauRG Rn. 25).

12 bb) Die dem entgegenstehende Auffassung im Schrifttum, der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, versteht § 12 Abs. 3 ErbbauRG unter Berufung auf den Wortlaut dagegen so, dass alle Bestandteile des Erbbaurechts, mithin auch die subjektiv-dinglichen Rechte nach § 96 BGB, mit dem Erlöschen des Erbbaurechts Bestandteile des Erbbaugrundstücks werden (Maaß, NotBZ 2002, 389, 391; ders. in Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 12 ErbbauVO Rn. 7; Böttcher, Rpfleger 2004, 21, 23; ders., Praktische Fragen des Erbbaurechts, 6. Aufl., Rn. 575; v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl., Rn. 5.256; MünchKomm-BGB/v. Oefele, 5. Aufl., § 12; ErbbauRG Rn. 10).

13 c) Der Senat teilt die letztgenannte Auffassung für die Grunddienstbarkeiten für Wege- und Leitungsrechte. Diese Rechte, die regelmäßig der Erschließung des Bauwerks dienen, werden – wie das Bauwerk selbst – mit dem Erlöschen des Erbbaurechts nach § 12 Abs. 3 ErbbauRG Bestandteile des Grundstücks.

14 aa) Für diese Ansicht spricht zunächst der Wortlaut der Vorschrift, da auch die subjektiv-dinglichen Rechte nach § 96 BGB als Bestandteile des Erbbaurechts anzusehen sind.

15 bb) Diese Auslegung trägt – jedenfalls soweit es um Grunddienstbarkeiten für Wege- und Leitungsrechte geht – zudem dazu bei, den wirtschaftlichen Zweck zu verwirklichen, der

mit dem Übergang des Eigentums am Bauwerk auf den Grundstückseigentümer beim Erlöschen des Erbbaurechts herbeigeführt werden sollte.

16 (1) Der Begründung der Verordnung über das Erbbaurecht (1. Beilage zum Deutschen Reichsanzeiger und zum Preussischen Staatsanzeiger vom 31. Januar 1919) ist allerdings nicht zu entnehmen, dass nach den Regelungsvorstellungen des Verordnungsgebers mit dem Erlöschen des Erbbaurechts nicht nur das Bauwerk und die Grundstückserzeugnisse, sondern auch die für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellten subjektiv-dinglichen Rechte auf den Grundstückseigentümer übergehen sollten. Seine mit dieser Norm verfolgte Absicht war es vielmehr, Zweifelsfragen in Bezug auf die Eigentumsverhältnisse am Bauwerk und an den Erzeugnissen des Grundstücks zu entscheiden, die sich bei den nach §§ 1012 bis 1017 BGB a.F. bestellten Erbbaurechten bei ihrem Erlöschen ergeben hatten. Mit § 12 Abs. 3 ErbbauVO (durch Art. 25 des 2. BMJBBG vom 23. November 2007, BGBl. I, S. 2614, in Erbbaurechtsgesetz umbenannt) wurde deshalb festgelegt, dass die Eigenschaft des Bauwerks als Scheinbestandteil des Grundstücks mit dem Erlöschen des Erbbaurechts endet und dieses von Rechts wegen – ohne weiteres Zutun der Beteiligten – Eigentum des Grundstückseigentümers wird.

17 (2) Der Übergang des Eigentums am Bauwerk und die dem Eigentümer nach § 27 ErbbauRG auferlegte Entschädigungspflicht für das Bauwerk zielten in wirtschaftlicher Hinsicht allerdings darauf ab, dass der Erbbauberechtigte das Bauwerk auch in den letzten Jahren der Laufzeit ordnungsgemäß unterhalten und der Grundstückseigentümer das Bauwerk in dem Zustand erhalten sollte, wie es bei dem Erbbauberechtigten bestand (Maaß, NotBZ 2002, 389, 391). Dieses Ziel würde jedoch verfehlt, wenn der Eigentümer des Erbbaugrundstücks mit dem Erlöschen des Erbbaurechts zwar Eigentümer eines ordnungsgemäß unterhaltenen Bauwerk würde, dieses aber wegen des Erlöschens der mit dem Erbbaurecht verbundenen Wege- und Leitungsrechte nicht wie zuvor der Erbbauberechtigte nutzen könnte. Dem entspricht es, § 12 Abs. 3 ErbbauRG auch auf die für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellten Wege- und Leitungsrechte anzuwenden, die als Bestandteile des Erbbaurechts mit dessen Erlöschen Bestandteile des Grundstücks werden.

18 cc) Ob § 12 Abs. 3 ErbbauRG auf alle mit dem Erbbaurecht verbundenen subjektiv-dinglichen Rechte nach § 96 BGB, also auch auf andere Dienstbarkeiten, Reallasten und dingliche Vorkaufsrechte anzuwenden ist, die nicht der weiteren Nutzung des Bauwerks dienen, erscheint zweifelhaft. Dem Zweck dieser Rechte könnte es eher entsprechen, wenn solche Rechte mit dem Erbbaurecht untergingen. Das kann jedoch dahinstehen, weil es hier um den Übergang eines für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellten Wegerechts geht.

19 dd) Einer Ergänzung wird der gesetzliche Übergang der Grunddienstbarkeiten auf das ehemalige Erbbaugrundstück auch in den Fällen bedürfen, in denen gleiche oder ähnliche Rechte als Belastungen am Erbbaurecht bestanden, die wegen der Aufhebung oder des Erlöschens des Erbbaurechts infolge Zeitablaufs an diesem jedoch nicht fortbestehen können.

20 Ansonsten ginge bei einer wechselseitigen Bestellung von Grunddienstbarkeiten durch die Eigentümer und Erbbauberechtigte benachbarter Grundstücke (für Wege- und/oder Leitungsrechte) die das ehemalige Erbbaurecht belastende Grunddienstbarkeit mit dem Erlöschen des Erbbaurechts unter, während das auf dem benachbarten Grundstück lastende Recht infolge des gesetzlichen Übergangs auf den Eigentümer des Erbbaugrundstücks nach § 12 Abs. 3 ErbbauRG fortbestünde. Eine ähnliche Bevorzugung der Interessen des Eigentümers des Erbbaugrundstücks träte in den Fällen ein, in denen das Erbbaurecht mit einer Reallast nach § 1105 BGB belastet worden war, weil das Recht zur Mitbenutzung nach dem der Grunddienstbarkeit zugrunde liegenden Vertrag nicht unentgeltlich gewährt werden sollte (zu einer solchen Absicherung der „Gegenlei-

stung“: Bamberger/Roth/Wegmann, BGB, 2. Aufl., § 1018 Rn. 46; Planck/Strecker, BGB, 5. Aufl., vor § 1018 Anm. 3). Das Erlöschen der Reallast an dem Erbbaurecht hätte dann zur Folge, dass der Eigentümer des ehemaligen Erbbaugrundstücks das auf ihn übergangene Recht weiter ausüben könnte, ohne aus der mit dem Erbbaurecht untergegangenen Reallast zur Zahlung verpflichtet zu sein.

21 Wie eine ergänzende Regelung zu § 12 Abs. 3 ErbbauRG in diesen Fällen auszusehen hätte (gesetzlicher Übergang auch der Belastungen auf das Erbbaugrundstück oder schuldrechtlicher Anspruch des Nachbarn auf Neubestellung gleichartiger Rechte am früheren Erbbaugrundstück), bedarf hier jedoch keiner Entscheidung, da für solche Rechte der Kläger an dem erloschenen Erbbaurecht nichts festgestellt oder vorgetragen worden ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 138, 141 BGB

**Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung;
Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung;
Beseitigung des erkannten Nichtigkeitsgrundes;
Bestätigung des Geschäfts; Neuabschluss**

a) Vereinbarungen, mit denen die Parteien die im Ursprungsvertrag vereinbarten Hauptleistungen (über den Kaufgegenstand oder den Preis) nachträglich ändern, sind bei der Prüfung, ob das Rechtsgeschäft wegen eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, grundsätzlich zu berücksichtigen.

b) Um einem nach § 138 Abs. 1 BGB nichtigen Vertrag Rechtswirksamkeit zu verschaffen, müssen sich die Parteien nicht nur über die zur Beseitigung des Nichtigkeitsgrundes erforderlichen Änderungen oder Ergänzungen verständigen, sondern auch das Geschäft nach § 141 Abs. 1 BGB bestätigen oder insgesamt neu abschließen.

(BGH, Urteil vom 10. 2. 2012 – V ZR 51/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin ist Treuhänderin nach § 313 InsO in einem vereinfachten Insolvenzverfahren über das Vermögen von J. I. (im Folgenden: Schuldnerin).

2 Mit notariellem Vertrag vom 3. Juli 2004 verkaufte die Beklagte der Schuldnerin eine vermietete Eigentumswohnung in Krefeld zum Preis von 54.000,00 €. Nach dem Vortrag der Beklagten wurde der Kaufpreis unmittelbar nach dem Notartermin mündlich auf 43.000,00 € reduziert, weil die Schuldnerin nicht zuvor – wie verabredet – die Wohnung vor Ort hatte besichtigen können. Im August 2004 wurde die Schuldnerin in das Grundbuch eingetragen.

3 Die Klägerin hat von der Beklagten die Rückzahlung des Kaufpreises von 54.000,00 € verlangt. Das Landgericht Krefeld hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat die Klägerin Rückzahlung der von der Schuldnerin tatsächlich gezahlten 43.000,00 € verlangt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat der Klage in diesem Umfang stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision will die Beklagte die Abweisung der Klage erreichen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht bejaht einen Anspruch der Schuldnerin gegen die Beklagte nach § 812 Abs. 1 BGB. Der Kaufvertrag sei nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, da ein besonders grobes Missverhältnis zwischen dem vereinbarten Kaufpreis von 54.000,00 € und dem Wert der Wohnung von 25.000,00 € bestehe. Umstände, welche die dadurch begründete Vermutung einer verwerflichen Gesinnung auf Seiten der Beklagten entkräften könnten, gebe es nicht. Es könne dahinstehen, ob es zu der von der Beklagten behaupteten nachträg-

lichen Kaufpreisreduzierung auf 43.000,00 € gekommen sei, da es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit ausschließlich auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts ankomme.

5 II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

6 1. Das Berufungsgericht bejaht zu Recht einen Anspruch der Schuldnerin gegen die Beklagte nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB (Leistungskondition). Die Schuldnerin hat zur Erfüllung des Kaufvertrags durch die finanzierende Bank 43.000,00 € an die Beklagte gezahlt. Diese Zahlung erfolgte ohne Rechtsgrund, da der Kaufvertrag nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.

7 2. Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht an, dass der ursprüngliche Kaufvertrag mit einem Preis von 54.000 € nichtig war.

8 a) Ein gegenseitiger Vertrag kann, auch wenn der Wucheratbestand des § 138 Abs. 2 BGB nicht erfüllt ist, als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig sein, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung objektiv ein auffälliges Missverhältnis besteht und mindestens ein weiterer Umstand hinzukommt, der den Vertrag als sittenwidrig erscheinen lässt. Ist das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besonders grob (wovon bei Grundstücksgeschäften bereits dann auszugehen ist, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung), lässt dies den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten zu (Senat, Urteil vom 19. Januar 2001 – V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 302 mwN.).

9 b) Dies ist hier der Fall, weil nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts der Wert der verkauften Wohnung im Zeitpunkt des Verkaufs lediglich 25.000,00 €, also weniger als die Hälfte des Kaufpreises von 54.000,00 € betrug. Zwar weist die Revision zutreffend darauf hin, dass dieses grobe Missverhältnis die Klägerin nicht von ihrer Behauptungslast hinsichtlich einer verwerflichen Gesinnung der Beklagten befreit. Den Anforderungen an die Behauptungslast ist jedoch genügt, wenn aus dem Kontext mit dem Vortrag zu einem groben Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ersichtlich ist, dass die benachteiligte Vertragspartei sich auf die darauf begründete Vermutung beruft (Senat, Urteil vom 9. Oktober 2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 363 [= WuM 2009, 755] Rn. 19). Das hat die Klägerin getan, indem sie unter Hinweis auf die einschlägige Senatsrechtsprechung die Sittenwidrigkeit des Kaufvertrags geltend gemacht hat.

10 c) Die aus einem groben Äquivalenzmissverhältnis begründete tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung des begünstigten Vertragsteils kommt nur dann nicht zum Tragen, wenn sie im Einzelfall durch besondere Umstände erschüttert ist (Senat, Urteile vom 19. Januar 2001 – V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 305, vom 5. Oktober 2001 – V ZR 237/00, NJW 2002, 429, 432 und vom 29. Juni 2007 – V ZR 1/06, NJW 2007, 2841, 2842 [= GuT 2007, 314 KL]). Die die Vermutung erschütternden Umstände hat die von dem Missverhältnis begünstigte Vertragspartei darzulegen (Senat, Urteil vom 29. Juni 2007 – V ZR 1/06, NJW 2007, 2841, 2842).

11 Daran fehlt es. Den Hinweis der Beklagten auf die Belastung der verkauften Wohnung mit einer Grundschuld von 78.000 € hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei als unerheblich angesehen, da sie über den Wert der Wohnung unmittelbar nichts besagt und bei einem Verkauf durch ein im Immobiliengewerbe tätiges Unternehmen in der Regel davon auszugehen ist, dass dieses den Wert der von ihnen veräußerten Grundstücke und Wohnungen zumindest erkennen kann. Dies entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. Senatsurteil vom 19. Januar 2001 – V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 303; BGH, Urteil vom 14. Juli 2004 – XII ZR 352/00, NJW 2004, 3553, 3555 [= GuT 2004, 225]).

12 3. Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, die von der Beklagten behauptete Ermäßigung

des Kaufpreises unmittelbar nach Vertragsschluss sei schon deshalb unerheblich, weil die Sittenwidrigkeit eines Vertrages nicht dadurch beseitigt werden könne, dass der sich sittenwidrige Verhalten die überhöhte Leistung nachträglich reduziere.

13 a) Richtig an dieser Begründung ist nur der Ausgangspunkt, dass es in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich darauf ankommt, ob das zu beurteilende Rechtsgeschäft bei seiner Vornahme sittenwidrig war (BGH, Urteile vom 15. April 1987 – VIII ZR 97/86, BGHZ 100, 353, 359 und vom 28. Februar 1989 – IX ZR 130/88, BGHZ 107, 92, 96; Senatsurteil vom 26. Januar 2001 – V ZR 408/99, BGH-Report 2001, 448). Für die Feststellung eines besonders groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung und die daran anknüpfende Schlussfolgerung einer verwerflichen Gesinnung sind die objektiven Werte der auszutauschenden Leistungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend und nachträgliche Veränderungen grundsätzlich ohne Bedeutung (vgl. Senat, Urteile vom 3. November 1995 – V ZR 102/94, DtZ 1996, 80, 81 und vom 5. Oktober 2001 – V ZR 237/00, NJW 2002, 429, 431 mwN – st. Rspr.).

14 b) Von nachfolgenden Änderungen der Umstände zu unterscheiden sind jedoch Änderungen des Rechtsgeschäfts selbst (juris-PK/Nassall, 5. Aufl., § 138 Rn. 25). Diese sind bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit eines Vertrags zu beachten (vgl. Senatsurteile vom 26. Januar 2001 – V ZR 408/99, BGH-Report 2001, 448 und vom 29. Juni 2007 – V ZR 1/06, NJW 2007, 2841 Rn. 13 [= GuT 2007, 314 KL]; BGH, Urteile vom 27. Januar 1977 – VII ZR 339/74, WPM 1977, 399 und vom 15. April 1987 – VIII ZR 97/86, BGHZ 100, 353, 359). Vereinbarungen, mit denen die Parteien die im Ursprungsvertrag vereinbarten Hauptleistungen (über den Kaufgegenstand oder den Preis) ändern, müssen bei der Prüfung, ob das Rechtsgeschäft wegen eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung nach § 138 BGB nichtig ist, grundsätzlich berücksichtigt werden. Die Nichtigkeit des Vereinbarten bestimmt sich nach dem, was die Parteien vertraglich sich einander zu gewähren versprochen haben (vgl. BGH, Urteil vom 27. Januar 1977 – VII ZR 339/74, WPM 1977, 399 f., Senat, Urteil vom 6. Juli 2007 – V ZR 274/06, Rn. 24, juris). Ändern die Parteien das vertragliche Leistungssoll, so verändern sie damit auch die Grundlage für die Beurteilung des Rechtsgeschäfts am Maßstab des § 138 BGB.

15 c) Hätten die Parteien – wie von dem Berufungsgericht unterstellt – sich wirksam auf einen um 11.000 € ermäßigten Kaufpreis geeinigt, wäre der Kaufvertrag nicht schon wegen des Verhältnisses zwischen dem Kaufpreis und dem Wert der Wohnung als sittenwidrig anzusehen. Der durch ein besonders grobes Äquivalenzmissverhältnis begründeten Vermutung einer verwerflichen Gesinnung seitens der Beklagten fehlte die Grundlage. Ein den Wert der Sache um 72% übersteigender Preis stellt nämlich noch kein die Vermutung begründendes grobes Missverhältnis dar (vgl. BGH, Urteil vom 20. Mai 2003 – XI ZR 248/02, NJW 2003, 2529 f. zu einem um 80% den Wert der Sache übersteigenden Preis).

16 4. Die Revision bleibt jedoch im Ergebnis ohne Erfolg, da sich die Entscheidung aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig darstellt (§ 561 ZPO). Nachträgliche Vertragsänderungen sind der Prüfung des Vertrags an § 138 Abs. 1 BGB nur dann zugrunde zu legen, wenn sie auch wirksam geworden sind. Daran fehlt es hier.

17 a) Die Änderung einer Preisabrede allein kann nicht zur Wirksamkeit eines nichtigen Kaufvertrags führen. Dem stehen die gesetzlichen Voraussetzungen entgegen, unter denen ein nichtiges Rechtsgeschäft von den Parteien in Kraft gesetzt werden kann. Die Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit erfasst das gesamte Rechtsgeschäft (vgl. BGH, Urteil vom 17. Mai 1988 – VI ZR 233/87, NJW 1989, 26, 29). Die durch ein Gesetz angeordnete Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ist – sofern nicht (wie in § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB) etwas anderes bestimmt ist – endgültig (Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., Rn. 1207; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürger-

lichen Rechts, 9. Aufl., § 44 Rn. 4, S. 796). Das insgesamt nichtige Rechtsgeschäft kann nicht geheilt werden; dazu bedarf es einer Neuvernahme oder einer Bestätigung nach § 141 Abs. 1 BGB, die als eine erneute Vornahme zu beurteilen ist (vgl. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, zweiter Band, 3. Aufl., § 30 Nr. 6, S. 551; Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl., § 141 Rn. 1).

18 Die Unheilbarkeit des nach § 138 BGB nichtigen Rechtsgeschäfts führt allerdings dazu, dass dessen Änderung auch dann nicht die von den Parteien gewollten Rechtsfolgen herbeizuführen vermag, wenn es mit dem veränderten Inhalt unbedenklich und daher gültig gewesen wäre, wenn es von Anfang an so vereinbart worden wäre. Das ist die Folge der im Gesetzgebungsverfahren getroffenen Entscheidung, dem nichtigen Rechtsgeschäft jede rechtliche Wirkung zu versagen und dessen Heilung (auch durch Änderungen oder Ergänzungen) auszuschließen (vgl. dazu Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB, §§ 139 bis 144, S. 742 f., 754 f.). Das unwirksame Rechtsgeschäft kann von den Parteien nicht geändert oder ergänzt, sondern nur unter Änderungen oder Ergänzungen in Kraft gesetzt werden. Um einem nichtigen Vertrag Rechtswirksamkeit zu verschaffen, müssen sich die Parteien nicht nur über die zur Beseitigung des Nichtigkeitsgrunds erforderlichen Änderungen oder Ergänzungen verständigen, sondern das Geschäft nach § 141 Abs. 1 BGB bestätigen oder insgesamt neu abschließen (vgl. BGH, Urteil vom 10. Mai 1995 – VIII ZR 264/94, BGHZ 129, 371, 377). Soweit sich aus dem Senatsurteil vom 26. Januar 2001 (V ZR 408/99, BGH-Report 2001, 448, 449) etwas anderes ergibt, hält der Senat daran nicht fest.

19 b) Eine Neuvernahme liegt nach dem von dem Berufungsgericht als richtig unterstellten Vorbringen der Beklagten nicht vor. Die Vertragsparteien wollten den Vertrag danach nicht neu abschließen; die von der Beklagten behauptete Einigung beschränkte sich auf eine Ermäßigung des Kaufpreises auf 80% des im Notarvertrag vereinbarten Betrags.

20 c) Die von der Beklagten behauptete Vereinbarung stellt sich nicht als eine Bestätigung im Sinne von § 141 Abs. 1 BGB dar.

21 aa) Zwar kann eine Bestätigung nicht nur mit einer Vertragsänderung verbunden werden (Senatsbeschluss vom 23. September 1952 – V BLw 113/51, BGHZ 7, 161, 163 und Senatsurteile vom 1. Oktober 1999 – V ZR 168/98, NJW 1999, 3704, 3705 und vom 29. Juni 2007 – V ZR 1/06, NJW 2007, 2841 Rn. 14), sondern auch in der Änderungsvereinbarung selbst liegen (BGH, Urteil vom 6. Mai 1982 – III ZR 11/81, NJW 1982, 1981 und vom 29. Juni 2007 – V ZR 1/06, NJW 2007, 2841 Rn. 14). Voraussetzung für eine Bestätigung eines Vertrags nach § 141 Abs. 1 BGB ist allerdings, dass die Vertragsparteien den Grund der Nichtigkeit kennen oder zumindest Zweifel an dessen Rechtsbeständigkeit haben (BGH, Urteil vom 10. Mai 1995 – VIII ZR 264/94, BGHZ 129, 371, 377 und vom 28. November 2008 – BLw 7/08, ZIP 2009, 264, 267 mwN). Eine Bestätigung scheidet dagegen aus, wenn die Parteien das Rechtsgeschäft bedenkenfrei für gültig halten (vgl. BGH, Urteile vom 10. Mai 1995 – VIII ZR 264/94, BGHZ 129, 371, 377 und vom 17. März 2008 – II ZR 239/06, NJW-RR 2008, 1488, 1490 [= WuM 2008, 514 KL]). Diese Grundsätze gelten auch für eine Bestätigung, mit der die Vertragsparteien – wie hier – zugleich den nach § 138 Abs. 1 BGB nichtigen Vertrag zu Gunsten der im Ursprungsvertrag besonders benachteiligten Vertragspartei abändern (Senatsurteil vom 29. Juni 2007 – V ZR 1/06, NJW 2007, 2841 Rn. 14).

22 bb) Für einen Bestätigungswillen der Schuldnerin fehlt jeder Anhaltspunkt. Die Beklagte hat nicht vorgebracht, dass die Schuldnerin die Unwirksamkeit des Ursprungsvertrags kannte oder wegen des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung Zweifel an der Wirksamkeit hatte. So etwas wird auch von der Revision nicht aufgezeigt. Das in dem Berufungsurteil wieder-gegebene Vorbringen der Beklagten, dass die Schuldnerin kaum über die Sachkunde verfügt habe, um bei der (unterbliebenen)

Besichtigung zu einer Werteinschätzung zu gelangen, legt vielmehr nahe, dass seitens der Schuldnerin gegenüber der Beklagten Bedenken wegen des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung nicht aufgetreten sind.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 12 WEG

Wohnungseigentum; Veräußerungsbeschränkung; Verwalterzustimmung; Schenkung

Eine nach § 12 Abs. 1 WEG im Grundbuch eingetragene Veräußerungsbeschränkung, wonach die Veräußerung des Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters bedarf, erfasst auch eine rechtsgeschäftliche Übertragung im Wege der Schenkung (Abgrenzung zu Senat, Beschluss vom 17. 8. 2010 – 1 W 97/10, BeckRS 2010, 21753 [= GuT 2010, 372]).

(KG, Beschluss vom 24. 5. 2012 – 1 W 121/12)

Zum Sachverhalt: Der eingetragene Eigentümer, der Beteiligte zu 1., übertrug mit notarieller Urkunde vom 1. 4. 2011 der Beteiligten zu 2. das im Wohnungsgrundbuch von Berlin-Wedding verzeichnete Eigentum bestehend aus einem Miteigentumsanteil von 25/1000 am Grundstück Gebäude und Freifläche, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung, Aufteilungsplan Nr. ...

Im Bestandsverzeichnis ist u. a. eingetragen: „Zur Veräußerung des Wohnungseigentums ist die Zustimmung des Verwalters erforderlich.“

Der eingetragene Eigentümer und der Beteiligte begehren u. a. die Eigentumsumschreibung auf den Beteiligten. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 2. 3. 2012 zu Ziff. 1. darauf hingewiesen, dass für die beantragte Eigentumsumschreibung die Zustimmung des WEG-Verwalters vorzulegen sei.

Der Notar hat gegen die Zwischenverfügung Beschwerde eingelegt. Er ist der Ansicht, die Verwalterzustimmung sei im Hinblick auf die Entscheidung des Senats vom 17. 8. 2010, 1 W 97/10 [GuT 2010, 372], nicht erforderlich. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde durch Beschluss vom 5. 4. 2012 nicht abgeholfen und die Sache dem Kammergericht zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen: II. Das durch den Notar eingelegte Rechtsmittel ist als Beschwerde gemäß § 71 Abs. 1 GBO gegen Ziffer 1 der Zwischenverfügung auszulegen und als solche zulässig. Der Notar hat das Rechtsmittel zwar nicht ausdrücklich auf Ziffer 1 der Zwischenverfügung beschränkt, seine Ausführungen jedoch ausschließlich auf diesen Punkt ausgerichtet.

Die Beschwerde ist weiter dahin auszulegen, dass sie durch den eingetragenen Eigentümer und die Beteiligten zu 2. erhoben werden soll. Wenn der beurkundende Notar im Rahmen der vermuteten Vollmacht nach § 15 GBO Beschwerde einlegt, sind grundsätzlich alle Antragsberechtigten als Beschwerdeführer anzusehen, wenn sich nicht aus einer ausdrücklichen Angabe oder aus den Umständen etwas anderes ergibt (vgl. nur Demharter, GBO, 27. Aufl., § 15 Rdn. 20). Antragsberechtigt für die beantragte Eigentumsumschreibung, an deren Eintragung sich das Grundbuchamt gehindert sah, sind der eingetragene Eigentümer und der Beteiligte zu 2.

III. In der Sache bleibt die Beschwerde jedoch ohne Erfolg. Das Grundbuchamt hat den Beteiligten zu Recht aufgegeben, die nach dem Inhalt des Sondereigentums zur Veräußerung erforderliche Verwalterzustimmung gemäß § 12 WEG beizubringen. Dies ergibt sich aus der im Bestandsverzeichnis eingetragenen Veräußerungsbeschränkung. Gemäß § 12 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Drit-

ten bedarf. Veräußerung ist dabei die rechtsgeschäftliche Übertragung des Wohnungseigentums unter Lebenden im Gegensatz zur Enteignung, zum Eigentumsübergang kraft Gesetzes (Erbfall, Zuschlag in der Zwangsversteigerung) oder zur Erbteilsabtretung und zur Belastung des Wohnungseigentums (Wenzel in: Bärmann, WEG, 10. Aufl., § 12 Rdn. 16). Die von § 12 WEG gestatteten Veräußerungsbeschränkungen sind nicht gesetzlicher Inhalt des Sondereigentums; sie werden es erst durch besondere Vereinbarung, sei es bei Begründung des Wohneigentums, sei es durch später vereinbarte Änderung der Gemeinschaftsordnung. Die Eigentümer bestimmen durch die Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung selbst, in welchen Veräußerungsfällen eine Zustimmung erforderlich ist (vgl. Senat, Beschluss vom 17. 08. 2010, 1 W 97/10, m. w. N.).

Anders als in der von den Beschwerdeführern in Bezug genommenen Entscheidung des Senats vom 17. 08. 2010, 1 W 97/10, haben die Eigentümer vorliegend die „Veräußerung“ einem Zustimmungserfordernis unterstellt. Dieser Begriff ist weiter als die Formulierung eines Zustimmungserfordernisses für den „Verkauf“. Denn bei der Veräußerung als rechtsgeschäftlicher Übertragung kommt es auf eine Entgeltlichkeit nicht an. Deshalb fallen auch Schenkungen unter den Begriff der Veräußerung (Grziwotz in Jennißen, WEG, 2. Aufl., Rz. 6 zu § 12; i. E. auch Kreuzer DNotZ 2012, 11). Der Begriff der Veräußerung umfasst mithin alle Rechtsgeschäfte unabhängig davon, ob diese entgeltlich oder aber unentgeltlich erfolgen. Aus dem Zweck des § 12 WEG, den Wohnungseigentümern die Möglichkeit zu geben, sich gegen das Eindringen störender oder zahlungsunfähiger Personen in die Eigentümergemeinschaft zu schützen (KG, FGPrax 2004, 69) erschließt sich ohne Weiteres, dass es für das Zustimmungserfordernis nicht darauf ankommen kann, ob der neue Wohnungseigentümer seine Rechtsstellung durch ein entgeltliches oder ein unentgeltliches Rechtsgeschäft erworben hat. Daher unterliegt auch eine Eigentumsübertragung durch Schenkung der Verwalterzustimmung.

Mitgeteilt von VRiKG B. Becker, Berlin

§§ 12, 23, 46 WEG

Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung des Wohnungseigentums; Verweigerung aus wichtigem Grund; Bestandskraft fehlerhaften Beschlusses; Anfechtungsklage des nicht Berechtigten/Bucheigentümers

a) Hat derjenige, der im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, das Wohnungseigentum nach materiellem Recht nicht wirksam erworben, so ist er zu der Erhebung einer Anfechtungsklage nicht befugt; der wahre Berechtigte ist Träger der mit dem Wohnungseigentum verbundenen Rechte und Pflichten.

b) Kann die Zustimmung zu der Veräußerung von Wohnungseigentum nach der Teilungserklärung nur aus wichtigem Grund verweigert werden, wird ein die Zustimmung versagender Beschluss der Wohnungseigentümer im Regelfall auch dann bestandskräftig, wenn ein wichtiger Grund zu Unrecht angenommen worden ist.

(BGH, Urteil und Versäumnisurteil vom 20. 7. 2012 – V ZR 241/11)

1 Zum Sachverhalt: Mit notarieller Erklärung vom 16. Dezember 1985 wurde das Grundstück Nstr. 11 in B. durch die Miteigentümer, nämlich die Beklagten zu 1 und 2 sowie Herrn Bo. und Frau Bi., in Eigentumswohnungen aufgeteilt. Die Teilungserklärung sieht vor, dass die Veräußerung des Wohnungseigentums der schriftlichen Zustimmung des Verwalters bedarf. Den Miteigentümern Bo. und Bi. wurde die Einheit Nr. 3 zugewiesen, die sie mit notariellem Vertrag vom 2. Juni 1986 an den Kläger zu 1 veräußerten; er wurde am 13. Januar 1987 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Weil die Zustimmung des Verwalters nicht nachgewiesen war, wurde 1992 ein

Amtswiderspruch in das Grundbuch eingetragen. Die Rechtsmittel des Klägers zu 1 waren erfolglos. In der Eigentümerversammlung vom 12. September 1992 versagten die Wohnungseigentümer die Zustimmung zu der Veräußerung durch Beschluss. Die dagegen gerichtete Anfechtungsklage des Klägers zu 1 wies das Landgericht ab, weil es ihn nicht als klagebefugt ansah.

2 Im Jahr 2001 beantragten die Veräußerer ihre Wiedereintragung in das Grundbuch. Der Kläger zu 1 machte geltend, die Wohnungseigentümer hätten der Veräußerung konkludent zugestimmt. Das Amtsgericht wies den Antrag der Veräußerer zurück; ihre Beschwerde war erfolglos. Der Amtswiderspruch wurde im Jahr 2005 gelöscht. Die gegen die Veräußerer gerichtete Klage des Klägers zu 1 auf Rückzahlung des Kaufpreises und Schadensersatz wies das Landgericht mit Urteil vom 18. Juli 2007 mit der Begründung zurück, der Kläger zu 1 habe infolge konkludenter Zustimmung der Wohnungseigentümer wirksam Eigentum erworben.

3 In der Eigentümerversammlung vom 22. Februar 2008, zu der der Kläger zu 1 – wie schon in den Vorjahren – nicht eingeladen war, wurden verschiedene Beschlüsse gefasst. Der Kläger zu 1 macht zuletzt noch die Nichtigkeit der Beschlüsse zu TOP 2, 7, 8, 10 und 12 geltend. Die Klägerin zu 2, eine weitere Wohnungseigentümerin, will die Beschlüsse zu TOP 2, 8 und 12 für ungültig erklären lassen. Das Amtsgericht Schöneberg hat die Nichtigkeit der Beschlüsse festgestellt. Die Berufung des Beklagten zu 1 ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger zu 1 beantragt, will der Beklagte zu 1 die Abweisung der Klagen erreichen.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht [LG Berlin] meint, der Kläger zu 1 sei klagebefugt. Weil er im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sei, sei sein Eigentum gemäß § 891 Abs. 1 BGB zu vermuten. Allerdings fehle es an einer ausdrücklichen Zustimmung des Verwalters zu der Veräußerung. Ob dies ausreiche, um die Vermutungswirkung zu beseitigen, könne dahinstehen. Denn jedenfalls sei die Zustimmung konkludent von den übrigen Miteigentümern erteilt worden. Eine Zustimmung der Beklagten zu 3 und 4, die ihr Wohnungseigentum erst nach der fraglichen Veräußerung erworben hätten, sei nicht erforderlich. Der – ohnehin gelöschte – Amtswiderspruch entkräfte die Vermutungswirkung ebenso wenig wie die späteren Gerichtsverfahren. In der Sache führe die fehlende Einladung des Klägers zu der Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse, weil sie von der Absicht getragen gewesen sei, ihn von der Mitwirkung an der Willensbildung der Gemeinschaft auszuschließen.

5 II. Weil die Klägerin zu 2 trotz ordnungsgemäßer Ladung in dem Verhandlungstermin nicht vertreten war, ist durch Versäumnis- und Endurteil zu entscheiden, wobei das Urteil auf einer Sachprüfung beruht.

6 Die Revision hat Erfolg.

7 A. Die von dem Kläger zu 1 erhobene Klage ist unzulässig. Das Berufungsgericht hat ihn zu Unrecht als klagebefugt angesehen.

8 1. Gemäß § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG darf die Anfechtungsklage nur von einem Wohnungseigentümer erhoben werden. In der Regel ist derjenige Wohnungseigentümer, der im Wohnungsgrundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Der Bucheigentümer muss das Wohnungs- oder Teileigentum aber auch nach materiellem Recht wirksam erworben haben. Fehlt es daran oder vollzieht sich der Eigentumserwerb außerhalb des Grundbuchs, ist der wahre Berechtigte als Wohnungseigentümer Träger der mit dem Wohnungseigentum verbundenen Rechte und Pflichten (Klein in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 10 Rn. 4 und § 46 Rn. 25; Spielbauer in Spielbauer/Then, WEG, 2. Aufl., § 10 Rn. 3). Aus diesem Grund muss derjenige, der im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, nicht gemäß § 16 Abs. 2 WEG für die Kosten und Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums aufkommen, wenn Kaufvertrag und dingliche Ein-

tragung infolge einer erfolgreichen Anfechtung gemäß § 123 BGB rückwirkend entfallen sind. Eine unrichtige Grundbucheintragung erzeugt zwar die auf dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs beruhenden Rechtswirkungen (§§ 891 ff. BGB), begründet aber nicht die nur an die Eigentümerstellung anknüpfende Haftung. Die faktische Zugehörigkeit zur Eigentümergemeinschaft vermag die fehlende Rechtsstellung nicht zu ersetzen (Senat, Beschluss vom 6. Oktober 1994 – V ZB 2/94, NJW 1994, 3352, 3353 [= WuM 1995, 51]; KG, NJW-RR 2003, 589 f. [= WuM 2002, 683 = GuT 2003, 27 KL]; OLG Düsseldorf, ZMR 2005, 719 f.; Klein in Bärmann, aaO, § 10 Rn. 4).

9 Folglich kommen dem zu Unrecht eingetragenen Bucheigentümer auch keine Mitwirkungsrechte zu. Denn insbesondere das Stimm- und Anfechtungsrecht muss mit der Verpflichtung korrespondieren, Kosten und Lasten zu tragen (Senat, Urteil vom 11. Mai 2012 – V ZR 196/11, WuM 2012, 392 [= GuT 2012, 296] Rn. 18, zum Abdruck in BGHZ vorgesehen). Ebenso wie bei einer erfolgreichen Anfechtung fehlt es an einem wirksamen Eigentumserwerb, wenn die nach der Teilungserklärung erforderliche Zustimmung zu der Veräußerung versagt wird. Das Zustimmungserfordernis bezieht sich nämlich nicht nur auf den schuldrechtlichen, sondern auch auf den dinglichen Vertrag (§ 12 Abs. 3 Satz 1 WEG; Klein in Bärmann, aaO, § 12 Rn. 32).

10 2. Danach ist der Kläger zu 1 nicht Wohnungseigentümer, weil er das Eigentum materiell-rechtlich nicht wirksam erworben hat. Es fehlt an der in § 6 Nr. 2 der Teilungserklärung (TE) vorgeschriebenen schriftlichen Zustimmung des Verwalters zu der Veräußerung.

11 a) Zu der Zeit der Veräußerung ist eine wirksame Zustimmung nicht erteilt worden. Als Verwalter waren nach § 15 TE für das Jahr 1986 die Wohnungseigentümer Bo. und H. bestellt worden; nur letzterer hat der Veräußerung zugestimmt. Dies war schon deshalb unwirksam, weil die Verwalterbestellung nichtig ist. Nach der Rechtsprechung des Senats kann eine Mehrheit von Personen nur dann wirksam zum Verwalter bestellt werden, wenn sie als rechtlich selbständige Einheit handlungsfähig ist. Ein Beschluss der Wohnungseigentümer, durch den mehrere Personen zum Verwalter bestellt werden, ist nichtig und eine durch diese Personen gemäß § 12 WEG erteilte Zustimmung unwirksam (Senat, Beschluss vom 18. Mai 1989 – V ZB 4/89, BGHZ 107, 268, 272 f.; BGH, Urteil vom 11. Dezember 1989 – II ZR 117/89, WuM 1990, 128). Nichts anderes gilt, wenn eine solche Verwalterbestellung – wie hier – nicht durch Beschluss, sondern durch eine Bestimmung der Teilungserklärung erfolgt. Ob allein der Abschluss des Veräußerungsgeschäfts zugleich als Zustimmung des Herrn Bo. in seiner Funktion als Verwalter gewertet werden kann und ob er angesichts seiner Beteiligung an dem Veräußerungsgeschäft überhaupt als Verwalter zustimmen durfte, bedarf keiner Entscheidung.

12 b) Die Veräußerung ist auch nicht durch eine nachträgliche Zustimmung der Wohnungseigentümer wirksam geworden.

13 aa) Allerdings können die Wohnungseigentümer anstelle des Verwalters die Zustimmung entweder durch einen förmlichen Mehrheitsbeschluss oder durch die Erklärung aller übrigen Wohnungseigentümer erteilen. Ist die Verwalterbestellung – wie hier – nichtig, ergibt sich dies schon aus § 27 Abs. 3 Satz 2 WEG; im Übrigen wird der Verwalter bei der Erteilung der Zustimmung regelmäßig nur als Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer tätig, weshalb diese die Entscheidung zu jeder Zeit an sich ziehen können (vgl. Senat, Urteil vom 13. Mai 2011 – V ZR 166/10, NZM 2011, 719 [= WuM 2011, 437] Rn. 9 mwN). Ob sie – wie das Berufungsgericht meint – die Zustimmung auch konkludent erteilen können, kann dahinstehen. Denn in der Zeit vor 1992 fehlte den übrigen Wohnungseigentümern jedenfalls das erforderliche Erklärungsbewusstsein, weil sie nach den Feststellungen des Berufungsge-

richts nicht wussten, dass es an einer wirksamen Zustimmung fehlte. Anschließend verweigerten sie die Zustimmung durch den Beschluss vom 12. September 1992.

14 bb) Wenn die Veräußerung infolge dieses Beschlusses unwirksam geworden war, konnte sie durch eine spätere Zustimmung nicht mehr wirksam werden. Denn nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung wird ein schwebend unwirksames Rechtsgeschäft durch die Versagung der erforderlichen Genehmigung aufgrund der rechtsgestaltenden Wirkung endgültig unwirksam bzw. nichtig (vgl. nur Senat, Urteil vom 1. Oktober 1999 – V ZR 168/98, NJW 1999, 3704 mwN; BGH, Urteil vom 30. März 1994 – XII ZR 30/92, BGHZ 125, 355, 358 jeweils mwN). Eine Bestätigung des unwirksamen Rechtsgeschäfts im Sinne von § 141 BGB war zwar möglich, setzte aber den Bestätigungswillen der Vertragsparteien voraus (Senat, Urteile vom 10. Februar 2012 – V ZR 51/11, NJW 2012, 1570 [= GuT 2012, 397] Rn. 21 f.; vom 1. Oktober 1999 – V ZR 168/98, NJW 1999, 3704 jeweils mwN). Eine Bestätigung in dem maßgeblichen Verhältnis zwischen dem Kläger zu 1 und den Veräußerern ist nicht festgestellt; für sie ist auch nichts ersichtlich.

15 cc) Ohne Erfolg macht der Kläger zu 1 erstmals mit der Revisionserwidern geltend, der Beschluss vom 12. September 1992 sei nichtig und habe nicht zu der Unwirksamkeit der Veräußerung geführt, weil es zu der Zeit der Beschlussfassung an einem – gemäß § 6 Nr. 3 TE, § 12 Abs. 2 WEG erforderlichen – wichtigen Grund für die Versagung der Zustimmung gefehlt habe. Die Berufung auf die Nichtigkeit ist ihm zwar nicht gemäß § 48 Abs. 4 WEG verwehrt, weil die von ihm erhobene Anfechtungsklage ohne Sachprüfung abgewiesen worden ist. Selbst wenn aber die Erwägungen der Wohnungseigentümer, die sie zu der Annahme eines wichtigen Grundes im Sinne der Teilungserklärung bewogen haben, der rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten sollten, führte dies nicht zu der Nichtigkeit des Beschlusses.

16 (1) Allerdings ist umstritten, welche Folge das Fehlen eines wichtigen Grundes für den die Zustimmung versagenden Beschluss hat. Überwiegend wird angenommen, er sei gemäß § 12 Abs. 2 Satz 1, § 23 Abs. 4 Satz 1 WEG nichtig (BayObLG, NZM 2003, 481, 482 [= WuM 2003, 398]; OLG Köln, NZM 2010, 557, 558 [= WuM 2010, 102]; LG Braunschweig, ZMR 2011, 158 f.; Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 23 Rn. 132; Elzer in Jennißen, WEG, 3. Aufl., § 23 Rn. 106; Timme/Hogenschurz, WEG, § 12 Rn. 51). Nach anderer Ansicht ist er nur anfechtbar (Klein in Bärmann, aaO, § 12 Rn. 42).

17 (2) Der Senat teilt die zweite Ansicht. Richtig ist, dass die Bestimmung des § 12 Abs. 2 Satz 1 WEG nicht dispositiv ist und die Wohnungseigentümer geringere Anforderungen nicht vereinbaren dürfen. Gibt die Teilungserklärung aber – wie hier – den richtigen Maßstab vor und gehen die Wohnungseigentümer von diesem aus, ist der gefasste Beschluss nicht gemäß § 23 Abs. 4 Satz 1 WEG nichtig, wenn ein wichtiger Grund tatsächlich nicht vorlag. Ein anderes Ergebnis wäre mit den Interessen der Beteiligten und dem Erfordernis der Rechtssicherheit unvereinbar. Weil die Verweigerung der Genehmigung rechtsgestaltend auf das schwebend unwirksame Veräußerungsgeschäft einwirkt, muss zu einem nachprüfaren Zeitpunkt feststehen, ob der Veräußerungsvertrag endgültig unwirksam wird. Dies gilt umso mehr, als die Frage, ob ein Grund als wichtig einzuordnen ist, in der Regel von Wertungen abhängt. Andernfalls müssten die Wohnungseigentümer – die insoweit die Beweislast tragen (Klein in Bärmann, aaO, § 12 Rn. 42 mwN) – das Vorliegen eines wichtigen Grundes, bezogen auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung, ohne zeitliche Grenzen nachweisen können. Der Beschluss kann allenfalls dann nichtig sein, wenn er auf ersichtlich sachfremden Erwägungen beruht, die offenkundig keinen wichtigen Grund darstellen. Im Regelfall ist jedoch anzunehmen, dass die Wohnungseigentümer bei ihrer Entscheidung von den Vorgaben des Gesetzes bzw. der Teilungserklärung ausgegangen sind. Dann kann nur mit der fristge-

bundenen Anfechtungsklage überprüft werden, ob der Grund, der sie zu der Versagung der Zustimmung bewogen hat, tatsächlich als wichtig anzusehen ist.

18 (3) Daran gemessen ist der Beschluss bestandskräftig. Der Kläger zu 1, der sich auf die Nichtigkeit beruft, macht nicht geltend, dass die Wohnungseigentümer die Vorgaben der Teilungserklärung bewusst außer Acht gelassen und ersichtlich sachfremde Erwägungen zugrunde gelegt haben.

19 c) Die Veräußerung ist auch nicht gemäß § 61 WEG am 15. Januar 1994 wirksam geworden. Nach dieser Vorschrift werden die Veräußerung und das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft trotz Fehlens einer nach § 12 WEG erforderlichen Zustimmung wirksam, wenn – wie hier – die Eintragung in das Grundbuch vor dem 15. Januar 1994 erfolgt ist und es sich um die erstmalige Veräußerung von Wohnungseigentum nach seiner Begründung handelt. Damit wollte der Gesetzgeber Rechtsunsicherheiten beheben, die dadurch entstanden waren, dass eine Zustimmung gemäß § 12 WEG vor der Entscheidung des Senats vom 21. Februar 1991 (V ZB 13/90, BGHZ 113, 374 ff. [= WuM 1991, 361]) bei einer Erstveräußerung nach der Teilung durch den Eigentümer allgemein als entbehrlich angesehen wurde. Es kann dahinstehen, ob die Vorschrift ihrem Wortlaut entsprechend auch dann eingreift, wenn es – wie hier – um eine Erstveräußerung nach einer Teilung gemäß § 3 WEG geht (so Pause, NJW 1994, 501, 502), oder ob ihr Anwendungsbereich auf Teilungen gemäß § 8 WEG beschränkt werden muss (KG, NJW 1995, 62, 63 f. [= WuM 1994, 499]; Pick in Bärmann, aaO, § 61 Rn. 4). Denn die Heilung konnte jedenfalls nur dann eintreten, wenn die Veräußerung auch bei Inkrafttreten des Gesetzes noch schwebend unwirksam war. Daran fehlt es, wenn sie – wie hier – schon vor Inkrafttreten des Gesetzes durch eine bestandskräftige Versagung der Zustimmung endgültig unwirksam geworden war.

20 d) Weil die Veräußerung seit dem Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses vom 12. September 1992 unwirksam ist, ginge eine nach diesem Zeitpunkt erklärte Zustimmung ins Leere. Aus diesem Grund sind die Wohnungseigentümer auch jetzt nicht nach Treu und Glauben zu der Genehmigung verpflichtet. Der Umstand, dass im Verhältnis zwischen dem Kläger zu 1 und den Veräußerern eine Rückabwicklung des Kaufvertrags gescheitert ist, ändert daran nichts. An diesem Rechtsverhältnis sind die übrigen Wohnungseigentümer nicht beteiligt. Sie stehen nur zu den Veräußerern – die nach wie vor Wohnungseigentümer sind – in einer Rechtsbeziehung, nicht aber zu dem Kläger zu 1; er ist nicht klagebefugt und nicht stimmberechtigt, muss aber auch die Kosten und Lasten des Wohnungseigentums nicht tragen. Ob die Wohnungseigentümer dann, wenn die Vertragsparteien den Vertrag nunmehr gemäß § 141 BGB bestätigen sollten, im Verhältnis zu den Veräußerern nach Treu und Glauben zu der Erteilung der Zustimmung verpflichtet wären, bedarf keiner Entscheidung.

21 B. Dagegen ist die Klägerin zu 2 klagebefugt; ihre Klage ist auch im Übrigen zulässig. Das Berufungsgericht hat die Beschlüsse zu Unrecht als nichtig angesehen. Weil der Kläger zu 1 nicht Wohnungseigentümer ist, durfte er zu der Eigentümerversammlung nicht geladen werden; ohnehin führt die unterbliebene Ladung eines Wohnungseigentümers nach der Rechtsprechung des Senats nur in ganz besonders schwerwiegenden Ausnahmefällen zur Nichtigkeit der in der Eigentümerversammlung gefassten Beschlüsse (Urteil vom 20. Juli 2012 – V ZR 235/11, zur Veröffentlichung bestimmt [= GuT 2012, 403]; Beschluss vom 23. September 1999 – V ZB 17/99, BGHZ 142, 290, 294 f. [= WuM 2000, 28]). Weil das Berufungsgericht von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig die von der Klägerin zu 2 geltend gemachten Anfechtungsgründe nicht geprüft hat, ist die Sache insoweit gemäß § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO aufzuheben und an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit die nötigen Feststellungen getroffen werden können.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 10, 14, 15 WEG; §§ 242, 535 BGB;
§ 24 SGB VIII; § 22 BImSchG
Gewerbe oder Berufsausübung
in der Eigentumswohnung;
Tagesmutter-Tätigkeit der Mieterin**

Von der Wohnungseigentümergeinschaft ungenehmigte Tagesmuttertätigkeit in einer Eigentumswohnung darf nach bestandskräftigem Untersagungsbeschluss nicht fortgeführt werden.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 13. 7. 2012 – V ZR 204/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Die Wohnung der Klägerin befindet sich im Erdgeschoss des Hauses, die darüber liegende Wohnung der Beklagten im ersten Obergeschoss. Die Teilungserklärung enthält folgende Regelung:

„Die Ausübung eines Gewerbes oder Berufes in der Wohnung ist nur mit Zustimmung des Verwalters zulässig. Die Zustimmung darf nur aus wichtigem Grund verweigert werden. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann sie auch von der Erfüllung von Auflagen abhängig gemacht werden. Als wichtiger Grund für die Verweigerung der Zustimmung gilt insbesondere, wenn die Ausübung des Gewerbes oder Berufes eine unzumutbare Beeinträchtigung anderer Wohnungseigentümer oder Hausbewohner befürchten lässt ... Erteilt der Verwalter eine beantragte Zustimmung nicht ..., so kann der betroffene Miteigentümer einen Beschluss der Gemeinschaft herbeiführen, die die Entscheidung des Verwalters mit dreiviertel Mehrheit der abgegebenen Stimmen ändern kann.“

2 Die Mieterin der Beklagten betreut in ihrer Wohnung mit Erlaubnis der Stadt gegen Entgelt bis zu fünf Kinder im Alter von 0 bis 3 Jahren von 7.00 Uhr bis 19.00 Uhr. Im Mai 2009 erklärte die Verwalterin gegenüber den Beklagten schriftlich, dass sie dieser Nutzung wegen der mit der Kinderbetreuung einhergehenden Lärmbelastigungen nicht zustimmen werde. In der Eigentümerversammlung vom 28. September 2009 stimmten die Wohnungseigentümer mit weniger als dreiviertel der abgegebenen Stimmen für eine Genehmigung der Kinderbetreuungstätigkeit. Der Beschluss wurde nicht angefochten. Die Mieterin setzte die Kinderbetreuung fort.

3 Das Amtsgericht Köln hat die gegen die Beklagten gerichtete Klage der Klägerin auf Unterlassung der Nutzung der Wohnung als Kindertagespflegestelle abgewiesen. Das Landgericht Köln hat ihr stattgegeben. Mit der zugelassenen Revision möchte die Klägerin eine Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht bejaht einen Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB i.V.m. § 15 Abs. 3 WEG. Zwar widerspreche die Nutzung der Wohnung zur entgeltlichen Kinderbetreuung nicht dem Beschluss der Eigentümerversammlung vom 28. September 2009, da Gegenstand des Beschlusses nicht eine Untersagung der weiteren Kinderbetreuungstätigkeit, sondern lediglich die Nichterteilung der erforderlichen Genehmigung gewesen sei. Es liege jedoch ein Verstoß gegen die Teilungserklärung vor, da die Tagespflegestelle ohne die erforderliche Zustimmung betrieben werde. Die Verwalterin habe die Zustimmung zu Recht versagt. Bei einer typisierenden Betrachtung sei davon auszugehen, dass eine ganztägige Kinderbetreuung in einem Wohnhaus zu Beeinträchtigungen wie einem erhöhten Lärmpegel, einer gesteigerten Besucherfrequenz, vermehrtem Schmutz im Treppenhaus und einem erhöhten Müllaufkommen durch Windeln führe. Die Beeinträchtigungen seien unzumutbar, weil sie wegen des täglichen Publikumsverkehrs, der zudem zu ungewöhnlichen Zeiten stattfinde, und der Verschmutzung des Treppenhauses über diejenigen hinausgingen, die mit einer normalen Wohnungs-

nutzung einhergingen. Außerdem habe die Klägerin – anders als bei im Familienverbund aufwachsenden Kindern – nicht die Perspektive, dass die Lärmbelastigungen mit zunehmendem Alter der Kinder nachlassen.

5 II. Dies hält im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung stand. Der Klägerin steht gegen die Beklagten gemäß § 15 Abs. 3 WEG i.V.m. § 14 Nr. 2 WEG ein Anspruch darauf zu, dass die Mieterin der Beklagten die gegenwärtige Nutzung der Wohnung als Kindertagespflegestelle unterlässt.

6 1. Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht an, dass die Nutzung einer Wohnung zum Betrieb einer entgeltlichen Tagespflegestelle für bis zu fünf Kleinkinder die „Ausübung eines Gewerbes oder Berufes in der Wohnung“ im Sinne der Teilungserklärung darstellt und daher der Zustimmung des Verwalters oder einer 3/4-Mehrheit der hierüber abstimmenden Wohnungseigentümer bedarf.

7 a) Aus der Zweckbestimmung von Räumen als Wohnungseigentum oder Wohnung folgt, dass das Wohneigentum zum Wohnen bestimmt ist und sich seine ordnungsmäßige Nutzung nach diesem Zweck richtet. Hierzu gehört in erster Linie die Nutzung der Wohnung als Lebensmittelpunkt (Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 72/09, NJW 2010, 3093 [= GuT 2010, 44] Rn. 15). Zwar gehört zum Wohnen auch die Möglichkeit, in der Familie neben den eigenen Kindern fremde Kinder zu betreuen, etwa bei regelmäßigen Besuchen von Freunden der Kinder oder im Wege der Nachbarschaftshilfe. Hiervon zu unterscheiden ist jedoch die Nutzung der Wohnung zur (werk-)täglichen Erbringung von Betreuungsdienstleistungen gegenüber Dritten in Form einer Pflegestelle für bis zu fünf Kleinkinder, bei der der Erwerbscharakter im Vordergrund steht. Eine solche teilgewerbliche Nutzung der Wohnung wird vom Wohnzweck nicht mehr getragen und ist als „Ausübung eines Gewerbes oder Berufes“ im Sinne der Teilungserklärung zu qualifizieren (vgl. LG Berlin, NJW-RR 1993, 907 [= WuM 1993, 39]; LG Hamburg, NJW 1982, 2387).

8 b) Aus § 24 SGB VIII folgt anders als die Revision meint kein anderes Ergebnis. Die Vorschrift regelt die Rechte des Kindes zur Inanspruchnahme von Tageseinrichtungen und Kinder-tagespflege. Adressat der dort normierten Leistungspflichten ist der Träger der öffentlichen Jugendhilfe, der darauf hinzuwirken hat, dass ein entsprechendes Angebot zu Verfügung steht. In die Rechtsbeziehungen von Wohnungseigentümern bei der Nutzung des Wohneigentums greift die Regelung hingegen nicht ein.

9 2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es aber auf die Frage, ob die Verwalterin zu Recht die Zustimmung zum Betrieb einer Tagespflegestelle in der Wohnung der Beklagten verweigert hat, nicht an. Denn ein Unterlassungsanspruch der Klägerin gemäß § 15 Abs. 3 WEG folgt bereits daraus, dass den Beklagten die weitere Ausübung der Tätigkeit ihrer Mieterin in der Wohnung als Tagesmutter durch bestandskräftigen Beschluss der Wohnungseigentümer untersagt wurde.

10 a) Der Beschluss der Wohnungseigentümer in der Eigentümerversammlung vom 28. September 2009 erschöpft sich nicht allein in einem Negativbeschluss des Inhalts, dass sich die erforderliche Mehrheit für die Erteilung einer Genehmigung nicht fand. Vielmehr beinhaltet die Verweigerung der Genehmigung wie bereits die Formulierung des der Beschlussfassung zugrunde liegenden Tagesordnungspunktes deutlich macht („Beschlussfassung über die Genehmigung bzw. Untersagung der bereits bestehenden gewerblichen/beruflichen Nutzung“) – zugleich die Untersagung einer weiteren Fortsetzung der in der Wohnung ausgeübten Kinderbetreuungstätigkeit. Der Beschluss ist, nachdem er nicht angefochten wurde, bestandskräftig geworden. Dies hat zur Folge, dass die Klägerin, der gemäß § 15 Abs. 3 WEG ein Anspruch auf einen der Beschlussfassung entsprechenden Gebrauch der Wohnung zusteht, von den Beklagten die Unterlassung der gleichwohl fortgesetzten Tagesmuttertätigkeit verlangen kann.

11 b) Die Klägerin ist an der Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehindert. Denn die Beklagten haben sich bisher zu keinem Zeitpunkt um die Erteilung einer Zustimmung zum Betrieb einer nach Anzahl der zu betreuenden Kinder und zeitlichem Umfang konkret beschriebenen Kindertagespflegestelle bemüht. Damit fehlt es schon an einer tatsächlichen Grundlage für die Beurteilung der Frage, ob den Klägern ein Zustimmungsanspruch zusteht. Den Beklagten bleibt es aber unbenommen, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Der Umstand, dass die Wohnungseigentümer in der Eigentümerversammlung vom 28. September 2009 gegen die Erteilung einer Genehmigung gestimmt haben, stünde einer erneuten Befassung der Wohnungseigentümer nicht entgegen. Denn insoweit handelt es sich um einen Negativbeschluss, der für eine erneute Beschlussfassung über denselben Gegenstand keine Sperrwirkung entfaltet (Senat, Beschluss vom 19. September 2002 – V ZB 30/02, BGHZ 152, 46, 51 [= WuM 2003, 47 = GuT 2003, 27 KL]). Über einen Antrag der Beklagten wäre unter Berücksichtigung der tatsächlichen konkreten Gegebenheiten innerhalb der Wohnungseigentumsanlage, der Wertungen des § 22 Abs. 1a BImSchG, die nach dem Willen des Gesetzgebers auch auf das Wohnungseigentumsrecht ausstrahlen sollen, und der in der Teilungserklärung ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeit der Erteilung von Auflagen zu entscheiden. Solange eine erforderliche Zustimmung aber nicht vorliegt, darf die Tagesmuttertätigkeit aufgrund des bestandskräftigen Untersagungsbeschlusses nicht fortgesetzt werden. Insoweit ist das Berufungsurteil klarzustellen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 23, 24 WEG

Wohnungseigentümerversammlung; unterbliebene Einladung eines Eigentümers; Anfechtbarkeit gefasster Beschlüsse

Die unterbliebene Einladung eines Wohnungseigentümers zu einer Eigentümerversammlung führt regelmäßig nur zur Anfechtbarkeit der in der Versammlung gefassten Beschlüsse, nicht aber zu deren Nichtigkeit.

(BGH, Urteil vom 20. 7. 2012 – V ZR 235/11)

5 **Aus den Gründen:** II. 1. Nach der Rechtsprechung des Senats führt die Nichteinladung einzelner Wohnungseigentümer regelmäßig nur zur Anfechtbarkeit der in der Versammlung gefassten Beschlüsse, nicht aber zu deren Nichtigkeit. Ein Beschluss ist im Sinne von § 23 Abs. 4 Satz 1 WEG nur dann nichtig, wenn er gegen eine Rechtsvorschrift verstößt, auf deren Einhaltung rechtswirksam nicht verzichtet werden kann. Solche unabdingbaren Rechtsvorschriften ergeben sich entweder aus den zwingenden Bestimmungen und Grundsätzen des Wohnungseigentumsgesetzes oder aus den Normen des übrigen Privat- oder öffentlichen Rechts, namentlich aus §§ 134, 138 BGB und § 56 Satz 2 ZVG. Hierzu gehören nicht die in § 24 WEG für die Einberufung einer Eigentümerversammlung enthaltenen Formvorschriften, weil diese dispositiv sind und durch Vereinbarung abgeändert werden können (Senat, Beschluss vom 23. September 1999 – V ZB 17/99, BGHZ 142, 290, 294 [= WuM 2000, 28]).

6 2. Die überwiegende Meinung hat sich dem – u. a. auch aufgrund von Praktikabilitätsabwägungen – angeschlossen und teilweise ergänzt, dass ausnahmsweise Nichtigkeit zu bejahen sei, wenn der einzelne Wohnungseigentümer vorsätzlich und gezielt von der Mitwirkung in der Wohnungseigentümergeinschaft ausgeschlossen werden soll. Eine solche bewusste Umgehung des Mitwirkungsrechts komme einem Ausschluss des Wohnungseigentümers an der Mitverwaltung gleich (BayObLG, NZM 2005, 630, 631 [= WuM 2005, 145]; OLG Köln, NZM 2004, 793; OLG Zweibrücken, ZMR 2004, 60, 62; OLG Celle, ZWE 2002, 276, 277 [= GuT 2002, 191 KL]; Staudinger/Bub, BGB \langle 2005 \rangle , § 24 WEG Rn. 158; MünchKommBGB/

Engelhardt, 5. Aufl., § 24 WEG Rn. 17; Timme/Steinmeyer, WEG, § 23 Rn. 133; Riecke in Riecke/Schmid, WEG, 3. Aufl., § 24 Rn. 57; Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl., § 24 WEG Rn. 14; Weitnauer/Lüke, 9. Aufl., § 23 Rn. 16; Elzer in Jennißen, WEG, 2. Aufl., § 24 Rn. 53; ders., ZWE 2010, 233, 235 f.).

7 3. Nach anderer Ansicht führt die – gleich aus welchem Grund – unterbliebene Ladung eines Wohnungseigentümers zur Nichtigkeit der gefassten Beschlüsse. Die Nichtladung nehme dem Wohnungseigentümer die Möglichkeit, sich an der Willensbildung in der Versammlung zu beteiligen; dies verletze sein unverzichtbares Teilnahmerecht und greife in den Kernbereich der Mitgliedschaft ein. Der ohne Mitwirkung des Nichtgeladenen gefasste Beschluss könne deshalb wegen Verstoßes gegen eine unverzichtbare Rechtsvorschrift nicht gemäß § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG bestandskräftig werden (Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 23 Rn. 172; Merle/Becker, Festschrift für Deckert, S. 231, 246 f.; Bonifacio, NZM 2011, 10 ff.; Suilmann, Beschlussmängelverfahren im Wohnungseigentumsrecht, S. 34).

8 4. Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsauffassung (BGHZ 142, 290, 294 [= WuM 2000, 28]) fest. Die unterbliebene Ladung eines Wohnungseigentümers führt nur in ganz besonders schwerwiegenden Ausnahmefällen zur Nichtigkeit der in der Eigentümerversammlung gefassten Beschlüsse, etwa wenn der Wohnungseigentümer in böswilliger Weise gezielt von der Teilnahme ausgeschlossen werden soll. Ein solcher Ausnahmefall liegt hingegen nicht vor, wenn die Ladung nur irrtümlich unterblieben ist. So verhält es sich hier. Der Verwalter hatte den Beklagten zwar bewusst nicht zur Eigentümerversammlung geladen; dies beruhte aber auf einem bloßen Rechtsirrtum, da er fälschlich annahm, Garageneigentümer zählten nicht zu dem Kreis der Wohnungseigentümer und seien daher nicht zu laden. Ein solcher Fehler führt nicht zur Nichtigkeit der in der Versammlung gefassten Beschlüsse.

9 III. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht [LG Dortmund] zurückzuverweisen, da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Zwar sind aufgrund der eingetretenen Bestandskraft der den Jahresabrechnungen und Wirtschaftsplänen zugrunde liegenden Beschlüsse die hiergegen erhobenen Einwendungen des Beklagten unbeachtlich. Das Berufungsgericht hat jedoch – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – keine ausreichenden Feststellungen getroffen, die die Prüfung der Frage erlauben, ob die von der Klägerin konkret geltend gemachten Zahlungsbeträge der Hauptforderungen sowie die Nebenforderungen berechtigt sind.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 130 BGB

Wohnungseigentümerversammlung; Widerruf der abgegebenen Stimme

Die in der Eigentümerversammlung abgegebene Stimme kann nach ihrem Zugang bei dem Versammlungsleiter nicht mehr widerrufen werden.

(BGH, Urteil vom 13. 7. 2012 – V ZR 254/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind die Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. In der Eigentümerversammlung vom 16. Juli 2010 stimmten die Wohnungseigentümer mit Stimmzetteln über den Beschlussantrag ab, der Verwalterin eine Zusatzvergütung für die Aufarbeitung der Verwaltungsunterlagen in Höhe von insgesamt 3311,18 € zuzubilligen. Die Beiratsvorsitzende öffnete die abgegebenen Stimmzettel, während die Verwalterin die ihr mitgeteilten Ergebnisse in eine Excel-Tabelle eintrug. Zwei Wohnungseigentümer, die auf ihren bereits abgegebenen Stimmzetteln zunächst Nein angekreuzt hatten, änderten dies zu einem zwischen den Parteien strittigen Zeitpunkt unter Rückforderung ihres Stimmzettels in eine Ja-Stimme und eine Enthaltung ab. Unter Berück-

sichtigung der geänderten Stimmen verkündete die Versammlungsleiterin, eine Angestellte der Verwalterin, den Antrag als angenommen, da mehr als zwei Drittel der Wohnungseigentümer für den Beschlussantrag gestimmt hätten.

2 Das Amtsgericht Sinzig hat der dagegen gerichteten Anfechtungsklage stattgegeben, das Landgericht Koblenz hat sie abgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Kläger, mit der sie eine Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils begehren. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

3 **Aus den Gründen:** I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts kann die Stimmabgabe bis zur Feststellung und Verkündung eines Beschlussergebnisses widerrufen werden. § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB sei auf die Stimmabgabe nicht anzuwenden. Die Vorschrift schütze das Vertrauen in den Bestand von zugegangenen Willenserklärungen. Ein solcher Schutz sei bei der Stimmabgabe in der Wohnungseigentümersammlung nicht notwendig, da der Beschluss rechtswirksam erst mit der Feststellung und Verkündung des Beschlussergebnisses zustande komme. Dass vor Rückforderung der Stimmzettel bereits ein Beschlussergebnis verkündet gewesen sei, hätten die Kläger nicht beweisen können; denn das Berufungsgericht habe sich keine Überzeugung darüber bilden können, welche der für sich genommen jeweils glaubhaften Aussagen der von dem Amtsgericht vernommenen Zeugen der Wahrheit entspreche.

4 II. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

5 1. Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht zwar davon aus, dass die von den Wohnungseigentümern abgegebenen Einzelstimmen empfangsbedürftige Willenserklärungen gegenüber dem Versammlungsleiter sind, auf die die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln Anwendung finden (Senat, Beschluss vom 19. September 2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 67 [= WuM 2002, 624 = GuT 2003, 28 KL]). Die in der Eigentümersammlung unter Anwesenden abgegebene Stimme wird daher entsprechend § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB wirksam, wenn der Versammlungsleiter sie zur Ermittlung des Abstimmungsergebnisses zur Kenntnis nimmt (vgl. BGH, Urteil vom 25. Januar 1989 IV b ZR 44/88, NJW 1989, 1728, 1729; Wenzel in Immobilienrecht 2002, S. 23, 38). Handelt es sich – wie hier – um eine in Form von Stimmzetteln verkörperte Willenserklärung unter Anwesenden, liegt ein Zugang vor, wenn sie durch Übergabe in den Herrschaftsbereich des Versammlungsleiters als Empfänger gelangt (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juni 1998 II ZR 40/97, NJW 1998, 3344 m.w.N.). Damit waren die beiden – später geänderten – Stimmen bereits mit der Abgabe des ausgefüllten Stimmzettels bei den von der Versammlungsleiterin mit der Auszählung und Ermittlung des Abstimmungsergebnisses betrauten Personen zugegangen und wirksam geworden. Auf den Zeitpunkt der Verlesung der Stimmzettel und Eintragung des Stimmergebnisses in die Excel-Tabelle kommt es für den Zugang nicht an.

6 2. Unzutreffend ist aber die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Stimmabgabe auch noch nach ihrem Zugang bei dem Versammlungsleiter bis zur Verkündung des Abstimmungsergebnisses wirksam widerrufen werden kann.

7 a) Die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt eine Stimmabgabe widerrufen werden kann, wird unterschiedlich beantwortet. Nach überwiegender Auffassung kommt ein Widerruf der Stimme gemäß § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB nur bis zu ihrem Zugang bei dem Versammlungsleiter in Betracht (Merle in Bärman, WEG, 11. Aufl., § 23 Rn. 31; Staudinger/Bub, BGB <2005>, § 23 WEG Rn. 69; Wenzel, in Immobilienrecht (2002) 23, 38; Müller, ZWE 2000, 237, 245; Armbrüster ZWE 2000, 455, 456). Nach anderer Auffassung ist ein Widerruf der Einzelerklärung jedenfalls bis zur Abgabe der letzten Stimme möglich, da bis dahin der Abstimmungsvorgang noch nicht beendet sei (Ermann/Grziwotz, BGB, 13. Aufl., § 23 BGB Rn. 2). Nach einer weiteren Meinung kann die Stimmabgabe bis zur Feststellung und Verkündung des Beschlusses widerrufen werden. Denn ein

Beschluss komme erst mit seiner Feststellung und einer an alle Wohnungseigentümer gerichteten Mitteilung des Beschlussergebnisses zustande. Es gebe keinen Anlass, einen Wohnungseigentümer vor dieser Mitteilung an seine Stimmabgabe endgültig zu binden. Diese könne keine selbständige Regelungswirkung entfalten, solange es keinen Beschluss gebe (Elzer in Jennißen, WEG, 3. Aufl., Vor §§ 23 bis 25 Rn. 47).

8 b) Der Senat hält die Auffassung der herrschenden Meinung, wonach die Stimmabgabe nach ihrem Zugang bei dem Versammlungsleiter nicht mehr widerrufen werden kann, für zutreffend. Hierfür spricht die Regelung des § 130 Abs. 1 BGB, die auf die Stimmabgabe als unter Anwesenden abgegebene empfangsbedürftige Willenserklärung sinngemäß Anwendung findet. Nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB wird eine Willenserklärung mit ihrem Zugang wirksam und bindet den Erklärenden (vgl. § 145 Abs. 1 BGB), weshalb ein Widerruf der Erklärung nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB ab diesem Zeitpunkt ausscheidet. Soweit das Berufungsgericht darauf hinweist, dass Willenserklärungen im Rahmen der §§ 929, 873 Abs. 2 BGB mit Zugang auch noch keine Bindungswirkung entfalten, vermag hieraus eine Ausnahme für die Stimmabgabe nicht hergeleitet zu werden. Die Bestimmung des § 873 Abs. 2 BGB, die die Unwideruflichkeit der dinglichen Einigung vor der Eintragung von der Beobachtung gewisser Förmlichkeiten abhängig macht, soll übereilte und leichtfertige Verfügungen über Grundstücksrechte verhindern (Senat, Urteil vom 25. Januar 1967 – V ZR 172/65, BGHZ 46, 398, 399). Gründe für eine Übertragung dieses Rechtsgedankens auf die Stimmabgabe in der Eigentümersammlung sind nicht ersichtlich. Auch der Umstand, dass der Beschluss rechtswirksam erst mit der Feststellung und Verkündung des Beschlussergebnisses zustande kommt, rechtfertigt nicht die freie Widerruflichkeit der Stimmabgabe bis zu diesem Zeitpunkt; denn dann müssten auch Vertragsangebote nach §§ 145 ff. BGB, die allein keinen Vertrag zustande bringen, jederzeit widerruflich sein (vgl. Prüfer, Schriftliche Beschlüsse, gespaltene Jahresabrechnungen, S. 140). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts besteht auch kein praktisches Bedürfnis, hinsichtlich der Stimmabgabe in der Eigentümersammlung von der Regelung des § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB abzuweichen. Ließe man einen Widerruf der Stimmabgabe bis zur Verkündung des Beschlussergebnisses zu, könnte die Feststellung eines Ergebnisses – insbesondere bei großen Eigentümergemeinschaften – erschwert oder gar unmöglich gemacht werden. Man bedenke nur den Fall, dass der Versammlungsleiter bereits mit der Zählung der Stimmen begonnen hat und, ehe er fertig ist, einige Mitglieder, die er schon gezählt hat, ihre Stimmen widerrufen. Es muss daher einen Zeitpunkt geben, ab dem der Versammlungsleiter damit beginnen kann, das Beschlussergebnis verbindlich festzustellen (Bartholomeyczik, ZHR 105, [1938], 293, 327). Dies ist entsprechend § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB der Zeitpunkt des Zugangs der jeweiligen Stimme bei dem Versammlungsleiter.

9 c) Mit dem Zugang konnten die beiden Stimmabgaben daher nicht mehr wirksam widerrufen werden und hätten in ihrer ursprünglichen Fassung bei der Ermittlung des Abstimmungsergebnisses Eingang finden müssen.

10 3. Da der Zeitpunkt der Feststellung und Verkündung des Beschlussergebnisses für einen wirksamen Widerruf der Stimmabgabe nicht maßgeblich ist, kommt es nicht darauf an, dass die in diesem Zusammenhang von dem Berufungsgericht vorgenommene Beweiswürdigung verfahrensfehlerhaft ist. Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht entgegen § 529 Abs. 1 Nr. 1, § 398 Abs. 1 ZPO die erstinstanzlich vernommenen Zeugen nicht erneut vernommen hat. Das Amtsgericht hat sich zur Glaubwürdigkeit der Zeugen in dem von dem Berufungsgericht als erheblich erachteten Punkt nicht geäußert. Da dem Berufungsgericht objektive Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der einen oder anderen Aussage fehlten, kam es entscheidend auf die Glaubwürdigkeit der Zeugen an. Deren Beurteilung konnte nur dadurch erfolgen, dass sich das Berufungsgericht

durch erneute Vernehmung einen eigenen, unmittelbaren Eindruck von den Zeugen verschaffte (vgl. Senat, Urteil vom 8. Februar 1985 – V ZR 253/83, NJW-RR 1986, 285, 286).

11 4. Das Berufungsurteil ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da der Rechtsstreit nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

12 Eine Ungültigerklärung des Beschlusses aufgrund des Auszählungsfehlers kommt nur in Betracht, wenn sich bei korrekter Ermittlung des Abstimmungsergebnisses für den zugrunde liegenden Beschlussantrag nicht die erforderliche Mehrheit gefunden hat (vgl. Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 23 Rn. 177). Hierzu hat das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen getroffen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 26 WEG

Wohnungseigentümergeinschaft; haftungsbeschränkte Unternehmersgesellschaft als Verwalterin; Bonitätsprüfung

a) Bei der Bestellung des Verwalters haben die Wohnungseigentümer wie bei der Abberufung einen Beurteilungsspielraum.

b) Eine haftungsbeschränkte Unternehmersgesellschaft kann Verwalterin einer WEG sein.

c) Zum Verwalter einer WEG darf unabhängig von der Rechtsform – nur bestellt werden, wer über ausreichende finanzielle Mittel verfügt und ausreichende Sicherheit im Haftungsfall bietet.

d) Besteht bei objektiver Betrachtung Anlass, die Bonität des in Aussicht genommenen Verwalters zu prüfen, müssen die Wohnungseigentümer die Bestellung zurückstellen, bis sie Unterlagen oder andere Erkenntnisse haben, die eine entsprechende Entscheidung erlauben.

(BGH, Urteil vom 22. 6. 2012 – V ZR 190/11)

6 **Aus den Gründen:** II. 2. Das Berufungsgericht [LG Karlsruhe] hat die Bestellung der Beizuladenden auch zu Recht für ungültig erklärt.

7 a) Der Beschluss der Wohnungseigentümer über die Bestellung des Verwalters ist am Maßstab einer ordnungsgemäßen Verwaltung zu messen. Die Wohnungseigentümer haben nach § 21 Abs. 3 und 4 WEG nicht nur einen Anspruch darauf, dass die Tätigkeit der Verwaltung diesen Grundsätzen entspricht, sondern auch darauf, dass der Verwalter selbst diesen Anforderungen genügt (Senat, Urteil vom 10. Juni 2011 – V ZR 146/10, NJW 2011, 3025, 3026 [= GuT 2011, 179] Rn. 11; Merle in Bärmann, WEG 11. Aufl., § 26 Rn. 40). Daran fehlt es, wenn ein wichtiger Grund gegen die Bestellung spricht (BayObLG, WE 1990, 68; OLG Stuttgart, NJW-RR 1986, 315, 317 [= WuM 1986, 315]; Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 26 Rn. 40; Jennißen in Jennißen, WEG, 3. Aufl., § 26 Rn. 63). Wann ein solcher wichtiger Grund vorliegt, bestimmt sich in Anlehnung an § 26 Abs. 1 Satz 3 WEG nach den für die Abberufung des Verwalters geltenden Grundsätzen (OLG Stuttgart aaO; Hügel in Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 26 WEG Rn. 9).

8 b) Das Vorliegen eines solchen wichtigen Grundes verpflichtete die Wohnungseigentümer allerdings nicht ohne weiteres dazu, den Verwalter abzurufen. Sie haben vielmehr einen Beurteilungsspielraum und dürfen von einer Abberufung absehen, wenn dies aus objektiver Sicht vertretbar erscheint (Senat, Urteil vom 10. Februar 2012 – V ZR 105/11, NJW 2012, 1884 f. [= GuT 2012, 65] Rn. 9 f.). Einen entsprechenden Beurteilungsspielraum haben die Wohnungseigentümer auch bei der Bestellung des Verwalters, bei der sie eine Prognose darüber anstellen müssen, ob er das ihm anvertraute Amt ordnungsgemäß ausüben wird (Elzer, ZMR 2001, 418, 423). Die Bestellung des Verwalters widerspricht den Grundsätzen ordnungsmäßiger Ver-

waltung deshalb erst, wenn die Wohnungseigentümer ihren Beurteilungsspielraum überschreiten, das heißt, wenn es objektiv nicht mehr vertretbar erscheint, dass sie den Verwalter ungeachtet der gegen ihn sprechenden Umstände bestellen.

9 c) Hier haben die Wohnungseigentümer ihren Beurteilungsspielraum überschritten.

10 aa) Das ergibt sich nicht schon daraus, dass nur ein Alternativangebot zur Auswahl gestanden hätte. Die Beschlussfassung über die Neubestellung eines Verwalters erfordert zwar die Einholung von Alternativangeboten (Senat, Urteil vom 1. April 2011 – V ZR 96/10, WPM 2011, 1293, 1294 [= WuM 2011, 387] Rn. 12). Wie viele Alternativangebote erforderlich sind, können die Wohnungseigentümer im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums aber selbst festlegen. Er ist nur überschritten, wenn der Zweck solcher Alternativangebote verfehlt wird, nämlich den Wohnungseigentümern die Stärken und Schwächen der Leistungsangebote aufzuzeigen (Senat, Urteil vom 1. April 2011 – V ZR 96/10, WPM 2011, 1293, 1294 Rn. 13). Anhaltspunkte dafür liegen hier nicht vor. Aus dem Protokoll der Versammlung ergibt sich, dass die Wohnungseigentümer eine Vorauswahl getroffen, intensiv über die Leistungsangebote diskutiert und damit den Zweck der Einholung von Alternativangeboten erreicht haben.

11 bb) Die Wohnungseigentümer haben ihren Beurteilungsspielraum auch nicht dadurch verletzt, dass sie nicht das preisgünstigste Angebot gewählt haben. Dazu sind sie nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung nicht verpflichtet (Jennißen in Jennißen, WEG, 3. Aufl., § 26 Rn. 72). Sie dürfen einen Verwalter, mit dem sie gut zurechtkommen, weiterbestellen, auch wenn er etwas teurer ist als ein neuer Verwalter (Senat, Urteil vom 1. April 2011 – V ZR 96/10, WPM 2011, 1293, 1294 Rn. 13). Nichts anderes gilt für die höhere Vergütung einer neuen Verwaltung, die – wie hier – Zusatzqualifikationen oder Zusatzerfahrungen hat. Etwas anderes gälte nur, wenn die von dem ausgewählten Verwalter angebotenen Leistungen von den anderen Verwaltungsfirmen spürbar günstiger angeboten würden (Senat, Urteil vom 1. April 2011 – V ZR 96/10, WPM 2011, 1293, 1294 Rn. 13 a.E.). Daran fehlt es, wenn die Wohnungseigentümer zwischen zwei Anbietern auswählen, deren Vergütungsvorschläge am unteren Rand der aus den eingeholten Angeboten ermittelten Vergütungsspanne liegen.

12 cc) Die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums haben die Wohnungseigentümer auch nicht dadurch überschritten, dass sie über die Bestellung ohne gleichzeitige Festlegung der Eckpunkte des abzuschließenden Verwaltervertrags beschlossen haben. Das ergibt sich allerdings nicht schon aus dem eher formalen Umstand, dass die Berufung des Verwalters in zwei Stufen erfolgt, der Bestellung und dem anschließenden Abschluss des Verwaltervertrags (so aber Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 26 Rn. 43; aM OLG Hamm, ZWE 2002, 486, 489). Denn die Auswahl des Verwalters wird inhaltlich wesentlich durch die wirtschaftlichen Eckpunkte des von ihm angebotenen Verwaltervertrags bestimmt. Die isolierte Bestellung des Verwalters könnte zwar bis zum Abschluss des Verwaltervertrags jederzeit durch einen entsprechenden Beschluss wieder rückgängig gemacht werden (Merle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 26 Rn. 54). Bis dahin wäre der Verwalter aber zu den üblichen Bedingungen zur Wahrnehmung seiner Aufgabe berechtigt und verpflichtet. Welche Folgen sich aus dieser inhaltlichen Verknüpfung von Verwalterbestellung und Verwaltervertrag ergeben, bedarf hier keiner Entscheidung. Eine getrennte Beschlussfassung über die Bestellung und den Vertrag ist jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn die Wohnungseigentümer über den Abschluss des Verwaltervertrags selbst entscheiden und wenn sie beide Beschlüsse – wie hier – in derselben Wohnungseigentümerversammlung erörtern und fassen. Einwände gegen Regelungen in dem Verwaltervertrag – hier die Einwände gegen die Befreiung von dem Verbot des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB sind dann nicht im Rahmen der An-

fechtung des Bestellungsbeschlusses, sondern im Rahmen der Anfechtung des Beschlusses über den Verwaltervertrag zu prüfen.

13 dd) Die Wahl der Beizuladenden zur Verwalterin widerspricht entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch nicht schon deshalb den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung, weil sie eine haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft ist.

14 (1) Eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) muss zwar nicht das Mindeststammkapital von 25.000 €, das eine GmbH nach § 5 Abs. 1 GmbHG an sich aufzubringen hat, sondern nach § 5a Abs. 1 GmbHG nur das in der Satzung vorgesehene Stammkapital aufbringen, das auch nur 1 € betragen kann. Der Gesetzgeber hat bei der Einführung dieser Sonderform der GmbH davon abgesehen, eine ähnliche Möglichkeit für alle Formen der GmbH vorzusehen, weil „mit der Seriositätsschwelle, die in einem angemessenen Mindeststammkapitalbetrag liegt“, auch eine gewisse Seriosität auf die Rechtsform der GmbH insgesamt ausstrahlt“, deren „Prestige nicht gefährdet“ werden solle (Begründung der GmbH-Rechts-Reform 2008 in BT-Drucks. 16/6140 S. 31). Und weil bei der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft ein Mindeststammkapital nicht vorgeschrieben ist, muss sie ihre Firma nicht nur mit einem einfachen Rechtsformzusatz („UG“) führen, sondern, anders als die „normale“ GmbH (vgl. § 4 GmbHG), nach § 5a Abs. 1 GmbHG mit der zusätzlichen Angabe „haftungsbeschränkt“, um das Publikum auf das unter Umständen nicht ausreichende Stammkapital hinzuweisen (Begründung der GmbH-Rechts-Reform 2008 in BT-Drucks. 16/6140 S. 31).

15 (2) Aus diesen rechtsformbedingten Besonderheiten folgt aber nicht, dass einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft generell die für einen geordneten Geschäftsbetrieb als Verwalterin einer Wohnungseigentümergeinschaft erforderliche finanzielle Ausstattung abzusprechen ist.

16 (a) Der Gesetzgeber hat den Verzicht auf ein Mindeststammkapital bei der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft als vertretbar angesehen, „weil das Mindeststammkapital kein zwingender Bestandteil des Haftkapitalsystems der GmbH ist“ (Begründung der GmbH-Rechts-Reform 2008 in BT-Drucks. 16/6140 S. 31). Deshalb darf auch eine solche Gesellschaft nach § 1, § 5a Abs. 1 GmbHG zu jedem zulässigen Zweck errichtet werden. Wäre sie von vornherein als nicht ausreichend solvent anzusehen, ließen sich die mit der Einführung dieser Form der GmbH verfolgten Gesetzgebungsanliegen, die Neugründung von Unternehmen durch eine weniger aufwendige Form der GmbH zu erleichtern und einer Flucht in ausländische Gesellschaftsformen entgegenzuwirken (Begründung der GmbH-Rechts-Reform 2008 in BT-Drucks. 16/6140 S. 25, 31), nicht erreichen.

17 (b) Ob der vorgesehene Verwalter seine Aufgaben ordnungsgemäß erfüllt, bestimmt sich nicht nach der Rechtsform, sondern nach den finanziellen Mitteln, über welche er verfügt, nach dem Kredit, den das Unternehmen in Anspruch nehmen und nach den Sicherheiten, die es stellen kann. Eine haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft kann auch bei einem sehr niedrig angesetzten Stammkapital eine ausreichende Bonität haben, etwa weil sie selbst ausreichende andere Mittel hat oder weil sich der Geschäftsführer für die Gesellschaft verbürgt hat. Diese Bonität kann bei einem Einzelkaufmann, der nicht über ausreichendes Vermögen oder über Sicherheiten verfügt, ebenso fehlen wie bei einer „normalen“ GmbH, deren Bestellung als Verwalter aber nicht schon an der Rechtsform scheitert (Bay-

ObLG, WuM 1993, 488, 489 f.). Diese kann nach Maßgabe von § 7 Abs. 2 GmbHG in das Handelsregister eingetragen werden, noch bevor das Stammkapital vollständig aufgebracht ist. Es muss bei der Bestellung einer GmbH zur Verwalterin auch nicht mehr (vollständig) vorhanden sein. Umgekehrt muss eine haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft nach § 5a Abs. 5 Halbsatz 2 GmbHG auch dann nicht zur normalen GmbH umfirmieren, wenn sie das Stammkapital bis zur Höhe des Mindeststammkapitals aufgefüllt hat.

18 (c) Auf die Rechtsform allein abzustellen ist auch deshalb verfehlt, weil die Dienstleistungen eines Verwalters von Unternehmen erbracht werden dürfen, die die Pflichten eines Verwalters rechtlich erfüllen können und in einer Rechtsform errichtet sind, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder Vertragsstaat des Vertrags über den Europäischen Wirtschaftsraum vorgesehen ist. Nicht alle diese Staaten kennen Gesellschaftsformen, bei denen die Gesellschaftsgründer zur Aufbringung eines Stammkapitals in bestimmter Mindesthöhe verpflichtet sind. Teilweise wird ein niedrigeres Stammkapital verlangt. In der Bestellung solcher Unternehmen zum Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft allein wegen der Unterschiede im System des Gläubigerschutzes einen Verstoß gegen die Grundsätze ordnungsmäßiger Verwaltung zu sehen, wäre eine nach Art. 18 AEUV unzulässige Diskriminierung und stünde zudem im Widerspruch namentlich zu der durch Art. 56 AEUV und Art. 10, 14 und 16 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. EU Nr. L 376 S. 36) garantierten Dienstleistungsfreiheit. Ob die Bestellung zum Verwalter den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht, darf sich bei solchen Unternehmen nicht nach der Rechtsform bestimmen, sondern beurteilt sich danach, ob sie fachlich qualifiziert und ausreichend finanziell ausgestattet sind. Ein sachlicher Grund, die deutsche haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft anders zu behandeln, ist nicht erkennbar.

19 ee) Bei der Bestellung der Beizuladenden haben die Wohnungseigentümer ihren Beurteilungsspielraum aber deshalb überschritten, weil sie ihre Auswahlentscheidung auf einer unzureichenden Tatsachengrundlage vorgenommen haben.

20 (1) Sie würden inhaltlich ihren Beurteilungsspielraum überschreiten, bestellen sie ein Unternehmen zum Verwalter, das nicht über die dazu notwendigen finanziellen Mittel verfügt und auch keine ausreichenden Sicherheiten stellen kann (OLG Stuttgart, OLGZ 1977, 433, 435; Bader in FS Seuss <1987> S. 1, 3; Elzer, ZMR 2001, 418, 423 für insolventes Unternehmen). Denn ein solches Unternehmen bietet, unabhängig davon, in welcher Rechtsform es geführt wird (Armbrüster, ZWE 2011, 372, 373), keine hinreichende Gewähr dafür, dass es auf Dauer einen ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb aufrecht erhalten und seiner Aufgabe als Verwalter gerecht werden, insbesondere die ihm anvertrauten Gelder der Gemeinschaft getreu verwalten wird (Merkle in Bärmann, WEG, 11. Aufl., § 26 Rn. 41; Armbrüster, ZWE 2011, 372, 373). Auch wäre nicht sichergestellt, dass die Gemeinschaft im Haftungsfall Ersatz erhält.

21 (2) Wie sich die Wohnungseigentümer Gewissheit verschaffen, ob das als Verwalter in Aussicht genommen Unternehmen diesen inhaltlichen Anforderungen genügt, bestimmen sie im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums selbst. Sie sind deshalb einerseits nicht gezwungen, stets einen Bonitätsnachweis einzuholen; sie könnten darauf etwa bei einem eingesessenen als solide bekannten Unternehmen gleich welcher Rechtsform verzichten. Die Wohnungseigentümer dürfen andererseits ein Unternehmen nicht aufs Geratewohl bestellen und sich über Zweifel an der Bonität ohne weiteres hinwegsetzen. Besteht bei objektiver Betrachtung begründeter Anlass, die Bonität des als Verwalter vorgesehenen Unternehmens – gleich welcher Rechtsform – zu prüfen, halten sich die Wohnungseigentümer im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums nur, wenn sie diese Frage klären und ihre Entscheidung über die Bestellung auf ei-

GuT
Immobilienverwaltung
und
Immobilienbewirtschaftung

ner Tatsachengrundlage (Unterlagen, Auskünfte andere Erkenntnisse) treffen, die eine nachhaltig ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung erwarten lässt (Armbrüster, ZWE 2011, 372, 373).

22 (3) Diesen Anforderungen sind die Wohnungseigentümer hier nicht gerecht geworden. Der Geschäftsführer der Beizuladenden hatte vor der Beschlussfassung mitgeteilt, er sei seit langem als Verwalter tätig. Seine Dienste wollte er den Wohnungseigentümer aber nicht als Einzelkaufmann, sondern durch eine haftungsbeschränkte Unternehmersgesellschaft anbieten, die erst wenige Monate zuvor errichtet worden war. Er war auch nicht bereit, die persönliche Haftung für die Gesellschaft zu übernehmen. Die Stammeinlage der Gesellschaft von 500 € reichte für sich genommen nicht aus, um einen dauerhaft ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb und Ersatz im Haftungsfall sicherzustellen. Eine Haftpflichtversicherung war bei der Beschlussfassung über die Bestellung nicht nachgewiesen und ist es im Übrigen auch jetzt nicht. Die – nicht berücksichtigungsfähige – Unterlage, die die Beklagten im Revisionsverfahren haben vorlegen lassen, weist nicht die Beizuladende selbst, sondern ihren Geschäftsführer als Versicherten aus. Das alles muss nicht bedeuten, dass die Beizuladende (unabhängig von ihrer Rechtsform als haftungsbeschränkter Unternehmersgesellschaft) tatsächlich keine ausreichende Bonität hat. Die Wohnungseigentümer durften aber die Bonität der Beizuladenden nicht unterstellen. Sie mussten sie vielmehr klären. Wie sie zu dem erforderlichen Kenntnisstand gelangen, entscheiden sie im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums selbst. Hier lagen ihnen nur Erkenntnisse vor, die Zweifel an der Bonität der Beizuladenden weckten. Sie durften deshalb die Bestellung der Beizuladenden auf dieser Grundlage nicht beschließen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 62 WEG
Nichtzulassungsbeschwerde in
Wohnungseigentumssachen nach als unzulässig
verworfenen Berufung; planwidrige Regelungslücke

§ 62 Abs. 2 WEG gilt nicht, wenn das Berufungsgericht die Berufung als unzulässig verworfen hat.

(BGH, Beschluss vom 19. 7. 2012 – V ZR 255/11)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien sind die Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Das Amtsgericht Borna hat die Klage der Kläger zu 1 und 2, die sich gegen mehrere, in einer Eigentümerversammlung gefasste Beschlüsse richtete, im Wesentlichen abgewiesen. Das Urteil ist ihnen am 18. Mai 2011 zugestellt worden. Am 17. Juni 2011 ist ihre Berufung bei dem Landgericht Leipzig eingegangen. Am 22. Juni 2011 hat der Vorsitzende telefonisch eine Mitarbeiterin des Prozessbevollmächtigten der Kläger darauf hingewiesen, dass zuständiges Berufungsgericht das Landgericht Dresden sei. Daraufhin haben die Kläger zu 1 und 2 – nach Berufungsrücknahme – am 29. Juni 2011 dort die Berufung eingelegt und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt.

2 Zur Begründung haben sie vorgetragen, ihr Prozessbevollmächtigter habe nach Unterzeichnung der Berufungsschrift am 17. Juni 2011 festgestellt, dass diese fehlerhaft an das Landgericht Leipzig adressiert gewesen sei. Er habe seine Mitarbeiterin angewiesen, dies zu ändern und den schon unterzeichneten Schriftsatz zu vernichten. Nachdem er den korrekt adressierten Schriftsatz unterschrieben habe, habe er ihr die Anweisung erteilt, diesen unverzüglich per Fax zu übersenden. Die Mitarbeiterin habe jedoch versehentlich den ursprünglichen Schriftsatz an das unzuständige Landgericht Leipzig gefaxt. Anschließend habe sie dem Prozessbevollmächtigten Kopien des an das unzuständige Gericht adressierten Schriftsatzes zur Fertigung beglaubigter Abschriften vorgelegt. Bei deren Unterzeichnung habe er dies aufgrund der Faltung der Schriftsätze

nicht bemerkt. Seine Frage, ob es sich um den richtigen Berufungsschriftsatz handle, habe seine Mitarbeiterin bejaht. Ebenso habe sie bestätigt, dass „das Fax raus“ sei.

3 Das Landgericht Dresden hat nach Durchführung einer Beweisaufnahme den Wiedereinsetzungsantrag zurückgewiesen und die Berufung durch Urteil als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Kläger zu 1 und 2.

4 **Aus den Gründen:** II. Das Berufungsgericht meint, die Kläger seien nicht ohne Verschulden an der Einhaltung der Berufungsfrist gehindert gewesen. Bei Erkundigung nach dem Versand des Faxes hätte ihr Anwalt nachfragen müssen, ob dieses an das richtige Gericht gefaxt worden sei. Zudem hätte ihm bei ordnungsgemäßem Handeln im Rahmen der Beglaubigung der Abschriften der Fehler seiner Angestellten auffallen müssen. Er habe sich nicht darauf verlassen dürfen, dass er den „richtigen“ Schriftsatz beglaube, vor allem, wenn er gewusst habe, dass ein fehlerhafter Schriftsatz in der Welt sei.

5 III. 1. Die Beschwerde der Kläger zu 1 und 2 gegen die Nichtzulassung der Revision durch das Berufungsgericht gemäß § 544 Abs. 1 und 2 ZPO ist zulässig.

6 a) Der Statthaftigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Verwerfung der Berufung steht § 62 Abs. 2 WEG, wonach für eine Übergangszeit die Nichtzulassungsbeschwerde in Wohnungseigentumssachen nach § 43 Nr. 1 bis 4 WEG ausgeschlossen ist, nicht entgegen.

7 Die mit der Zielsetzung getroffene Regelung, einer Überlastung des Bundesgerichtshofs vorzubeugen, lehnt sich an § 26 Nr. 9 EGZPO a.F. – einer mit Wirkung zum 1. September 2009 aufgehobenen Übergangsregelung zur ZPO-Reform – an (BT-Drucks. 16/887, S. 43). Danach war für eine fünfjährige Übergangsfrist die Nichtzulassungsbeschwerde gegen Urteile in Familiensachen ausgeschlossen. Durch Art. 2 Nr. 1 des ersten Justizmodernisierungsgesetzes vom 24. August 2004 (BGBl. I, S. 2198) sind sowohl § 26 Nr. 9 EGZPO a.F. als auch § 26 Nr. 8 EGZPO, wonach die Zulässigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde von einer bestimmten Wertgrenze abhängig ist, durch Satz 2 ergänzt worden; darin wird das die Berufung verwerfende Urteil vom Anwendungsbereich der die Nichtzulassungsbeschwerde beschränkenden Übergangsregelungen ausdrücklich ausgenommen. Hintergrund hierfür war die Vereinheitlichung der Rechtsmittelmöglichkeiten bei verwerfenden Entscheidungen des Berufungsgerichts, gegen die gemäß § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO die Rechtsbeschwerde stattfindet, wenn sie nach § 522 Abs. 1 Satz 2 und 3 ZPO als Beschluss ergangen sind. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Relevanz des gleichmäßigen und willkürfreien Zugangs zur Rechtsmittelinstanz ein weiter Rechtsschutz gegen Verwerfungsentscheidungen des Berufungsgerichts unabhängig davon gewährleistet sein, ob sie als Urteil oder als Beschluss ergehen (BT-Drucks. 15/1508, S. 22).

8 Das Fehlen einer vergleichbaren Vorschrift in § 62 Abs. 2 WEG lässt nicht den Schluss zu, dass nach dem Willen des Gesetzgebers in Wohnungseigentumssachen gegen ein die Berufung verwerfendes Berufungsurteil eine Nichtzulassungsbeschwerde nicht statthaft ist. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Gesetz insoweit eine planwidrige Regelungslücke enthält, die durch entsprechende Anwendung von § 26 Nr. 8 Satz 2 EGZPO, der der Regelung in § 26 Nr. 9 Satz 2 EGZPO a.F. entspricht, zu schließen ist. Denn der diesen Vorschriften zugrunde liegende Gedanke der Gewährleistung einer einheitlichen Anfechtbarkeit der verwerfenden Entscheidungen des Berufungsgerichts gilt in gleicher Weise für Wohnungseigentumssachen. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum dort gegen eine Berufungsverwerfung eine Beschwerde nur statthaft ist, wenn die Entscheidung im Wege eines Beschlusses ergangen ist, während gegen die gleiche Entscheidung, wenn sie in einem Urteil getroffen wird, die Beschwerdemöglichkeit nicht gegeben sein soll. Insoweit ist der Sachverhalt mit dem in § 26 Nr. 8 Satz 2 EGZPO

geregelten Tatbestand vergleichbar, so dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gelangt (vgl. Senat, Beschluss vom 15. März 2007 – V ZB 145/06, BGHZ 171, 350, 353 m.w.N.).

9 b) Der Statthaftigkeit der Nichtzulassungsbeschwerde steht auch nicht entgegen, dass der Wert der geltend gemachten Beschwerde 20.000 € nicht übersteigt. Die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO gilt nach dessen Satz 2 nicht, wenn das Berufungsgericht die Berufung verworfen hat.

10 2. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist jedoch unbegründet. Der Rechtsstreit der Parteien hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert er eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Denn die Berufungsverwerfung wird jedenfalls von der rechtsfehlerfreien Erwägung des Berufungsgerichts getragen, dass dem Prozessbevollmächtigten der Kläger bei ordnungsgemäßem Handeln im Rahmen der Beglaubigung der Abschriften der Fehler seiner Kanzleiangeestellten hätte auffallen müssen. (wird ausgeführt)

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Teileigentum etc.

§ 134 BGB; § 9 KAG Nds – Vereinbarung der Zahlung eines Infrastrukturbeitrags im Ferienpark-/Ferienhaus-Grundstückskaufvertrag

1 1. a) Die Revision ist gemäß § 552a ZPO zurückzuweisen, da die Voraussetzungen für eine Zulassung (§ 543 Abs. 2 ZPO) nicht vorliegen und das Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg hat. Zur Begründung wird auf das Hinweisschreiben des Senatsvorsitzenden vom 25. Juli 2011 Bezug genommen.

2 b) Der Schriftsatz der Klägerin vom 21. November 2011 gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Das Berufungsgericht [LG Oldenburg] versteht die Vertragsklauseln, welche die Verpflichtung zur Zahlung des Infrastrukturbeitrags regeln, dahin, dass mit diesem Beitrag sämtliche Maßnahmen gefördert werden können, die dem Fremdenverkehr der Gesamtanlage dienlich sind. Selbst wenn bei dieser Auslegung nicht bedacht worden sein sollte, dass der Infrastrukturbeitrag aus Sicht eines Käufers nur sinnvoll ist, wenn er für Maßnahmen eingesetzt wird, die Ferienhausgästen zugutekommen, und erkennbar vor diesem Hintergrund versprochen wird, wäre der Rechtsfehler nicht entscheidungserheblich. Erfolg könnte die Revision nämlich nur haben, wenn eine Auslegung in Betracht käme, nach der eine Verwendung des Infrastrukturbeitrags zur Finanzierung öffentlicher Einrichtungen ausgeschlossen ist. Einem solchen Verständnis steht aber der Wortlaut der Klausel entgegen („für die Herstellung, Anschaffung, Erweiterung, Verbesserung, Erneuerung und Unterhaltung von Einrichtungen, die dem Fremdenverkehr im A.-See Ferien- und Erholungspark dienen“ ...). Er orientiert sich erkennbar an der Regelung über Fremdenverkehrsbeiträge in § 9 des Niedersächsischen Kommunalabgabengesetzes, also an einer Bestimmung über die Finanzierung öffentlicher Einrichtungen, und ist deshalb mit der

Annahme unvereinbar, solche Einrichtungen hätten – selbst wenn die Ferienhausgäste von ihnen profitierten – mit dem Infrastrukturbeitrag nicht finanziert werden sollen. Auch der Auslegungsgrundsatz, wonach im Zweifel das gewollt ist, was gesetzeskonform und nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist, führt nicht zu der von der Klägerin nunmehr bevorzugten Auslegung. Denn dieser Grundsatz setzt Zweifel an dem richtigen Verständnis einer Erklärung voraus, rechtfertigt also keine Auslegung gegen den Wortlaut, wenn dieser – wie hier in Bezug auf die Verwendung des Beitrags für öffentliche Einrichtungen – nach den Umständen eindeutig ist (vgl. BGH, Beschluss vom 29. November 2011 – II ZB 13/01, NJW-RR 2002, 646).

(BGH, Beschluss vom 15.12.2011 – V ZR 158/10)

Hinw. d. Red.: Vgl. dazu BGH GuT 2009, 412.

§§ 9, 511 ZPO; §§ 9, 9a ErbbauRG – Rechtsmittelstreitwert; Klage auf Erhöhung des Erbbauzinses

1 Die Klägerin hat von den Beklagten einen im Jahresbetrag um 38,36 € erhöhten Erbbauzins zuzüglich eines vorher fällig gewordenen Betrags von 76,72 € verlangt. Dieses Ziel hat sie in der Berufungsinstanz weiterverfolgt. Das Berufungsgericht hat das Rechtsmittel als unzulässig verworfen. Dagegen richtet sich die Rechtsbeschwerde, mit der die Klägerin die Aufhebung der Entscheidung des Berufungsgerichts und die Zurückverweisung der Sache erstrebt.

2 Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die Berufungssumme von 600 € nicht erreicht. Der Wert des Beschwerdegegenstands sei gemäß § 9 ZPO nach dem dreieinhalbfachen Jahresbetrag der Differenz zwischen bisher gezahltem und mit der Klage verlangtem Erbbauzins zu bestimmen. Dies ergebe einen Betrag von 134,26 €, zu dem der fällige Betrag von 76,72 € hinzuzurechnen sei.

3 Die Rechtsbeschwerde ist nach § 522 Abs. 1 Satz 4, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO statthaft. Sie ist jedoch nach § 574 Abs. 2 ZPO unzulässig, weil die Sache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordern.

7 Die Rechtssache hat – anders als die Klägerin meint – keine grundsätzliche Bedeutung. Die von der Klägerin aufgeworfene Frage, ob sich bei Mehrforderungen der nach § 9 ZPO zu ermittelnde Streitwert gemäß dem Wortlaut der Bestimmung nach dem dreieinhalbfachen Wert des einjährigen Bezugs oder nach dem dreieinhalbfachen des Wert des einjährigen Erhöhungsverlangens berechnet, ist geklärt.

8 Der Zuständigkeits- und Rechtsmittelstreitwert einer Klage auf Erhöhung des Erbbauzinses wird nach § 9 ZPO berechnet (siehe nur Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 70. Aufl., § 9 Rn. 6; N. Schneider in Schneider/Herget, Streitwertkommentar, 13. Aufl., Rn. 2118 mit Nachweisen aus der obergerichtlichen Rechtsprechung). Das sieht die Klägerin nunmehr nicht anders. Er bemisst sich nach dem Unterschiedsbetrag zwischen der bisher gezahlten und der mit der Klage verlangten Höhe des Erbbauzinses (Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl., § 9 Rn. 16; N. Schneider, aaO; ebenso BGH, Beschluss vom 28. Juni 2006 – VIII ZB 9/06, ZMR 2007, 107 [= WuM 2007, 32] und Beschluss vom 21. Mai 2003 – VIII ZB 10/03, AnwBl. 2003, 597, 598 jeweils für Mieterhöhungsklagen). Maßgeblich ist somit der dreieinhalbfache Jahresbetrag des geforderten Mehrbetrags (§ 9 Satz 1 ZPO), wenn nicht – bei bestimmter Dauer des Erbbaurechts – der Gesamtbetrag der verlangten Erhöhungsbeträge geringer ist (§ 9 Satz 2 ZPO). Dass dies in Rechtsprechung oder Literatur anders gesehen wird, zeigt die Klägerin nicht auf.

9 Aus den vorgenannten Gründen ist – wiederum anders als die Klägerin meint – eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Fortbildung des Rechts nicht erforderlich.

(BGH, Beschluss vom 16.2.2012 – V ZB 271/11)

Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2010-2011

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

Sonderpreise für GuT-Einbanddecken und zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage.

Lieferung solange vorrätig. info@prewest.de

Wettbewerb

Internet – Umschau September 2012

Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

NAF – Markenrecht dank Namensnutzung

Das National Arbitration Forum (NAF) liefert einmal mehr eine kuriose UDRP-Entscheidung, die im Ergebnis sicher richtig ist, aber die Frage, ob ein Name lediglich durch Nutzung auch zur Marke werden kann und so UDRP-fähig ist, wieder aufwirft (NAF Decision FA1203001433843).

Die Antragstellerin ist das Fashion-Modell Astrid J. Munoz.

Sie meint, sie habe mit der jahrelangen kontinuierlichen Nutzung ihres Namens für ihre Mode-Modellkarriere sich und ihren Namen weltweit bekannt gemacht, so dass ihr Name aufgrund Gewohnheitsrechts Marke geworden sei, auch wenn er als Marke nirgendwo offiziell eingetragen ist. Gegner ist der Inhaber der Domain *astridmunoz.com*, unter der er ein Buch und ein Theaterstück über die Antragstellerin anbietet. Er sieht sich zur Nutzung der Domain berechtigt, da er die Domain für ein Modelling-Unternehmen mit dem Namen Astrid Munoz registriert habe. Der Name der Antragstellerin sei ja gerade deswegen so berühmt und eine Marke, weil ihn die „Joint Venture“ Partnerschaft mit Namen „Astrid Munoz“, welche die Karriere der Antragstellerin finanziert habe, erst so bekannt gemacht hat. Parteien dieses Joint Venture seien von der ersten Stunde im Jahr 1990 an auch er und Astrid Munoz. Die Antragstellerin, die ihre Rechte durch die Nutzung der Domain *astridmunoz.com* verletzt sieht, wandte sich in einem Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy-Verfahren (UDRP) an das National Arbitration Forum (NAF).

NAF-Panelist Darryl C. Wilson kam zu dem Ergebnis, dass die Domain an die Antragstellerin zu transferieren ist. Er stellte fest, dass die Antragstellerin tatsächlich Inhaberin einer Marke ist, der die Domain zum Verwechseln ähnlich ist.

Zwar sei keine ordentliche Marke registriert und es sei auch nicht vorgetragen, dass die Antragstellerin ihren Namen zur Zeit als Marke für ihr Modelling nutze; doch da beide Parteien davon ausgehen, der Name Astrid Munoz habe markenrechtliche Qualität, zweifelte das Panel nicht daran, zumal man dies mit einfacher Google-Suche bestätigt sieht. Wilson verwies dabei auf die gleich gelagerte WIPO-Entscheidung „Julia Roberts“ aus 2000. Die fragliche Domain sei mit der Marke auch zum Verwechseln ähnlich. Weiter stellte Wilson fest, dass auf den ersten Anschein ersichtlich ist, dass der Gegner nicht berechtigt sei, die Domain als Inhaber zu nutzen. Der konnte den ersten Anschein auch nicht widerlegen. Schon die Angaben zum Domain-Inhaber im WHOIS-Verzeichnis seien unklar, wo als Inhaber „Alcohol Poisoning Campaign“ genannt wird und wodurch deutlich werde, dass der Gegner des Verfahrens jedenfalls nicht unter dem Namen Astrid Munoz bekannt ist. Weiter unterstütze der Domain-Inhaber, entgegen seinem Vortrag, mit Nutzung der Domain nicht das Modelling der Antragstellerin. Auch die geschäftliche Verbindung zu Antragstellerin vermochte der Domain-Inhaber, selbst unter Vorlage mehrerer eidesstattlichen Versicherungen und anderer Belege, nicht nachzuweisen, da diese gefälscht erschienen und jedenfalls keinerlei Verbindung zur Antragstellerin aufwiesen. Schließlich stellte Panelist Wilson auch „bad faith“ (Bösgläubigkeit) auf Seiten des Domain-Inhabers fest, der die Domain für seine eigenen wirtschaftlichen Interessen nutzt. Er versuche nämlich, Bücher und das Theaterstück über die Domain zu verkaufen. An dieser Stelle machte Wilson deutlich, dass hier nicht das Recht des Domain-Inhabers auf „freedom of speech“ beschnitten werde, denn es gehe allein um die unrechtmäßige Nutzung der Marke der Antragstellerin als Domain, nicht aber um die Inhalte, die der

Gegner auch unter einer anderen Domain anbieten könne. Wilson ordnete unter dem Datum 01. Mai 2012 den Transfer der Domain an.

Damit liegt eine weitere klare Entscheidung zur Frage vor, inwieweit ein Name im allein für Marken gestalteten UDRP-Verfahren zum Zuge kommt: man bezeichnet ihn einfach als Marke. Die Entscheidung ist zumindest kritisch, denn die Hürde zu einer notorisch bekannten Marke wie Coca-Cola liegt sicherlich weit höher als der Name eines bekannten Mode-Modells.

Die Entscheidung des NAF finden Sie unter:
<http://domains.adrforum.com/domains/decisions/1433843.htm>

Netzpoltik – Freiheit des Internets in Gefahr

Die Freiheit des Internets ist mehr denn je durch Regierungen aus aller Welt in Gefahr. Darauf wies Vinton G. Cerf, einer der Architekten des Internets und acht Jahre lang an der Spitze der Internetverwaltung ICANN, hin.

Cerf, der aktuell als Chief Internet Evangelist für den Suchmaschinenbetreiber Google tätig ist, warnt demnach davor, dass Vertreter der USA, Großbritannien und Europa das Recht am geistigen Eigentum und die Sicherheit im Cyberspace dazu nutzen würden, um allgemein festzulegen, was im Internet erlaubt sei und was nicht. Dies berichtet das Technologie-Blog „The Hill“ und zitiert ihn mit den Worten: „Politische Strukturen fürchten sich häufig vor der Möglichkeit, dass die Öffentlichkeit herausfinden könne, dass man ihr die Macht gar nicht überlassen wolle.“. Konkret bezog sich Cerf auf die wohl unverminderten Bemühungen der International Telecommunications Union (ITU), die Rolle als Netzpolizei zu übernehmen. Sie versuche, verpflichtende Schutzmechanismen für geistiges Eigentum als eine Art Hintertür für mehr Netzüberwachung zu implementieren. Zugleich kritisierte er den „Cybersecurity and Intelligence Protection Act“ (CISPA), mit dem in den USA Unternehmen ermutigt werden, Informationen über Bedrohungen aus dem Cyberspace mit der Regierung zu teilen. Allerdings gab sich Cerf dabei auch kämpferisch: „Wenn mich jemand davon abhält, zu kommunizieren, werde ich einen Weg finden, dies zu umgehen“.

Auch der Verein Digitale Gesellschaft eV sieht das offene und freie Internet in Gefahr. Derzeit würden die sogenannten „International Telecommunication Regulations“ (ITRs) überarbeitet, um sie anlässlich der für Dezember 2012 in Dubai geplanten Weltkonferenz zur internationalen Telekommunikation zu verabschieden. Zu den diskutierten Änderungen würden Forderungen zählen, wonach Internetsicherheit und Datenschutz einer internationalen Kontrolle unterliegen soll, Telekommunikationsunternehmen Gebühren für den internationalen Internetverkehr verlangen dürfen und der ITU die Hoheit über bestimmte Internet Governance Organisationen wie ICANN übertragen werden soll. Faktisch würde die insbesondere als intransparent kritisierte ITU so erheblich an Macht und Einfluss im Internet gewinnen.

Ein offener Brief an ITU-Generalsekretär Hamadoun Touré und die ITU-Mitgliedstaaten soll das Problem nun stärker in die Öffentlichkeit bringen. Anlässlich der bevorstehenden Weltkonferenz fordert der Verein in dem Brief mehr Mitspracherechte für und Beteiligung der Zivilgesellschaft sowie die Veröffentlichung aller vorbereitenden Dokumente ein. Eine Reaktion der ITU ist bisher (31. 5. 2012) nicht bekannt.

Den offenen Brief des Digitale Gesellschaft eV finden Sie unter:
<http://www.domain-recht.de/verweis/585>

RSS-Feed – ohne Kenntnis keine Störerhaftung

Der Bundesgerichtshof hatte bereits im März 2012 entschieden, dass der Betreiber eines Informationsportals, das auf RSS-

Feeds zurückgreift, nicht für eine Rechtsverletzung einzustehen hat, solange er keine Kenntnis von ihr hat (Urteil vom 27. März 2012, Az.: VI ZR 144/11). Nun liegen die Urteilsgründe vor. Wir haben uns die Entscheidung angeschaut.

Die Beklagte betreibt ein Informationsportal im Internet, in welchem sie Informationen aus Medien via RSS-Feed zusammen- und zur Verfügung stellt, wobei lediglich Schlagzeilen mit kurzem Textanriss angezeigt und jeweils ein Link auf die Originalseite bereit gestellt werden. Am 16. Oktober 2009 fand sich auf dem Portal in einem RSS-Feed der Verweis auf eine Bildberichterstattung über „Frau H.“, die diese bereits am 13. Oktober 2009 von der Ursprungsquelle wegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung per einstweiliger Verfügung hatte entfernen lassen. „Frau H.“ forderte über ihre Anwälte die Beklagte auf, die Meldung ihrerseits zu entfernen. Dem kam die Beklagte nach; die geltend gemachten Anwaltskosten beglich sie nicht. „Frau H.“ trat sodann den Anspruch auf Ersatz der Anwaltskosten an die Klägerin ab, die diesen nun gegen die Beklagte geltend macht. Das zunächst angerufene Amtsgericht Berlin-Tempelhof-Kreuzberg wies die Klage ab, es verneinte die Haftung der Beklagten. Die daraufhin eingereichte Berufung wies das Landgericht Berlin aus eben diesen Gründen zurück, ließ aber die Revision zu. Die Klägerin legte die Revision zum Bundesgerichtshof ein.

Der Bundesgerichtshof bestätigte die Entscheidungen der beiden Berliner Gerichte und ist ebenfalls der Meinung, die Beklagte haftet nicht für die Persönlichkeitsrechtsverletzung.

Einig sind sich die Gerichte, dass „Frau H.“ aufgrund der Bildberichterstattung in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt war. Die Beklagte haftet dafür jedoch nicht, denn weder hat sie die Meldung selbst erfasst noch sie sich zu Eigen gemacht. Verfasst hat die Meldung die ursprüngliche Quelle, deren RSS-Feed die Beklagte neben anderen abonniert hat. Sie machte sich die Meldung auch nicht zu Eigen, da sie selbst die Daten keiner redaktionellen Kontrolle unterzog, sondern die Feeds automatisiert und ungeprüft übernahm. Die Inhalte sind auch jeweils als fremd gekennzeichnet. Ein zu Eigen machen durch die Beklagte ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass sie die unterschiedlichen RSS-Feeds für ihr Internetangebot auswählte. Weiter entsteht aufgrund der Bereitstellung der Meldungen auf dem eigenen Informationsportal und der damit einhergehende Verbreitung derselben keine Haftung als Störer. Es bestehen hier keine Prüfpflichten, da dies den Betrieb eines solchen Informationsportals unzutraglich hemmen würde. Eine Prüfpflicht entsteht für den Betreiber eines solchen Portals erst, wenn er Kenntnis von der Rechtsverletzung erlangt. Da die Beklagte nach Kenntnis von der Rechtsverletzung die beanstandete Berichterstattung aus ihrem Angebot herausgenommen hat, ist sie nicht Störerin geworden. Sie hat damit den Anforderungen der Rechtsprechung an die Störerhaftung entsprochen.

Der Bundesgerichtshof hat einmal mehr eine Facette der Störerhaftung beschrieben, wobei er diesmal lediglich die vorangegangenen Entscheidungen bestätigte. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Störerhaftung findet also überwiegend Gehör und wird weitestgehend im Sinne der aufgestellten Prinzipien umgesetzt. Auf dieser Grundlage wird der Umgang mit dem Internet für Anbieter berechenbarer.

OLG Celle – zum Urheberrecht an einer Webseite

Das Oberlandesgericht Celle hat in einem Beschluss deutlich gemacht, dass es mehr als einer handwerklich ordentlich erstellten Webseite bedarf, damit diese Urheberrechtsschutz genießt (Beschluss vom 8. 3. 2012, Az.: 13 W 17/12).

Die Klägerin betreibt eine Webseite mit Informationen über den Ortsteil und Bekanntmachungen des Ortsteils einer Gemeinde. Der Beklagte bot auf seiner Webseite ein Informationsangebot, unter anderem indem er Seiten der Klägerin im Wege des Framings übernahm.

Die Klägerin ließ den Beklagten abmahnen und verlangte unter anderem, dass er das Framing unterlasse. Der Beklagte stell-

te das Framing ein, gab aber die Unterlassungserklärung nicht ab. Die Klägerin erhob Klage und verlangte unter anderem die Abgabe einer Unterlassungserklärung. Der Beklagte beantragte Prozesskostenhilfe, um der Klage entgegenzutreten zu können. Das Landgericht gab dem Prozesskostenhilfeantrag jedoch nur teilweise statt, weil es meinte, eine unveränderte Übernahme der Bilder und Grafiken von der Seite der Klägerin durch den Beklagten verletze ihr Urheberrecht (§§ 15 Absatz 1, 97 Absatz 1 UrhG) und die Wiederholungsgefahr sei nicht ausgeräumt. Der Beklagte wandte sich gegen die Entscheidung an das Oberlandesgericht Celle.

Das OLG Celle gab dem Antrag des Beklagten hinsichtlich der Prozesskostenhilfe statt, weil keine Urheberrechts- oder sonstige Rechtsverletzung vorliege (Beschluss vom 8. 3. 2012, 13 W 17/12). Zwar sei die temporäre Darstellung der geframten Daten in einem Browserfenster eine Vervielfältigung; doch bedurfte die konkrete Art der Vervielfältigung nicht der Zustimmung der Klägerin, denn deren Internetseite als solcher fehle es an der notwendigen Schöpfungshöhe, um urheberrechtlichen Schutz zu genießen (§ 2 Absatz 1 UrhG). Die Gestaltung der klägerischen Internetseite ging nach Ansicht des OLG Celle nicht über das hinaus, was bei ordnungsgemäßer Erstellung eines Webauftritts im Internet handwerklich zu leisten sei:

Weder mit den gestalterischen Mitteln, der Farbauswahl oder -kombination, der Anordnung der Bilder und Grafiken noch auch mit den sprachlichen Mittel, die sich auf sachliche Information beschränkt, erreiche die Internetseite der Klägerin die notwendige Schöpfungshöhe. Das OLG Celle prüfte weitere Anspruchsgrundlagen, die aber ebenfalls keine Ansprüche der Klägerin rechtfertigten: einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch verneinte das Gericht, weil der Inhaber einer Internetseite damit rechnet, dass auf seine Seite verwiesen wird, und davon auszugehen ist, dass er damit grundsätzlich einverstanden ist. Zudem fehlte es mangels Unternehmensbezugs bereits an einer geschäftlichen Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

Einen namensrechtlicher Anspruch aus § 12 BGB aufgrund einer Namensanmaßung verneinte das Gericht ebenso, denn die Klägerin beschwerte sich über die Darstellung ihrer Internetseite durch den Beklagten im Wege des Framings; doch die Gefahr der namensmäßigen Identitäts- oder Zuordnungsverwirrung war nicht gegeben, da der Beklagte immer auf seine Quelle hingewiesen hat. Die Verwendung der Domain könnte, so das OLG Celle, einen unzulässigen Namensgebrauch darstellen, aber das zu prüfen sei Aufgabe des Landgerichts, der dieses noch nicht nachgekommen sei.

Schließlich stellte sich noch die Frage, ob die Klägerin als Verwertungsberechtigte an Bildern und Grafiken einen Anspruch gegen den Beklagten hat, doch hatte die Klägerin dazu, ob sie die absoluten Verwertungsrechte inne hat, nicht ausreichend vorgetragen.

Die Entscheidung des OLG Celle macht deutlich, welche Anforderungen das Urheberrecht an den Schöpfer einer Internetseite stellt. Es gehört eben mehr dazu, als sich eine Webseite nach normalen Maßstäben zu gestalten und digital umzusetzen, damit diese als Werk Urheberschutz genießt (§ 2 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 UrhG).

Die Entscheidung des OLG Celle findet man unter: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20120089.htm>

Störerhaftung – neues Gesetz soll Haftung mildern

Der in Berlin ansässige Verein Digitale Gesellschaft wagt in Sachen Störerhaftung im Internet den Vorstoß: vergangene Woche veröffentlichte man einen Gesetzentwurf für die haftungsrechtliche Gleichstellung von normalen Bürgern sowie Gewerbetreibenden, die einen Internet-Zugang via WLAN anbieten, mit kommerziellen Internet Providern.

Das Institut der Störerhaftung hat seinen Ursprung im Sachenrecht, regelt inzwischen jedoch maßgeblich die Haftung im Internet. Im Mittelpunkt steht die Frage, wann und unter wel-

chen Umständen eine Person für fremdes Handeln zur Verantwortung gezogen werden kann. Der Bundesgerichtshof wiederholt in ständiger Rechtsprechung, dass als Störer bei der Verletzung absoluter Rechte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, wer - ohne Täter oder Teilnehmer zu sein - in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Verletzung des geschützten Rechts beiträgt. Da die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden darf, die nicht selbst die rechtswidrige Beeinträchtigung vorgenommen haben, setzt die Haftung des Störers aber die Verletzung von Prüfpflichten voraus. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist (so zum Beispiel im Urteil vom 12. 5. 2010, I ZR 121/08, GuT 2010, 258 – Sommer unseres Lebens). Diese Rechtsprechung hat dazu geführt, dass Privatpersonen auf Unterlassung in Anspruch genommen werden können, wenn ihr nicht ausreichend gesicherter WLAN-Anschluss von unberechtigten Dritten für Urheberrechtsverletzungen im Internet genutzt wird.

Diese Rechtslage will der Verein nicht länger hinnehmen. Nach seiner Ansicht ist das Teilen von Internetzugängen keine reine rechts-, sondern auch eine netz- und sozialpolitische Notwendigkeit: „Wer sein WLAN anderen zur Mitnutzung zur Verfügung stellt, tut etwas Gutes und sollte dafür nicht potenziell bestraft werden“, erläuterte Vereinsvorsitzender Markus Beckedahl. „Für Datenreisende ist diese digitale Nachbarschaftshilfe einem gereichten Glas Wasser vergleichbar. Auch kann man auf diese Art sozial Benachteiligten ermöglichen, im solidarischen Huckepackverfahren einen Internetzugang zu erhalten.“ Für den „kleinen Mann“ soll künftig keine wesentlich härtere Haftung gelten als für Provider wie T-Online, die dank einer Regelung im Telemediengesetz (TMG) eine Haftungsprivilegierung genießen, indem in Folge einer Gesetzesänderung auch Betreiber von öffentlichen WLANs als Diensteanbieter im Sinne des § 8 TMG anzusehen sind, sodass die dort geregelten Haftungsfreistellungen auch für sie gelten. Lokale Internet-Zugangsanbieter, die als eine Art „Mini-Provider“ ein WLAN nicht-kommerziell oder nur als begleitende Dienstleistung etwa in einem Café, Restaurant oder einer Buchhandlung anbieten, sollen allenfalls unter Einschränkungen haften.

Mit dem Gesetzesentwurf will der Verein die öffentliche Diskussion anstoßen; ein eigenes Recht, den Entwurf im Bundestag einzubringen, hat er nicht. Vor allem über Abgeordnete im Bundestag und in den Landesparlamenten soll der Entwurf Unterstützung finden. Bis zur Umsetzung ist es damit noch ein langer, weiter und steiniger Weg.

Weitere Informationen und den Gesetzesvorschlag im Wortlaut finden Sie unter:

<http://www.domain-recht.de/verweis/600>

mailto: dingeldey@domain-recht.de

mailto: RA@daniel-dingeldey.de

§ 823 BGB; Art. 101 AEUV

Kartell; Haftung der Kartellteilnehmer dem mittelbar Geschädigten auf Schadensersatz; ORWI

a) Einem indirekten Abnehmer der Kartellteilnehmer steht ein Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit Art. 101 AEUV zu, wenn er durch das kartellrechtswidrige Verhalten einen Schaden erlitten hat. Die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt der indirekte Abnehmer.

b) Der Vorteil, der dem Geschädigten aus einer Abwälzung des kartellbedingten Preisauflags auf seine Abnehmer erwächst, kann unter dem Aspekt der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigen sein. Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung liegt beim Schädiger.

c) Die Bejahung einer sekundären Darlegungslast des Kartellgeschädigten setzt eine umfassende Prüfung ihrer

Erforderlichkeit und Zumutbarkeit voraus, bei der sorgfältig abzuwägen ist, inwieweit dem Geschädigten insbesondere eine Darlegung zu wettbewerblich relevanten Umständen abverlangt werden kann, an deren Geheimhaltung er ein schützenswertes Interesse hat; außerdem darf die Annahme einer sekundären Darlegungslast nicht zu einer unbilligen Entlastung des Schädigers führen.

d) Für die durch ein Kartell verursachten Schäden haften alle Kartellteilnehmer nach §§ 830, 840 BGB als Gesamtschuldner.

(BGH, Urteil vom 28. 6. 2011 – KZR 75/10)

Hinw. d. Red.: Hierzu lautet die BGH-Pressemitteilung Nr. 118/2011 vom 29. 6. 2011:

»Kartellteilnehmer haften auch mittelbar Geschädigten auf Schadensersatz

Schadensersatz wegen Kartellrechtsverstößen können nicht nur unmittelbare Kunden der Kartellteilnehmer verlangen, sondern auch ihnen in der Absatzkette folgende Abnehmer. Der Kartellant kann aber gegen den Anspruch einwenden, der Anspruchsteller habe die kartellbedingte Preiserhöhung an seine eigenen Kunden weitergegeben. Das hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs gestern entschieden.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hat die Klägerin die Beklagte aus abgetretenem Recht eines Druckereiunternehmens auf Schadensersatz wegen Kartellabsprachen in Anspruch genommen. Die Beklagte war von Januar 1992 bis September 1995 an einem Preiskartell der Hersteller von Selbstdurchschreibepapier (SD-Papier) beteiligt. Das steht aufgrund einer von ihr erfolglos angegriffenen Entscheidung der EU-Kommission (vgl. EuG, Urt. v. 26. 4. 2007 – T 109/02; EuGH, Urt. v. 3. 9. 2009 – C-322/07 P), die der Beklagten deshalb eine Geldbuße in Höhe von ca. 33 Mio. € auferlegt hat, fest. Das Druckereiunternehmen hat in diesem Zeitraum zu kartellbedingt überhöhten Preisen SD-Papier von Großhändlern bezogen, die ihrerseits von am Kartell beteiligten Herstellern beliefert wurden. Das Berufungsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Der Bundesgerichtshof hat das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückverwiesen, da noch weitere Feststellungen getroffen werden müssen (Urteil vom 28. Juni 2011 – KZR 75/10).

Mit seiner Entscheidung, dass auch in der Absatzkette folgenden indirekten Abnehmern ein Schadensersatzanspruch wegen kartellbedingter Preiserhöhungen zustehen kann, trägt der Bundesgerichtshof dem Umstand Rechnung, dass die nachteiligen Folgen eines Preiskartells sich nicht notwendigerweise bei den unmittelbaren Abnehmern der Kartellanten realisieren, sondern – weil diese die Preiserhöhungen weitergeben können – oft auf nachfolgende Marktstufen verlagert werden. Nach dem Sinn und Zweck des Kartell- und Schadensersatzrechts ist es aber geboten, dass auch diejenigen Marktteilnehmer ihren Schaden ersetzt erhalten, auf deren Kosten ein kartellrechtlich verbotenes Verhalten letztlich praktiziert wird. Dies ist auch die Auffassung des Gerichtshofs der europäischen Union, der bereits ausgesprochen hat, dass jedermann berechtigt ist, Ersatz des ihm entstandenen Schadens zu verlangen, der ursächlich auf ein nach Unionsrecht verbotenes Kartell zurückzuführen ist.

Wie der Bundesgerichtshof weiter entschieden hat, ist der Kartellteilnehmer aber grundsätzlich berechtigt, dem Schadensersatz verlangenden Abnehmer entgegenzuhalten, dass dieser die von ihm gezahlten kartellbedingt überhöhten Preise an seine eigenen Kunden weitergegeben und deswegen letztlich keinen Schaden mehr hat („passing-on defence“). Durch diese Vorteilsausgleichung wird eine unverhältnismäßige mehrfache Inanspruchnahme des Kartellanten für einen nur einmal entstandenen Schaden ebenso vermieden wie eine ungerechtfertigte Bereicherung direkter Abnehmer, soweit sie tatsächlich wirtschaftlich keinen Schaden erlitten haben.

Beteiligte des Kartells haften auch für den Schaden, der Abnehmern dadurch entsteht, dass sie über den Großhandel von anderen Kartellteilnehmern bezogen haben.

Grundlage des Schadensersatzanspruchs im Streitfall ist § 823 Abs. 2 BGB i. V. mit Art. 81 EG (heute Art. 101 AEUV). Auf § 33 GWB konnte die Klage nicht gestützt werden, da diese Norm im Zeitraum der maßgeblichen Warenlieferungen noch nicht galt. Der Bundesgerichtshof hat jedoch klargestellt, dass sich nach geltendem Recht keine grundsätzlich abweichende Beurteilung ergibt.«

§ 4 UWG; §§ 249, 823 BGB

Wettbewerb; Kfz-Miete; Unfallersatztarif; Hinweis des Unfallhaftpflichtversicherers gegenüber dem Unfallgegner auf preisgünstigeres Unfallersatzgeschäft

Ein Unfallhaftpflichtversicherer ist regelmäßig nicht gehindert, einen Unfallgegner, der ein Ersatzfahrzeug bei einem örtlichen Autovermieter angemietet hat oder anmieten möchte, auf das preisgünstigere Angebot eines mit ihm zusammenarbeitenden überörtlich tätigen Autovermieters hinzuweisen.

(BGH, Urteil vom 8. 3. 2012 – I ZR 85/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin betreibt ein Mietwagenunternehmen. Sie verlangt vom beklagten Kfz-Haftpflichtversicherungsunternehmen, es zu unterlassen, Kunden der Klägerin im Unfallersatzgeschäft zur vorzeitigen Kündigung von Kfz-Mietverträgen und zum Abschluss von durch die Beklagte vermittelten Mietverträgen bei anderen Mietwagenunternehmen zu veranlassen.

2 Die Klägerin hat ihre Klage zunächst nur auf einen Vorgang im August 2008 gestützt, bei dem ein Mitarbeiter der Beklagten die Zeugin B. veranlasst hat, ihren Mietvertrag mit der Klägerin über ein Unfallersatzfahrzeug zum Preis von 84,39 € pro Tag vorzeitig aufzulösen und ein Fahrzeug bei einem ihr von der Beklagten als Haftpflichtversicherer des Unfallversachers vermittelten Mietwagenunternehmen zum Preis von 36 € täglich anzumieten. Das Landgericht Dresden hat die Klage abgewiesen. Die auch auf einen weiteren Vorgang im Januar 2010 gestützte Berufung der Klägerin, bei dem eine Mitarbeiterin der Beklagten gegenüber einem Unfallgeschädigten, der bei der Klägerin ein Ersatzfahrzeug angemietet hatte, den Eindruck erweckt haben soll, dass der vereinbarte Preis nach internen Richtlinien nicht erstattet wird, und den Geschädigten deshalb zur sofortigen Rückgabe des Fahrzeugs und Anmietung eines Ersatzfahrzeugs bei der S. Autovermietung aufgefordert haben soll, ist ohne Erfolg geblieben.

3 Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin sowohl ihren Hauptantrag,

es der Beklagten unter Androhung bestimmter Ordnungsmittel zu untersagen, im Wettbewerb handelnd im Zusammenhang mit der Feststellung der Eintrittspflicht im Bereich von Kfz-Haftpflichtschäden zu Mietwagenkosten auf Unfallgeschädigte, die bereits bei der Klägerin ein Mietfahrzeug angemietet haben, unter Hinweis auf ihre Schadensminderungspflicht einzuwirken und diese zu veranlassen, das Mietfahrzeug der Klägerin vorzeitig zurückzugeben und statt dessen ein Mietfahrzeug auf Vermittlung der Beklagten bei der Firma E. oder einer anderen Autovermietung anzumieten,

als auch ihren Hilfsantrag weiter, der bis auf die bei ihm fehlenden einleitenden Wörter „im Wettbewerb handelnd“ dem Hauptantrag entspricht. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

4 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht [OLG Dresden] hat ein wettbewerbs- oder sonst rechtswidriges Verhalten der Beklagten verneint und hierzu ausgeführt:

5 Der Klagehauptantrag sei unbegründet, weil der Klägerin kein Anspruch aus §§ 8, 3, 4 Nr. 10 UWG zustehe. Zwar bestehe zwischen der Beklagten, die mit dem beanstandeten Verhalten fremden Wettbewerb fördere, und der Klägerin ein konkretes Wettbewerbsverhältnis. Da es grundsätzlich keinen Anspruch auf den Fortbestand einmal begründeter Vertragsverhältnisse gebe, setze eine gezielte Mitbewerberbehinderung das Vorliegen zusätzlicher unlauterkeitsbegründender Merkmale voraus. Der Klagehauptantrag zielen aber weder auf ein Verbot der Irreführung noch auf ein Verbot einer unangemessenen unsachlichen Beeinflussung noch auf ein Verbot einer unzumutbaren Belästigung potentiell unworbener Kunden, sondern sei darauf gerichtet, der Beklagten generell zu untersagen, Unfallgeschädigte auf günstigere Tarife anderer Mietwagenunternehmen hinzuweisen. Eine Verleitung zum Vertragsbruch habe die Klägerin zwar behauptet, aber ebenso wenig näher ausgeführt wie den von ihr geltend gemachten Verstoß gegen Kartellrecht.

6 Der auf den Gesichtspunkt eines rechtswidrigen Eingriffs in den Gewerbebetrieb der Klägerin gestützte Hilfsantrag sei unbegründet, weil der Beklagten nicht verwehrt sei, zur Dämpfung der Unfallfolgekosten auf die Möglichkeit der Beschaffung eines kostengünstigeren Mietwagens hinzuweisen, dessen Nutzung zu empfehlen und von ihr ohne weitere Überprüfung erstattete Mietwagenpreise zu nennen.

7 II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat sowohl den Klagehauptantrag als auch den Hilfsantrag rechtsfehlerfrei als unbegründet angesehen.

8 1. Die Klägerin hat ihre Klage mit Verhaltensweisen der Beklagten begründet, die nach ihrer Ansicht gemäß §§ 3, 4 Nr. 10 UWG wettbewerbswidrig sind oder zumindest einen rechtswidrigen Eingriff in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB) darstellen. Wegen des im zweiten Fall nicht vorausgesetzten Handelns im Wettbewerb (§ 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 UWG 2004) oder geschäftlichen Handelns (§ 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1 UWG 2008) hat sie einen Hauptantrag und einen davon geringfügig abweichenden Hilfsantrag gestellt. In der Sache handelt es sich allerdings um einen einheitlichen Streitgegenstand; die Klägerin hat den von ihr geltend gemachten Anspruch lediglich mit zueinander im Verhältnis der Anspruchsnormenkonkurrenz stehenden unterschiedlichen Anspruchsnormen begründet.

9 2. Die von der Klägerin gestellten Anträge sind – entgegen der Ansicht der Revisionsrweiterung – hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und damit zulässig.

10 a) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Unterlassungsantrag – und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung – nicht derart undeutlich gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungsbefugnis des Gerichts nicht mehr klar umrissen sind, der Beklagte sich deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und im Ergebnis dem Vollstreckungsgericht die Entscheidung darüber überlassen bleibt, was dem Beklagten verboten ist. Der Mangel der Bestimmtheit des Klageantrags ist auch im Revisionsverfahren zu beachten (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 17. August 2011 – I ZR 108/09, GRUR 2011, 1043 Rn. 36 = WRP 2011, 1454 – TÜV II, mwN).

11 b) Die von der Klägerin gestellten Anträge sind darauf gerichtet, es der Beklagten zu untersagen, auf unfallgeschädigte Personen, die bei der Klägerin ein Unfallersatzfahrzeug angemietet haben, einzuwirken, um sie unter Hinweis auf die Verpflichtung der Geschädigten zur Geringhaltung des Schadens zu veranlassen, das Mietfahrzeug vorzeitig zurückzugeben und stattdessen ein anderes Fahrzeug bei einem von der Beklagten vermittelten Autovermieter anzumieten. Damit ist das bei der beanstandeten Handlung zum Einsatz kommende Mittel – der Hinweis auf die Verpflichtung zur Geringhaltung des Schadens – und der mit der Mitteilung verfolgte Zweck – der Wechsel des Mietwagenunternehmens – in einer Weise konkret be-

zeichnet, dass für die Beklagte keine grundsätzlichen Zweifel bestehen können, wie sie sich verteidigen kann und im Falle ihrer Verurteilung zu verhalten hat. Ebenso wird auch die Beurteilung, was verboten werden soll, nicht in einer der insoweit bestehenden Aufgabenverteilung widersprechenden Weise vom Erkenntnisverfahren auf das Vollstreckungsverfahren verlagert.

12 3. Der Klagehauptantrag ist jedoch – wie das Berufungsgericht mit Recht entschieden hat – unbegründet, weil er aufgrund seiner zu weiten Fassung die von der Klägerin geltend gemachte konkrete Verletzungsform verfehlt.

13 a) Ein bestimmt, aber zu weit gefasster Klageantrag kann damit entweder über das Charakteristische der Verletzungsform hinausgehen oder diese überhaupt verfehlen. Im ersten Fall ist die Klage in dem Umfang, in dem der Antrag zu weit reicht, im zweiten Fall insgesamt als unbegründet abzuweisen (Fezer/Bücher, UWG, 2. Aufl., § 12 Rn. 291 mwN).

14 b) Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass der Klagehauptantrag im Streitfall schon deshalb unbegründet ist, weil er kein die konkrete Verletzungsform charakterisierendes Merkmal enthält. Es hat erwogen, dass sich das für die Annahme einer gezielten Behinderung der Klägerin im Sinne des § 4 Nr. 10 UWG erforderliche zusätzliche unlauterkeitsbegründende Merkmal des Verhaltens der Beklagten aus einer Irreführung der von der Beklagten umworbenen potentiellen Kunden, aus einer unangemessenen unsachlichen Beeinflussung, aus einer unzumutbaren Belästigung oder aus einer Verleitung zum Vertragsbruch ergeben könnte. Von einer näheren Prüfung der von der Klägerin hierzu gemachten Ausführungen hat es aber jeweils mit der Begründung abgesehen, dass der Klageantrag auf diese Gesichtspunkte nicht abstelle.

15 4. Eine Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, um der Klägerin die Stellung eines sachdienlichen Klagehauptantrags zu ermöglichen, ist im Streitfall auch nicht aus Gründen der prozessualen Fairness geboten.

16 Nach der Rechtsprechung des Senats gebieten bei erstmals in der Revisionsinstanz festgestellten Mängeln des Klageantrags der Grundsatz des Vertrauensschutzes und der Anspruch der Parteien auf ein faires Gerichtsverfahren, dem Kläger durch die Wiedereröffnung der Revisionsinstanz Gelegenheit zu geben, den insoweit bestehenden Bedenken durch eine angepasste Antragsfassung Rechnung zu tragen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2001 – I ZR 40/99, GRUR 2002, 86, 89 = WRP 2001, 1294 – Laubhefter; Urteil vom 16. November 2006 – I ZR 191/03, GRUR 2007, 607 Rn. 18 = WRP 2007, 775 [= GuT 2007, 169; GuT 2006, 357 PM] – Telefonwerbung für „Individualverträge“; Urteil vom 4. November 2010 – I ZR 118/09, GRUR 2011, 539 Rn. 18 = WRP 2011, 742 – Rechtsberatung durch Lebensmittelchemiker, jeweils mwN). Im Streitfall hat jedoch bereits das Berufungsgericht die entsprechenden Bedenken in seinem Urteil geäußert. Die Klägerin hatte damit Gelegenheit, die Nichterteilung eines Hinweises zur Antragsfassung durch das Berufungsgericht als Verstoß gegen § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO zu rügen.

17 5. Die Rüge der Verletzung des § 139 Abs. 1 Satz 2 ZPO, die die Klägerin im Hinblick auf die vom Berufungsgericht in Bezug auf die Fassung des Klagehauptantrags im Berufungsurteil geäußerten Bedenken erhoben hat, ist ebenfalls nicht begründet. Die Klägerin hätte danach bei einem entsprechenden gerichtlichen Hinweis beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, Unfallgeschädigten, die bereits bei der Klägerin ein Mietfahrzeug angemietet haben, unter Hinweis auf ihre Schadensminderungspflicht zu empfehlen, das Mietfahrzeug der Klägerin zurückzugeben und stattdessen ein gleichwertiges Mietfahrzeug bei der Firma E. oder einer anderen Autovermietung anzumieten. Auch in diesem Antrag wäre kein die konkrete Verletzungsform charakterisierendes Merkmal enthalten gewesen.

18 6. Nach Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht bei seinen Erwägungen zum Unterlassungshilfsantrag die vom VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 13. Oktober 1998 – VI ZR 357/97 zum dortigen Klageantrag 2 unter II 3 der Entscheidungsgründe (= NJW 1997, 279, 281 f.) gemachten Ausführungen unberücksichtigt gelassen. Der dort entschiedene Lebenssachverhalt entspreche dem in der vorliegenden Sache zu beurteilenden. Auch damit hat die Revision keinen Erfolg.

19 a) Die Revision lässt unberücksichtigt, dass der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs seine damalige, für Unfallgeschädigte und indirekt auch für spezielle – teurere – Unfallersatztarife anbietende Mietwagenunternehmen günstige Rechtsprechung mit Urteil vom 12. Oktober 2004 geändert hat (VI ZR 151/03, BGHZ 160, 377 [= GuT 2005, 26 KL]). Nach dieser seither maßgeblichen Rechtsprechung (vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 9. März 2010 – VI ZR 6/09, NJW 2010, 2569 Rn. 8 und 13) kann der Geschädigte den im Vergleich zum Normaltarif teureren Unfallersatztarif nur dann ersetzt verlangen, wenn der Mehrbetrag wegen der besonderen Unfallsituation aus betriebswirtschaftlicher Sicht gerechtfertigt oder der günstigere Normaltarif für den Geschädigten nicht ohne weiteres zugänglich war; der Geschädigte hat dabei darzulegen, dass ihm auch auf Nachfrage kein wesentlich günstigerer Tarif angeboten worden wäre (BGHZ 160, 377, 384).

20 b) Die sich danach stellende Frage, ob der Haftpflichtversicherer, der dem Unfallgegner seines Versicherungsnehmers einen günstigeren Tarif zugänglich macht, auch vor dem Hintergrund dieser geänderten Rechtsprechung des VI. Zivilsenats noch rechtswidrig handelt, wird in der Rechtsprechung der Instanzgerichte unterschiedlich beurteilt. So behauptet das Landgericht Weiden i.d.OPf. einen Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG (NJW-RR 2009, 675, 677 f.; ablehnend LG Nürnberg-Fürth, SP 2011, 365, 366 f.). Es stützt sich dabei allerdings maßgeblich auf Erwägungen in einem in WRP 1995, 639 abgedruckten Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf, in dem die – später – geänderte Rechtsprechung des VI. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs naturgemäß noch nicht hatte berücksichtigt sein können. Das Landgericht Bielefeld behauptet dagegen einen Verstoß in Form eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb mit die geänderte Rechtsprechung des VI. Zivilsenats berücksichtigenden Erwägungen nur für den Fall, dass zugleich darauf hingewiesen wird, dass weitergehende Kosten keinesfalls erstattet werden (NJW 2007, 2188, 2190).

21 c) Davon unabhängig ist ein Hinweis des Versicherers auf die Möglichkeit der Anmietung eines kostengünstigeren Ersatzfahrzeugs immer dann als zulässig anzusehen, wenn berechnete gegenläufige Interessen des Geschädigten dadurch nicht berührt werden. Letzteres ist entgegen der von der Klägerin in der mündlichen Revisionsverhandlung geäußerten Ansicht regelmäßig auch dann der Fall, wenn der Versicherer den Geschädigten, der ein Ersatzfahrzeug bei einem örtlichen Autovermieter angemietet hat oder anmieten möchte, auf das Angebot eines überörtlich tätigen Autovermieters hinweist, der mit dem Versicherer zusammenarbeitet. Die von der Klägerin in diesem Zusammenhang angeführte Bestimmung des § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB, nach der der Geschädigte bei Verletzung seiner Person oder Beschädigung einer Sache statt der nach § 249 Abs. 1 BGB grundsätzlich geschuldeten Naturalrestitution den zur Herstellung dieses Zustandes erforderlichen Geldbetrag verlangen kann, ist insoweit weder direkt noch entsprechend anwendbar. Ihr liegt die Erwägung zugrunde, dass es dem Geschädigten nicht zuzumuten ist, seine Person oder Sache zum Zwecke ihrer Wiederherstellung ausgerechnet dem Schädiger anvertrauen zu müssen (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juni 2010 – VI ZR 337/09, NJW 2010, 2725 Rn. 7 mwN). Damit lässt sich die Anmietung eines Unfallersatzfahrzeugs nicht vergleichen.

22 III. Nach allem ist die Revision der Klägerin mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 5 UWG

**Wettbewerb; Werbung; Irreführung;
Berühmung einer Spitzenstellung; Einzelunternehmen;
Unternehmensgruppe; Marktführer Sport;
wettbewerbsrechtliches Verbraucherleitbild;
überholtes Leitbild des oberflächlich flüchtigen
Verbrauchers; aktuelles Leitbild des durchschnittlich
informierten und verständigen und situationsadäquat
aufmerksamen Verbrauchers**

Bei dem Verständnis des für die Spitzenstellung maßgeblichen Vergleichsmarkts zieht der durchschnittlich verständige Verkehrsteilnehmer erfahrungsgemäß die übrigen Marktteilnehmer nur insoweit in Betracht, als sie ihm in tatsächlicher Hinsicht mit dem die Spitzenstellung beanspruchenden Marktteilnehmer vergleichbar erscheinen.

(BGH, Urteil vom 8. 3. 2012 – I ZR 202/10)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beklagte, die Karstadt Warenhaus GmbH, betreibt in Deutschland Warenhäuser. Ihre Internetseite enthielt im August 2007 unter der Rubrik „Das Unternehmen“ die Angabe: „Karstadt ist Marktführer in den Sortimentsfeldern Mode und Sport“.

2 Die Klägerin, die deutsche Organisation der international tätigen INTERSPORT-Gruppe, hat die Angabe zum Sortimentsfeld Sport als irreführend beanstandet. Die in ihrem Verbund unter dem INTERSPORT-Logo auftretenden Sportfachgeschäfte hätten im Geschäftsjahr 2005/06 zusammen einen Jahresumsatz von 1 Mrd. € erzielt. Der Jahresumsatz der Beklagten liege dagegen nur bei 440 Mio. €.

3 Die Klägerin hat mit ihrer nach erfolgloser Abmahnung erhobenen Klage beantragt, der Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verbieten, im Wettbewerb handelnd mit folgender Aussage zu werben: „Karstadt ist Marktführer im Sortimentsfeld Sport.“

4 Ferner hat die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von Abmahnkosten in Höhe von 3914,80 € nebst Zinsen begehrt.

5 Die Beklagte hat die beanstandete Angabe als zutreffend verteidigt, weil sie das umsatzstärkste Einzelunternehmen auf dem Sportartikelmarkt in Deutschland sei. Die in der Klägerin zusammengefassten Sportfachhändler würden nicht als einheitlicher Marktteilnehmer angesehen.

6 Das Landgericht München I hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

7 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht [OLG München] hat den geltend gemachten Unterlassungsanspruch als nach §§ 8, 3, 5 Abs. 1 und 2 Nr. 3 UWG begründet erachtet und der Klägerin einen Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zuerkannt. Dazu hat es ausgeführt:

8 Die beanstandete Werbeaussage sei irreführend und damit unlauter. Ein nicht ganz unmaßgeblicher Teil des angesprochenen Verkehrs könne sie dahingehend verstehen, dass die Beklagte mehr Umsätze mache als jede andere Gruppierung von Unternehmen, die gemeinsam auf diesem Markt aufträten. In dieser Bedeutungsvariante sei die Aussage nach dem unstrittigen Parteivorbringen unrichtig, weil die in der Klägerin zusammengeschlossenen Unternehmen gemeinsam einen höheren Gesamtumsatz mit Sportartikeln erzielten als die Beklagte.

9 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die bislang getroffenen Feststellungen des Be-

rufungsgerichts tragen nicht seine Annahme, die Aussage der Beklagten über ihre Marktführerschaft im Sortimentsfeld Sport sei irreführend.

10 1. Der auf die Abwehr künftiger Rechtsverstöße gerichtete Unterlassungsanspruch ist nur begründet, wenn auf der Grundlage des zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Rechts Unterlassung verlangt werden kann. Zudem muss die Handlung zum Zeitpunkt ihrer Begehung – vorliegend im August 2007 – wettbewerbswidrig gewesen sein, weil es andernfalls an der Wiederholungsgefahr fehlt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 – I ZR 157/09, GRUR 2011, 1153 Rn. 12 = WRP 2011, 1593 – Creation Lamis, mwN). Demgegenüber kommt es für den Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten allein auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Abmahnung an (vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2010 – I ZR 140/08, GRUR 2010, 1120 Rn. 17 = WRP 2010, 1495 – Vollmachtsnachweis, mwN).

11 Im Streitfall ist es nicht erforderlich, zwischen der vor und nach dem 30. Dezember 2008 geltenden Rechtslage zu unterscheiden. Die von der Klägerin beanstandete Angabe der Beklagten erfüllt sowohl die Voraussetzungen einer Wettbewerbsbehandlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004 als auch diejenigen einer geschäftlichen Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG in der jetzt geltenden Fassung. Der hier allein in Betracht kommende Unlauterkeitstatbestand der irreführenden unternehmensbezogenen Werbung hat durch die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG ebenfalls keine Änderung erfahren. Sowohl § 5 Abs. 2 Nr. 3 UWG 2004 als auch § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG nennen als Beispiele für eine Irreführung insbesondere irreführende Angaben über die Eigenschaften oder die Befähigung des Unternehmers (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 2009 – I ZR 73/07, GRUR 2010, 352 Rn. 10 = WRP 2010, 636 – Hier spiegelt sich Erfahrung).

12 2. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin Mitbewerberin der Beklagten im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist. Die Klägerin betreibt zwar selbst kein Einzelhandelsunternehmen für Sportartikel. Sie fördert aber als Verbundgruppe von Sportfachgeschäften die beruflichen Interessen ihrer Mitglieder und bemüht sich damit indirekt um dieselben Abnehmerkreise wie die Beklagte. Damit besteht zwischen der Klägerin und der Beklagten ein konkretes Wettbewerbsverhältnis (vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2011 – I ZR 147/09, GRUR 2012, 74 Rn. 20 = WRP 2012, 77 [= GuT 2011, 336 KL] – Coaching-Newsletter; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 2 Rn. 96d mwN).

13 3. Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die angesprochenen Verkehrskreise würden durch die beanstandete Werbeaussage, die Beklagte sei „Marktführerin im Sortimentsfeld Sport“, in unlauterer Weise irreführt.

14 a) Für die lauterkeitsrechtliche Beurteilung einer Spitzenoder Alleinstellungsbehauptung nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 UWG 2004, § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG 2008 ist entscheidend, ob das, was in der Werbeaussage nach der Auffassung des Umworbeneden behauptet wird, sachlich richtig ist (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 2.150). Mit der Eigendarstellung in ihrem an die Allgemeinheit gerichteten Internetauftritt wirbt die Beklagte für ihr Unternehmen im Bereich des Einzelhandels mit Sportartikeln. Die Werbung richtet sich mithin an das allgemeine Publikum, das solche Waren regelmäßig nachfragt.

15 b) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Angabe zur Marktführerschaft der Beklagten sei mehrdeutig. Sie könne in einer ihrer Bedeutungsvarianten von einem nicht unmaßgeblichen Teil des angesprochenen Verkehrs dahin verstanden werden, dass die Beklagte mehr Umsätze mache als jede andere Gruppierung von Unternehmen, die gemeinsam auf diesem Markt aufträten. In dieser Bedeutungsvariante sei die Aussage falsch. Dies rechtfertige die Annahme einer wettbewerbswidrigen Irreführung, weil es ausreiche, dass ein nicht ganz unmaß-

geblicher Teil des angesprochenen Verkehrs die Angabe in einem nicht den objektiven Gegebenheiten entsprechenden Sinn verstehe.

16 c) Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

17 aa) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass der Werbende im Fall der Mehrdeutigkeit seiner Werbeaussage die verschiedenen Bedeutungen gegen sich gelten lassen muss (vgl. BGH, Urteil vom 15. September 1999 – I ZR 131/97, GRUR 2000, 436, 438 = WRP 2000, 383 – Ehemalige Herstellerpreisempfehlung; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 2. 111 mwN).

18 bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts genügt es für eine wettbewerblich relevante Irreführung aber nicht, dass die Werbung nur von einem nicht ganz unbeachtlichen Teil des angesprochenen Verkehrs in unrichtiger Weise verstanden wird.

19 Der vom Berufungsgericht unter Hinweis auf die Senatsentscheidung „Königl.-Bayerische Weisse“ (Urteil vom 21. Februar 1991 – I ZR 106/89, GRUR 1992, 66 = WRP 1991, 473) angelegte Maßstab entstammt einem überholten Verbraucherleitbild, wie es in der bis Anfang der 1990er Jahre verwendeten Formel vom oberflächlichen, flüchtigen Verbraucher zum Ausdruck gebracht wurde. Maßstab ist jedoch – worauf der Senat seit 1999 in ständiger Rechtsprechung hinweist – der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher, der einer Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt (vgl. BGH, Urteil vom 20. Oktober 1999 – I ZR 167/97, GRUR 2000, 619, 621 = WRP 2000, 517 – Orient-Tepichmuster; Urteil vom 2. Oktober 2003 – I ZR 150/01, BGHZ 156, 250, 252 – Marktführerschaft; Urteil vom 30. Juni 2011 – I ZR 157/10, GRUR 2012, 184 Rn. 19 = WRP 2012, 194 [= GuT 2011, 561 KL] – Branchenbuch Berg). Infolge dessen hat sich der für eine wettbewerblich relevante Irreführung erforderliche Anteil des angesprochenen Verkehrs, der aufgrund der Werbung einer Fehlvorstellung unterliegt, nach oben verschoben. Eine Werbung ist nur dann irreführend, wenn sie geeignet ist, bei einem erheblichen Teil der umworbenen Verkehrskreise irriige Vorstellungen über die Eigenschaften oder die Befähigung des Unternehmers hervorzurufen und die zu treffende Marktentscheidung in wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen (vgl. BGH, Urteil vom 2. Oktober 2003 – I ZR 252/01, GRUR 2004, 162, 163 = WRP 2004, 225 – Mindestverzinsung; Urteil vom 29. März 2007 – I ZR 122/04, GRUR 2007, 1079 Rn. 38 = WRP 2007, 1346 [= GuT 2007, 402 KL] – Bundesdruckerei; Urteil vom 26. Februar 2009 – I ZR 219/06, GRUR 2009, 888 Rn. 18 = WRP 2009, 1080 – Thermoroll; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 2. 20 f. und 2. 169).

20 d) Die Feststellungen des Berufungsgerichts lassen nicht erkennen, dass es davon ausgegangen ist, die beanstandete Werbeaussage der Beklagten werde von einem erheblichen Teil der durchschnittlich informierten, verständigen und situationsadäquat aufmerksamen Verbraucher dahingehend verstanden, die Beklagte mache mehr Umsätze als jede andere Gruppierung von Unternehmen, die gemeinsam auf dem hier in Rede stehenden Markt auftreten. Bei der Beurteilung der Frage, wann ein erheblicher Teil des angesprochenen Verkehrs einer Irreführung unterliegt, ist zwar nicht von festen Prozentsätzen auszugehen, da die hierfür erforderliche normative Bewertung maßgeblich von der Würdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls abhängt (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 2. 105; MünchKomm.UWG/Reese, § 5 Rn. 174). Das Berufungsgericht hat seiner Beurteilung jedoch ersichtlich eine zu geringe Irreführungsquote zugrunde gelegt, weil es darauf abgestellt hat, dass lediglich ein nicht ganz unmaßgeblicher Teil des angesprochenen Verkehrs die hier in Rede stehende Angabe in einem nicht den objektiven Gegebenheiten entsprechenden Sinn versteht. Das reicht für die Annahme einer wettbewerblich relevanten Irreführung nicht aus.

21 4. Das angefochtene Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Auf der Grundlage

des unstreitigen Sachverhalts und der vom Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen kann die beanstandete Werbebehauptung der Beklagten nicht wegen Irreführung des angesprochenen Verkehrs gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 3 UWG 2004, § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG 2008 untersagt werden.

22 a) Da sich die Werbung der Beklagten an das allgemeine Publikum richtet und das Berufungsgericht seine Würdigung unter Heranziehung der Lebenserfahrung vorgenommen hat, kann der Senat selbst beurteilen, wie die beanstandete Werbebehauptung von den in Betracht kommenden Verkehrskreisen aufgefasst wird (vgl. BGH, Urteil vom 3. Mai 2001 – I ZR 318/98, GRUR 2002, 182, 184 = WRP 2002, 74 – Das Beste jeden Morgen). Eine für die breite Öffentlichkeit bestimmte Werbung, die nach ihrem Wortsinn eine Allein- oder Spitzenstellung beansprucht, wird dabei gewöhnlich auch von einem erheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise entsprechend diesem Wortsinn verstanden (vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 1998 – I ZR 110/96, GRUR 1998, 951, 952 f. = WRP 1998, 861 – Die große deutsche Tages- und Wirtschaftszeitung). Dabei ist der Gesamteindruck maßgeblich, den die werbliche Darstellung vermittelt (vgl. BGH, GRUR 2010, 352 Rn. 11 – Hier spiegelt sich Erfahrung).

23 b) Im Streitfall wird ein erheblicher Teil des Verkehrs die Berühmung als „Marktführer“ im Sortimentsfeld Sport nach dem Wortsinn der Angabe so verstehen, dass die Beklagte unter allen Marktteilnehmern den größten Marktanteil einnimmt. Bezeichnet der Werbende sein Unternehmen als „führend“ in der Branche, so erwartet der Verkehr zwar oftmals weniger eine quantitative als eine qualitative Alleinstellung (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 5. 83; Fezer/Pfeifer, UWG, 2. Aufl., § 5 Rn. 389). Bei der hier in Rede stehenden Werbung wird der angesprochene Verkehr die behauptete Marktführerschaft allerdings nicht vorrangig in qualitativer Hinsicht – etwa im Hinblick auf das breiteste Warenangebot – verstehen. Der Verkehr wird – wie auch vom Berufungsgericht angenommen – darin vielmehr die quantitative Angabe sehen, dass die Beklagte den größten Umsatz auf dem Sportartikelmarkt erzielt.

24 Wie sich aus der Anlage K 2 ergibt, auf die sowohl das Landgericht als auch das Berufungsgericht Bezug genommen haben, hat die Beklagte in ihrem Internetauftritt unter der Rubrik „Das Unternehmen“ in erster Linie quantitative Merkmale ihres Unternehmens dargestellt. Sie hat unmittelbar vor der Angabe zur Marktführerschaft auf den von ihr im Jahr 2006 insgesamt erwirtschafteten Umsatz von 4,9 Mrd. € hingewiesen. Diese Darstellung vermittelt dem angesprochenen Verkehr den Eindruck, dass die Beklagte ihre Spitzenstellungsbehauptung auf den von ihr im Sortimentsfeld Sport erwirtschafteten Umsatz bezogen hat.

25 c) Bei dem Verständnis des für die Spitzenstellung maßgeblichen Vergleichsmarkts wird der durchschnittlich verständige Verkehrsteilnehmer erfahrungsgemäß die übrigen Marktteilnehmer nur insoweit in Betracht ziehen, als sie ihm in tatsächlicher Hinsicht mit der Beklagten vergleichbar erscheinen, um ihnen das beworbene Leistungsmerkmal in gleicher Weise wie der Beklagten zuordnen zu können. Dass hierzu die in der Klagerin zusammengeschlossenen Unternehmen insgesamt zählen, hat das Berufungsgericht nicht rechtsfehlerfrei festgestellt.

26 aa) Die Beklagte präsentiert sich in ihrem Internetauftritt als ein Einzelhandelsunternehmen, das 90 große Warenhäuser und 32 Sporthäuser betreibt, einen Marktanteil am deutschen Kauf- und Warenhausgeschäft von 38% hat und etwa 32.000 Mitarbeiter beschäftigt. Der Verkehr wird demzufolge als vergleichbare Marktteilnehmer nur die auf dem Sportartikelmarkt in Deutschland tätigen Einzelunternehmen ansehen. Da sich die Beklagte nur als ein Einzelhandelsunternehmen darstellt, wird der Verkehr den Vergleich lediglich mit solchen Unternehmen vornehmen, die ihren Umsatz ebenfalls als einzelnes Unternehmen erzielen. Erfahrungsgemäß verfügt das von der Werbung angesprochene allgemeine Publikum allerdings nicht über

Kenntnisse hinsichtlich der rechtlichen Organisation solcher Unternehmen, die mit mehreren Verkaufsstätten am Markt vertreten sind. Dementsprechend werden die hier angesprochenen Verkehrskreise in den Vergleichsmarkt – neben Unternehmen, die selbstständige Zweigniederlassungen betreiben – auch solche rechtlich selbstständigen Marktteilnehmer einbeziehen, die gemeinsam wie eine wirtschaftliche Einheit am Markt auftreten und so auch wahrgenommen werden. Dagegen wird der angesprochene Verkehr bei Unternehmen, die sich zwar in Teilbereichen zum gemeinsamen Handeln zusammengeschlossen haben, dem Publikum aber weiterhin als individuelle Marktteilnehmer erscheinen, bei der hier in Rede stehenden Umsatzerzielung nur das wirtschaftliche Handeln jedes einzelnen Unternehmens und nicht das der gesamten Gruppe in den Blick nehmen.

27 bb) Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, der Verkehr nehme bei der Beurteilung der Marktanteile an, bei den in der Klägerin zusammengeschlossenen Unternehmen handele es sich um einen einheitlichen Anbieter. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung schon deshalb nicht stand, weil das Berufungsgericht auch insoweit nur auf das Verständnis eines nicht ganz unmaßgeblichen Teils des angesprochenen Verkehrs abgestellt hat. Da eine Werbung aber nur dann als irreführend verboten werden kann, wenn sie bei einem erheblichen Teil des angesprochenen Verkehrs zu einer Fehlvorstellung führt, ist es auch für die Frage, wie der Vergleichsmarkt zu bewerten ist, nicht ausreichend, allein auf die Sicht eines nicht ganz unmaßgeblichen Teils des Verkehrs abzustellen.

28 cc) Die Revision rügt zudem mit Erfolg, dass das Berufungsgericht zur Beurteilung des Verkehrsverständnisses hinsichtlich des Marktauftritts der in der Klägerin zusammengeschlossenen Einzelunternehmen drei Publikationen zum Sportartikelmarkt herangezogen hat. Das Verständnis des Verkehrs vom Marktauftritt der in der Klägerin gruppierten Einzelunternehmen wird erfahrungsgemäß nicht dadurch maßgeblich bestimmt, wie ein Unternehmen oder eine Unternehmensgruppe in einzelnen Presseberichten dargestellt wird, weil die jeweilige Darstellung vom Kenntnisstand des Berichtenden und der Zielrichtung der Berichterstattung abhängt. Dies muss nicht mit dem Verständnis des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers übereinstimmen, an den sich die – wie im Streitfall – allgemeine Publikumswerbung richtet. Maßgeblich dafür, wie ein Zusammenschluss von Einzelunternehmen vom Verkehr angesehen wird, ist vielmehr der Umstand, wie die einzelnen Unternehmen dem Verkehr auf dem Markt tatsächlich entgegentreten.

29 d) Legt man dies zugrunde, kann die Unrichtigkeit der Spitzenstellungsbehauptung bislang nicht angenommen werden. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Beklagte zum Zeitpunkt der beanstandeten Werbung umsatzstärker als jedes andere Einzelunternehmen auf dem Sportartikelmarkt. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob eine sonstige Unternehmensgruppe, die am Markt als wirtschaftliche Einheit wahrgenommen wird, zum maßgeblichen Zeitpunkt umsatzstärker war als die Beklagte.

30 III. Danach ist das Berufungsurteil auf die Revision der Beklagten aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Eine eigene abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht mög-

lich, weil Feststellungen dazu zu treffen sind, wie das von der Werbung angesprochene allgemeine Publikum die in der Klägerin zusammengeschlossenen Unternehmen wahrnimmt.

31 IV. Im wiedereröffneten Berufungsverfahren wird das Berufungsgericht auch zu beachten haben, wie die in dem von der Klägerin als Anlage K 1 vorgelegten INTERSPORT-Handbuch enthaltenen Vorgaben von den angeschlossenen Unternehmen umgesetzt werden.

32 1. Nach den Vorgaben im INTERSPORT-Handbuch ist vorgesehen, dass die einzelnen INTERSPORT-Geschäfte nicht allein unter der gemeinsamen Geschäftsbezeichnung INTERSPORT auftreten, sondern dass dieser Bezeichnung sowohl in der Werbung als auch bei der Fassadengestaltung und in der Geschäftskorrespondenz jeweils die individuelle Bezeichnung des Einzelunternehmens beigefügt wird. Diese Vorgaben sind insoweit allerdings nicht auf eine bestimmte Gestaltungsform beschränkt, sondern geben dem jeweiligen Unternehmen in gewissem Umfang einen Gestaltungsspielraum in der optisch stärker hervorgehobenen oder aber mehr zurückgenommenen Verwendung der individuellen Unternehmensbezeichnung gegenüber der INTERSPORT-Bezeichnung.

33 2. Bei der Beurteilung, ob ein erheblicher Teil des angesprochenen Verkehrs die INTERSPORT-Geschäfte als wirtschaftliche Einheit oder als eigenständig betrachtet, ist ferner zu berücksichtigen, wie die individuelle Unternehmensbezeichnung der INTERSPORT-Geschäfte gegenüber dem Verkehr verwendet wird.

34 Der Umstand, dass die in der Klägerin zusammengeschlossenen Unternehmen im Rahmen des ihnen eröffneten Gestaltungsspielraums überhaupt ihr individuelles Unternehmenskennzeichen neben der INTERSPORT-Bezeichnung verwenden, ließe für sich genommen allerdings noch nicht die Annahme zu, dass diese Unternehmen generell nur als selbständige Einzelunternehmen wahrgenommen würden. Dem Verkehr ist zwar bekannt, dass sich auch kleinere, unabhängige Unternehmen unter Verwendung einer gemeinsamen Bezeichnung zum gemeinsamen Einkauf oder zur gemeinsamen Werbung zusammenschließen, um ihre individuelle Wettbewerbsfähigkeit gerade gegenüber den marktstärkeren Unternehmen zu bewahren. Solange diese Unternehmen gegenüber dem allgemeinen Publikum ihre Eigenständigkeit hervorheben, wird der Verkehr daher eher auf die Verantwortlichkeit jedes einzelnen Unternehmens für sein wirtschaftliches Handeln schließen und dementsprechend auch den in der Umsatzerzielung zum Ausdruck gebrachten wirtschaftlichen Erfolg dem Einzelunternehmen und nicht dem Verbund zuordnen. Das Publikum wird die Individualisierung und die ihm dadurch vermittelte wirtschaftliche Eigenständigkeit jedes Einzelunternehmens aber nur dann in den Blick nehmen, wenn die individuelle Unternehmensbezeichnung nicht nur untergeordnet im Hintergrund verbleibt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Wettbewerb etc.**

**§§ 5, 12 UWG; §§ 253, 936, 922 ZPO –
Wettbewerb; Werbung; Irreführung; Testergebnisse;
angesprochene Fachkreise; Arzneimittel;
Bestimmtheit des Unterlassungsantrags; Begründung der Beschlussverfügung; Streitgegenstand bei verschiedenen Irreführungsgesichtspunkten**

I. Zweifel an der Bestimmtheit eines Unterlassungsantrages bestehen in der Regel nicht, wenn der Antragsteller lediglich das Verbot der Handlung, so wie sie begangen worden ist (konkrete Verletzungshandlung), begehrt.

II. Der Umstand, dass eine Beschlussverfügung ohne Begründung erlassen und ohne die Antragschrift zugestellt wor-

www.gmbbl.de

Gemeinsames Beiblatt (GmBBl)

den ist, begründet für sich genommen keine Unbestimmtheit des zuerkannten Verbots. Eine Beschlussverfügung bedarf gemäß §§ 936, 922 Abs. 1 S. 2 ZPO keiner Begründung, wenn sie dem Antrag voll stattgibt. Eine Zustellung der Antragschrift ist nicht erforderlich. Es ist vielmehr Sache des Schuldners, sich die Antragschrift zu beschaffen, um Verstöße gegen die erlassene Verfügung zu vermeiden.

III. Wird der einheitlich gestellte Antrag, die Verwendung eines konkreten Werbemittels zu verbieten, auf verschiedene Irreführungsgesichtspunkte gestützt, liegt nur ein einziger Streitgegenstand vor, nicht jedoch liegen mehrere Streitgegenstände vor. Es ist daher nicht erforderlich, die verschiedenen geltend gemachten Irreführungsgesichtspunkte in eine Reihenfolge bzw. ein Eventualverhältnis zu bringen. Da es bereits am Vorliegen mehrerer Streitgegenstände fehlt, kommt die TÜV-Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 24. März 2011, I ZR 108/09, GRUR 2011, 1043 ff.) nicht zur Anwendung.

IV. Wird das Verbot einer konkreten Verletzungshandlung unter mehreren Gesichtspunkten als irreführend angegriffen, ohne dass geltend gemacht wird, dass über jeden der vorgebrachten Irreführungsaspekte entschieden werden sollte, ist das beantragte Verbot bereits dann zu erlassen, wenn sich einer der aufgeführten Irreführungsgesichtspunkte als begründet erweist.

V. Wird ein Produkt mit Testergebnissen beworben, nimmt der angesprochene Verkehr – mangels entgegenstehender Hinweise – in der Regel an, dass das beworbene Produkt, und nicht nur einzelne Bestandteile des Produkts, Gegenstand des Test waren.

(OLG Hamburg, Urteil vom 3. 5. 2012 – 3 U 155/11)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 55.

§ 12 UWG; § 10 HWG – Wettbewerb; Werbung; Unterlassungsanspruch; Verletzungsform; Wiederholungsgefahr; Unterlassungsverpflichtungserklärung; Arzneimittelwerbung außerhalb der Fachkreise

Das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs im Umfang einer das Charakteristische der Verletzungshandlung beschreibenden Verallgemeinerung ist zwar grundsätzlich möglich, scheidet aber jedenfalls dann aus, wenn der Schuldner eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtungserklärung auf die konkrete Verletzungsform abgibt, deren Auslegung unmissverständlich ergibt, dass sie sich auch auf kerngleiche Verletzungshandlungen bezieht, so dass die auch auf solche Handlungen erstreckte Vermutung der Wiederholungsgefahr beseitigt worden ist.

(OLG Hamburg, Urteil vom 16. 5. 2012 – 3 U 89/11)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2012, 47.

§ 62 MarkenG; § 1 IFG – Verfahren in Markenangelegenheiten; Akteneinsicht; Nachrang des Informationsfreiheitsgesetzes

a) Das Informationsfreiheitsgesetz findet auf die Akteneinsicht Dritter in Verfahren in Markenangelegenheiten keine Anwendung.

b) Für die Akteneinsicht in die Verfahrensakten über einen Antrag auf Schutzentziehung einer IR-Marke braucht ein berechtigtes Interesse nicht glaubhaft gemacht zu werden.

(BGH, Beschluss vom 30. 11. 2011 – I ZB 56/11)

Besteuerung

§ 267 StPO; § 370 AO Anforderungen an steuerstrafrechtliche Urteile; Feststellung und Beweiswürdigung von Besteuerungsgrundlagen; Steuerhinterziehung

Zu den Anforderungen an die Feststellung und die Beweiswürdigung von Besteuerungsgrundlagen in steuerstrafrechtlichen Urteilen.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 13. 7. 2011 – 1 StR 154/11)

Tenor: Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Neuruppin vom 27. Oktober 2010 mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

1 Aus den Gründen: Das Landgericht hat den Angeklagten wegen „Steuerverkürzung in 15 Fällen“ unter Einbeziehung von

Einzelstrafen aus zwei vorangehenden Verurteilungen zu fünf Jahren Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge Erfolg, eines Eingehens auf die erhobenen Verfahrensrügen bedarf es nicht.

2 1. Das auch sonst wenig sorgfältige Urteil kann keinen Bestand haben, denn es genügt nicht den Anforderungen des § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO, von dessen Beachtung auch eine Verständigung gemäß § 257c StPO nicht entbindet.

3 Die Urteilsgründe müssen die für erwiesen erachteten Tatsachen mitteilen, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden. Bei der Steuerhinterziehung, bei der die Strafvorschrift des § 370 AO durch die im Einzelfall anzuwendenden steuerrechtlichen Vorschriften materiellrechtlich ausgefüllt wird, müssen die jeweiligen Umstände festgestellt werden, aus denen sich ergibt, welches steuerlich erhebliche Verhalten im Rahmen der jeweiligen Abgabenart zu einer Steuerverkürzung geführt hat. Dazu gehören insbesondere auch die-

jenigen Parameter, die maßgebliche Grundlage für die Steuerberechnung sind (BGH, Beschluss vom 12. Mai 2009 – 1 StR 718/08, NJW 2009, 2546 [= GuT 2009, 351] mwN).

4 Dies lässt das angefochtene Urteil – im Gegensatz zur sorgfältig verfassten Anklageschrift – vermissen. Die Feststellungen zum Schuldspruch wegen Umsatzsteuerhinterziehung lassen nicht tragfähig erkennen, aufgrund welcher Lieferungen und sonstigen Leistungen (§ 3 UStG) der Angeklagte steuerbare Umsätze bewirkt hat; das Urteil bezieht sich insoweit unklar auf „Einnahmen“ (UA S. 7). Hinsichtlich der Gewerbesteuerung der Einkommensteuer teilt das Urteil zwar einen „Gewinn“ mit und „bei der Einkommenssteuerermittlung“ (UA S. 8) diesem Gewinn hinzuzurechnende Beträge. Es verzichtet im Übrigen aber auf eine Berechnungsdarstellung zu den hinterzogenen Steuern; weitergehende Feststellungen zu den Besteuerungsgrundlagen werden nicht getroffen. Dadurch ermöglicht es das Urteil dem Senat nicht, die Berechnung der vom Angeklagten hinterzogenen Steuern auch nur annähernd nachzuvollziehen. Dies begründet einen durchgreifenden Rechtsfehler. Die auf den Besteuerungsgrundlagen aufbauende Steuerberechnung ist Rechtsanwendung und daher Aufgabe des Tatrichters. Eine Berechnungsdarstellung kann zwar dann entbehrlich sein, wenn ein sachkundiger Angeklagter, der zur Berechnung der hinterzogenen Steuern in der Lage ist, ein Geständnis ablegt (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2000 – 5 StR 399/00, NStZ 2001, 200 mwN). Den Urteilsgründen lässt sich indes schon nicht entnehmen, ob sich das abgelegte Teilgeständnis auf die Höhe der hinterzogenen Steuer bezog oder beziehen konnte.

5 Allein durch die Bezugnahme auf das Ergebnis rechtskräftig gewordener Steuerbescheide konnte die Strafkammer den der Berechnungsdarstellung zukommenden Aufgaben nicht entsprechen. Die Strafkammer wäre freilich nicht gehindert gewesen, sich Steuerberechnungen von Beamten der Finanzverwaltung anzuschließen, die auf den festgestellten (bzw. hier: den festzustellenden) Besteuerungsgrundlagen aufbauen. Allerdings hätte im Urteil zweifelsfrei erkennbar sein müssen, dass das Tatgericht eine eigenständige – weil als Rechtsanwendung ihm obliegende – Steuerberechnung durchgeführt (vgl. BGH, Beschluss vom 25. März 2010 – 1 StR 52/10, wistra 2010, 228 mwN) und dabei gegebenenfalls erforderliche Schätzungen selbst vorgenommen hat.

6 2. Da die sachlich-rechtliche Überprüfung auf Grund unzureichender Feststellung der Besteuerungsgrundlagen nicht zuverlässig möglich ist, beruht das Urteil auf dem Darstellungsmangel und damit auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 337 StPO). Auf die Rügen der Verletzung formellen Rechts kommt es daher nicht mehr an. Der Senat hebt das Urteil einschließlich sämtlicher Feststellungen auf; der nunmehr zur Entscheidung aufgeforderte Tatrichter kann so die erforderlichen Feststellungen insgesamt neu treffen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

| |
|-------------------------------------|
| Kurzfassungen/Leitsätze (KL) |
| Steuerrecht etc. |

§§ 631, 634 BGB – Schutzbereich des zwischen GmbH und Steuerberater geschlossenen Vertrags; Insolvenzureife der GmbH

Der Gesellschafter und der Geschäftsführer können in den Schutzbereich eines zwischen einer GmbH und einem Steuerberater geschlossenen Vertrages einbezogen sein, welcher die Prüfung einer möglichen Insolvenzureife der GmbH zum Gegenstand hat.

(BGH, Urteil vom 14. 6. 2012 – IX ZR 145/11)

Hinw. d. Red.: Zur Veröffentlichung u. a. in BGHZ vorgehen.

§ 370 AO; § 78a StGB – Steuerhinterziehung durch Unterlassen; Nichteinreichen einer Umsatzsteuerjahreserklärung; Tatbeendigung; Beginn der Verjährungsfrist

2. Zu Unrecht nimmt die Revision an, die von dem Angeklagten durch Nichteinreichung einer Umsatzsteuerjahreserklärung für das Jahr 2000 begangene Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) sei am 31. Mai 2006 bereits verjährt gewesen. Die für den Beginn der Verjährungsfrist maßgebliche Tatbeendigung (§ 78a StGB) trat erst mit dem Ablauf, d. h. mit dem vollständigen Verstreichen, der Einreichungsfrist für die Umsatzsteuerjahreserklärung und nicht schon im Laufe des letzten Tages der Erklärungsfrist ein (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 – 1 StR 344/08, Rn. 15, wistra 2009, 189, 190; BGH, Beschluss vom 19. Januar 2011 – 1 StR 640/10, Rn. 6; BGH, Urteil vom 11. Dezember 1990 – 5 StR 519/90, BGHR StGB § 78a Satz 1 Umsatzsteuerhinterziehung 2; Jäger in Klein, AO, 10. Aufl., § 370 Rn. 105). Somit war die Unterlassungstat erst mit Ablauf des 31. Mai 2001, mithin mit Beginn des 1. Juni 2001 beendet. Die Verfolgungsverjährung konnte damit – wenn die Verjährungsfrist nicht vorher unterbrochen worden wäre – frühestens mit Ablauf des 31. Mai 2006 eintreten.

(BGH, Beschluss vom 31. 5. 2011 – 1 StR 189/11)

§ 266a StGB; § 14 SGB IV – Vorenthalten von Arbeitsentgelt; vorenthaltene Sozialversicherungsbeiträge; Schätzung des Schwarzlohns

Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Landgericht [München I], das den Angeklagten u. a. wegen Vorenthalten von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) verurteilt hat, die Höhe des an Arbeitnehmer ausbezahlten (Teil) Schwarzlohns geschätzt und hierbei einen Betrag von 66% der nicht mit Subunternehmern erzielten Nettoausgangsumsätze zu Grunde gelegt hat (zur Zulässigkeit einer solchen Schätzung vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2008 – 1 StR 416/08, NJW 2009, 528, 529; BGH, Beschluss vom 10. November 2009 – 1 StR 283/09, NStZ 2010, 635, 636). Die Strafkammer hat jedoch – worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hinweist – bei der Bestimmung der Höhe der in den Monaten ab August 2002 vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV außer Acht gelassen. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs rechtsfehlerhaft: Gemäß § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV, mit der dem Phänomen der illegalen Beschäftigung entgegengewirkt werden soll (vgl. BT-Drucks. 15/726, S. 3 f.), ist in Fällen hier vorliegender illegaler Beschäftigung stets von einer Nettolohnvereinbarung auszugehen, auch wenn dies zu einem Bruttoarbeitsentgelt führen kann, das den Wert der Arbeitsleistung übersteigt (BGH, Beschluss vom 10. November 2009 – 1 StR 283/09, aaO; a.A. Trüg, DStR 2011, 727, 729, unter unzutreffendem Hinweis auf den Zweifelsatz, der indes keine Beweis- sondern eine Entscheidungsregel ist; vgl. BGH, Urteil vom 21. Oktober 2008 – 1 StR 292/08, NStZ-RR 2009, 90). Hierdurch ist der Angeklagte indes nicht beschwert.

(BGH, Beschluss vom 8. 6. 2011 – 1 StR 213/11)

§ 14 InsO – Eröffnung des Insolvenzverfahrens; Wegfall des Rechtsschutzinteresses des antragstellenden Sozialversicherungsträgers

Wird die Forderung des antragstellenden Sozialversicherungsträgers nach Stellung des Insolvenzantrages erfüllt, entfällt das Rechtsschutzinteresse dieses Gläubigers an der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, wenn der Schuldner das Arbeitsverhältnis des bei dem Gläubiger versicherten Arbeitnehmers gekündigt und die Betriebsstätte geschlossen hat.

(BGH, Beschluss vom 12. 7. 2012 – IX ZB 18/12)

Politik und Recht**BGH-Pressemitteilung Nr. 139/2012 vom 31. 8. 2012****Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Wolfgang Krüger im Ruhestand**

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Krüger wird mit Ablauf des 31. August 2012 nach Erreichen der Altersgrenze in den Ruhestand treten.

Herr Prof. Dr. Krüger wurde am 4. Juli 1947 in Dortmund geboren. Nach dem Abschluss seiner juristischen Ausbildung und einer Tätigkeit als wissenschaftlicher Assistent an der Universität Münster trat er 1978 in den höheren Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein. Bereits 1979 wurde er zum Richter am Landgericht Dortmund ernannt. Im Jahre 1986 erfolgte seine Beförderung zum Richter am Oberlandesgericht Hamm. Von 1991 bis Mitte 1994 war er an das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen abgeordnet und leitete dort das Personalreferat.

Im Jahr 1994 wurde Herr Prof. Dr. Krüger zum Richter am Bundesgerichtshof ernannt und dem V. Zivilsenat zugewiesen, der vornehmlich für das Grundstücks- und Nachbarrecht zuständig ist. Seit 1999 gehörte er zugleich dem Senat für Landwirtschaftssachen an. Mit seiner Ernennung zum Vorsitzenden Richter am Bundesgerichtshof im Juli 2005 übernahm er in beiden Senaten den Vorsitz. Während seiner langjährigen Zugehörigkeit hat Herr Prof. Dr. Krüger die Rechtsprechung in den diesen Spruchkörpern zugewiesenen Rechtsmaterien ganz maßgeblich mitgeprägt.

Von 1998 bis 2005 leitete er außerdem die Pressestelle des Bundesgerichtshofs.

Neben seiner Senats- und Pressesprechertätigkeit ist Herr Prof. Dr. Krüger durch zahlreiche wissenschaftliche Veröffentlichungen, u. a. als Mitverfasser eines Standardwerks zum Grundstückskauf, hervorgetreten. Zudem war Herr Prof. Dr. Krüger viele Jahre lang Vorsitzender der Juristischen Studiengesellschaft; seit einigen Jahren ist er deren Ehrenvorsitzender.

BGH-Pressemitteilung Nr. 141/2012 vom 3. 9. 2012**Neue Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof**

Der Bundespräsident hat die Richterin am Bundesgerichtshof Dr. Christina Stresemann zur Vorsitzenden Richterin ernannt.

Frau Dr. Stresemann ist 54 Jahre alt und in Berlin geboren. Nach Abschluss ihrer juristischen Ausbildung war Frau Dr. Stresemann zunächst als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Freien Universität Berlin tätig, bevor sie im Jahr 1987 in den höheren Justizdienst des Landes Berlin eintrat. Als Proberichterin war sie beim Landgericht Berlin und beim Amtsgericht Berlin-Charlottenburg eingesetzt. 1988 wurde Frau Dr. Stresemann an die Berliner Senatsverwaltung für Justiz und Bundesangelegenheiten abgeordnet, wo sie u. a. die Aufgaben der persönlichen Referentin der Justizsenatorin wahrnahm. Während ihrer Abordnung wurde sie 1990 zur Richterin am Landgericht Berlin ernannt. 1992 kehrte Frau Dr. Stresemann an das Landgericht Berlin zurück. An diese Tätigkeit schloss sich 1995 eine dreijährige Abordnung als wissenschaftliche Mitarbeiterin an das Bundesverfassungsgericht an. 1995 wurde Frau Dr. Stresemann zur Richterin am Kammergericht befördert.

Am 10. Juli 2003 wurde Frau Dr. Stresemann zur Richterin am Bundesgerichtshof ernannt und dem vornehmlich für das Grundstücks-, Nachbar- und Landpachtrecht zuständigen V. Zivilsenat zugewiesen. Ferner gehört sie seit 2007 dem Präsi-

um und seit 2010 dem Präsidialrat des Bundesgerichtshofs an. Seit 2009 nimmt sie zudem die Aufgaben der Beauftragten für Auslandskontakte wahr.

Das Präsidium des Bundesgerichtshofs hat Frau Dr. Stresemann den Vorsitz im V. Zivilsenat und im Senat für Landwirtschaftssachen übertragen.

BGH-Pressemitteilung Nr. 142/2012 vom 3. 9. 2012**Neuer Richter am Bundesgerichtshof**

Der Bundespräsident hat Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Norbert Kazele zum Richter am Bundesgerichtshof ernannt.

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Kazele ist 51 Jahre alt. Nach Ablegung seiner juristischen Staatsexamina trat er im Jahr 1989 in den höheren Justizdienst des Landes Hessen ein. Er war zunächst als Proberichter beim Landgericht Frankfurt am Main und beim Amtsgericht Offenbach am Main eingesetzt. 1992 wurde er zum Richter am Landgericht Frankfurt am Main ernannt, wo er – unterbrochen durch eine zehnmonatige Tätigkeit beim Verwaltungsgericht Frankfurt am Main – bis 1995 einer Zivilkammer angehörte. Nach einer einjährigen Abordnung als wissenschaftlicher Mitarbeiter an den Bundesgerichtshof wechselte Herr Dr. Kazele in den sächsischen Justizdienst, wo er 1996 zum Richter am Oberlandesgericht Dresden befördert wurde. Von 2003 bis 2008 war er als wissenschaftlicher Mitarbeiter an das Bundesverfassungsgericht abgeordnet. Im Oktober 2009 erfolgte seine Ernennung zum Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dresden.

Das Präsidium des Bundesgerichtshofs hat Herrn Dr. Kazele dem vornehmlich für das Grundstücks- und Nachbarrecht zuständigen V. Zivilsenat zugewiesen.

OLG Köln-Pressemitteilung vom 19. 9. 2012**Chinesische Richter informieren sich über deutsche Zivilverfahren und Arbeitsgerichte**

Der Dialog zwischen deutschen und chinesischen Richterinnen und Richtern nimmt Fahrt auf: Erstmals finden im September 2012 Dialoge zwischen Richtern des Oberlandesgericht Köln und des Oberen Volksgerichts des Autonomen Gebiets Ningxia der Hui-Nationalität in China über verschiedene rechtliche Themen statt.

In der ersten Septemberwoche waren bereits sechs Richterinnen und Richter aus Nordrhein-Westfalen in Ningxia zu Gast und haben sich mit ihren chinesischen Kollegen über richterliche Ethik und faire Gerichtsverfahren ausgetauscht. In einem offenen und in freundschaftlicher Atmosphäre geführten Dialog wurden dabei Gemeinsamkeiten und Unterschiede der jeweiligen Rechtssysteme herausgearbeitet.

Vom 18. bis 21. September 2012 sind sechs chinesische Richter in Köln, Bad Münstereifel und Düsseldorf zu Gast. Thema der Fachtagung ist die effektive Führung von Zivilverfahren. Gemeinsam mit Richterinnen und Richtern des Oberlandesgerichts werden die für eine zügige Erledigung von Gerichtsverfahren notwendigen juristischen Methoden und prozessualen Möglichkeiten erörtert. Im Anschluss informieren sich die Gäste beim Arbeitsgericht Köln über die Besonderheiten des dortigen Verfahrens und werden hierbei auch an mehreren Verfahren als Zuschauer teilnehmen. Die Fachhochschule für Rechtspflege in Bad Münstereifel wird die Ausbildung von Rechtspflegern und deren Funktionen im zivilgerichtlichen Verfahren vermitteln. Der Besuch schließt ab mit einem Besuch im Justizministerium in Düsseldorf: hier wird erörtert, wie eine effi-

ziente Verfahrensführung durch Aus- und Fortbildungsmaßnahmen sowie Möglichkeiten der alternativen Streitbeilegungen gefördert werden kann.

Der Austausch beruht auf einer Kooperationsvereinbarung, die im September 2011 zwischen den beiden beteiligten Gerichten abgeschlossen wurde. Aufgrund dieser Vereinbarung soll die Zusammenarbeit in den Bereichen der Richterschaft, der Richterausbildung, des Gerichtssystems und der Gerichtsverwaltung durch regelmäßige Austauschmaßnahmen vertieft werden. Die Zusammenarbeit wird im Rahmen der chinesisch-deutschen juristischen Zusammenarbeit unterstützt durch die Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) und die Robert-Bosch-Stiftung.

Deutscher Richterbund e.V. Pressemitteilung vom 17. 9. 2012

Europäischer Rettungsschirm: Richterbund warnt vor Ausstieg aus dem Rechtsstaat

Der Deutsche Richterbund hat davor gewarnt, den Aufgabenbereich des ESM wie geplant auf die direkte Rekapitalisierung von Banken auszuweiten, ohne zuvor die im ESM-Vertrag vorgesehene Immunität für den ESM und seine Mitarbeiter zu streichen.

„Der Rettungsschirm genießt nach dem ESM-Vertrag volle Immunität vor Gerichtsverfahren jeder Art“, sagte DRB-Vorsitzender Christoph Frank. Sein Eigentum und seine Vermögenswerte genießen uneingeschränkter Schutz vor Durchsuchung, Beschlagnahme, Einziehung, Enteignung oder anderen Zugriffen durch Behörden und Gerichte. „Auch die Bediensteten des ESM genießen persönliche Immunität.“

Das sei angesichts des geplanten Aufgabenbereiches des ESM, der offenbar auch auf die direkte Rekapitalisierung von Banken ausgeweitet werden soll, kaum zu rechtfertigen, erklärte Frank. „Die Rettung von Euro, Mitgliedstaaten und Banken darf nicht dazu führen, dass wirtschaftliches Handeln in der EU teilweise außerhalb des Rechts gestellt wird, weil Handlungen im Finanzsektor nicht durch Staatsanwaltschaften und Gerichte straf- und zivilrechtlich überprüft werden können.“ Dies bedeutete einen Ausstieg aus dem Rechtsstaat, der durch wirtschaftliche Notwendigkeiten nicht zu rechtfertigen wäre, warnte Frank.

Der Deutsche Richterbund fordert die Organe der Europäischen Union deshalb auf, dafür Sorge zu tragen, dass Handlungen des ESM, seiner Aufsichtsorgane und seiner Mitarbeiter in vollem Umfang justiziabel werden. Es sei unabdingbar, angesichts des vorgesehenen Aufgabenbereiches des ESM bis hin zur direkten Rekapitalisierung von Banken „einen klar definierten Rahmen zivil- und strafrechtlicher Normen für das Handeln des Rettungsschirms zu setzen“, sagte Frank. „Diese müssen dann auch vor unabhängigen Europäischen Gerichten durchgesetzt werden können.“

Sofern es zu direkten Finanzhilfen des ESM an notleidende Banken käme, könnte das schwierige Fragen des Vergabe-, Beihilfe-, Wettbewerbs- oder Steuerrechts aufwerfen, Eigentumsrechte von Aktionären tangieren oder Anhaltspunkte für Betrug und Untreue ergeben, erklärte der DRB-Vorsitzende. „Diese Fragen müssen von der Justiz geklärt werden können.“

Das Bundesverfassungsgericht hatte den ESM unter Auflagen gebilligt, ohne in den zu entscheidenden Eilverfahren näher auf die Frage der Immunität des ESM vor Strafverfolgung und Haftungsansprüchen einzugehen.



Europäische Kommission Pressemitteilung vom 7. 9. 2012

Straßenverkehr: Erhebliche Verzögerungen bei der Einrichtung eines europaweiten Straßenaustauschsystems

Die Europäische Kommission hat nachdrücklich darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten mehr tun müssen, damit der europäische elektronische Mautdienst (EETS) wie geplant eingeführt werden kann. Im Jahr 2004 beschloss die EU, den EETS einzurichten, um zuerst Lkw-Fahrern und später allen Verkehrsteilnehmern Mautzahlungen in der gesamten Europäischen Union mit einem einzigen Bordgerät und einem einzigen Dienstleistungsvertrag zu erleichtern. Dadurch wird es weniger Barzahlungen an Mautstationen geben und umständliche Verfahren für ausländische Nutzer entfallen, was den Verkehrsfluss beschleunigt und Staus vermindert. Eine europaweite Interoperabilität, also die Verwendbarkeit geeigneter Geräte in allen Systemen, wird dazu führen, dass die Mautausrüstung künftig billiger wird.

Welches sind die Kernaussagen des Berichts?

In dem angenommenen Bericht (http://eur-lex.europa.eu/Recht.do?T1=V5&T2=2012&T3=474&RechType=RECH_naturel&Submit=Search) stellt die Kommission fest, dass der vorgesehene Termin 8. Oktober 2012, zu dem der EETS für schwere Nutzfahrzeuge verfügbar sein sollte, nicht eingehalten wird. In dem Bericht wird betont, dass trotz einiger Fortschritte, die seit Erlass der Entscheidung der Kommission¹ über die technischen Merkmale des EETS im Jahr 2009 gemacht wurden, weiterhin unter anderem folgende Probleme bestehen:

- unzureichende Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Gruppen von Akteuren;
- ein unvollständiger nationaler Rechts- und Regulierungsrahmen in den meisten Mitgliedstaaten, in denen Unternehmen, die EETS-Dienste anbieten wollen („EETS-Anbieter“), sich noch nicht offiziell registrieren lassen oder Beschwerde gegen Betreiber mautpflichtiger Straßen („Mauterheber“) erheben können;
- Verzögerungen bei den Investitionen, die zur Anpassung der vorhandenen Mautausrüstung an die EU-Rechtsvorschriften erforderlich sind;
- Fehlen zuverlässiger Regelungen zur Finanzierung der Tests, die von den Mauterhebern verlangt werden (EETS-Anbieter müssen nachweisen, dass ihre Ausrüstung in der Infrastruktur des Mauterhebers eingesetzt werden kann).

Zu den erreichten Fortschritten führt der Bericht auf:

- Veröffentlichung eines EETS-Leitfadens durch die Kommission (http://ec.europa.eu/transport/publications/doc/2011-eets-european-electronic-toll-service_de.pdf) zur Unterstützung der Akteure, einschließlich einer Liste der Normen und normativen Dokumente, die von unmittelbarer Bedeutung für die Hersteller und Entwickler von Mautsystemen sind;
- Veröffentlichung der nationalen EETS-Gebietsregister durch die Mitgliedstaaten, in denen potentielle EETS-Anbieter Informationen zu allen mautpflichtigen Infrastrukturen auf ihrem Hoheitsgebiet finden, die von dem Dienst abzudecken sind;
- Annahme der für den EETS grundlegenden Normen durch die europäischen Normenorganisationen, sowohl für Mikrowellen-Mautsysteme als auch satellitengestützte Mautsysteme.

Die nächsten Schritte

Die Kommission fordert die Mitgliedstaaten auf, den EETS als ersten Schritt auf dem Weg zu einer vollständigen europäischen Interoperabilität zunächst auf regionaler Ebene einzuführen. Ziel ist die Gewährleistung der grenzübergreifenden Interoperabilität elektronischer Mautsysteme, die mindestens mehrere Mitgliedstaaten abdecken. Die Kommission bietet ihre technische und finanzielle Unterstützung für solche Projekte an. Diese Projekte für die frühe Einführung auf regionaler

Basis werden dann ausgeweitet, um zu einem späteren Zeitpunkt die gesamte EU abzudecken.

Die Kommission hat auch darauf hingewiesen, dass sie gegebenenfalls Vertragsverletzungsverfahren einleiten wird, sollten die nationalen Rechts- und Regulierungsrahmen bis zum 8. Oktober 2012 noch nicht geschaffen sein.

Der Bericht wurde dem Europäischen Parlament und dem Rat übermittelt.

Hintergrund

Die europäischen Rechtsvorschriften verpflichten die Mitgliedstaaten und ihre Mautkonzessionäre zur Öffnung ihrer Mautsysteme für kommerzielle EETS-Anbieter und schaffen den Rahmen für die Umsetzung und den Einsatz des EETS². Der Dienst soll für alle Fahrzeugkategorien spätestens ab Oktober 2014 zur Verfügung stehen.

Lkw-Fahrer und andere Verkehrsteilnehmer haben sich über die Vielzahl elektronischer Mautsysteme in den verschiedenen Mitgliedstaaten, und oft auch innerhalb eines Mitgliedstaats, beschwert. Ein Lkw-Fahrer, der beispielsweise von Lissabon nach Bratislava über Lyon, Mailand, München und Wien unterwegs ist und die Mautgebühren auf elektronischem Wege entrichten will, muss derzeit mindestens sieben Mauteinzugsverträge mit genauso vielen Konzessionären abschließen und ebenso viele Fahrzeuggeräte in der Fahrerkabine installiert haben. Diese Tatsachen widersprechen dem Ziel einer nahtlosen Mobilität innerhalb eines einheitlichen europäischen Verkehrsraums.

Weitere Informationen:

MEMO/12/649

(<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=M/12/649&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>)

http://ec.europa.eu/transport/its/road/application_areas/electronic_pricing_and_payment_en.htm

Fragen im Zusammenhang mit dem EETS werden auch in einer öffentlichen Konsultation der Interessengruppen über die Erhebung von Gebühren für die Nutzung der Straßeninfrastruktur behandelt, die am 10. August 2012 eingeleitet wurde. Die Frist für die Einreichung von Beiträgen endet am 4. November 2012. Siehe:

http://ec.europa.eu/transport/road/consultations/2012-11-04-roadcharging_en.htm

1) Entscheidung 2009/750/EG (ABl. L 268 vom 13.10.2009, S. 11).

2) Richtlinie 2004/52/EG über die Interoperabilität elektronischer Mautsysteme in der Gemeinschaft (ABl. L 166 vom 30.4.2004, S. 124).

FDP-Bundestagsfraktion Pressemeldung vom 14. 8. 2012

EU-Tachographenpflicht darf Handwerk nicht belasten

Zur derzeitigen Diskussion, die digitale Tachographenpflicht für Fahrzeuge ab 2,8 Tonnen EU-weit einzuführen, erklärt der verkehrspolitische Sprecher der FDP-Bundestagsfraktion Oliver Luksic:

Die Pläne des EU-Parlaments, die digitale Tachographenpflicht schon für Fahrzeuge ab 2,8 Tonnen einzuführen, gehen in die völlig falsche Richtung. Damit werden vor allem mittelständische Handwerksbetriebe belastet, die sich diesen finanziellen und bürokratischen Aufwand nicht leisten können. Die Bundesregierung sollte sich daher mit Nachdruck in Brüssel gegen diese Überregulierung bei mittelständischen Unternehmen einsetzen.

Ursprünglich sollte die Entscheidung im EU-Parlament eine Entlastung für Handwerksbetriebe bringen, indem der Radius für die digitale Tachographenpflicht auf 150 Kilometer erweitert werden sollte. Das hätte zum Bürokratieabbau auf europäi-

scher Ebene beitragen können. Davon kann nun keine Rede mehr sein.

Nach dieser Entscheidung des EP stellt sich mal wieder die Frage nach der Subsidiarität. Zumindest in der Frage des Radius sollten die Mitgliedstaaten selber entscheiden dürfen, ab wie viel Kilometern ein Fahrtenschreiber verpflichtend wird. Zu mehr Sicherheit wird es jedenfalls nicht führen, wenn Handwerker, die keine hauptberuflichen Fahrer sind, durch digitale Fahrtenschreiber kontrolliert werden.

FDP-Bundestagsfraktion Pressemeldung vom 14. 9. 2012

Wettbewerbsfähigkeit des Handwerks stärken

Zum Tag des Handwerks (15. 9. 12) erklärt Jörg von Polheim, Vorsitzender der Arbeitsgruppe Handwerk der FDP-Bundestagsfraktion:

Durch den bundesweiten Tag des Handwerks wird die mediale Aufmerksamkeit auf diesen Kernbereich unserer Wirtschaft gerichtet. Denn im Handwerk arbeiten mit rund 5,13 Millionen Menschen 12,7 Prozent aller Erwerbstätigen. In den Handwerksbetrieben wird eine Kultur der Selbständigkeit gelebt. Eigeninitiative und Verantwortung bestimmen das unternehmerische Handeln.

Die FDP-Bundestagsfraktion arbeitet an der Stärkung der Rahmenbedingungen für den Jobmotor Handwerk. Dabei gilt es, aktiv Fachkräftesicherung zu betreiben. Bildung, Qualifizierung und eine vereinfachte Zuwanderung ausländischer Fachkräfte sind die Stichworte.

Eine wesentliche Voraussetzung, ausgebildete Fachkräfte in Handwerksunternehmen halten zu können, ist die Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Hier sind die lokalen Bündnisse von Handwerkskammern und Unternehmen besonders hervorzuheben – sie müssen politisch gestärkt werden.

Außerdem dürfen sich die Energiekosten für Handwerksbetriebe nicht zu einer Konjunkturbremse entwickeln. Deshalb müssen bei der Umsetzung der Energiewende verstärkt die Belange gerade von kleinen und mittelständischen Firmen berücksichtigt werden.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 14. 9. 2012

Fachkräftemangel: Handwerk leistet seinen Beitrag

Zum zweiten bundesweiten Tag des Handwerks erklärt die Mittelstandsbeauftragte für das Handwerk in der SPD-Bundestagsfraktion Rita Schwarzelühr-Sutter:

Das Handwerk leistet in Deutschland traditionell einen wichtigen Beitrag für die heimische Wirtschaft. Die über fünf Millionen Beschäftigten in Handwerksbetrieben sind nicht nur unverzichtbare Partner für Industrie und Bevölkerung, sondern zeichnen sich auch durch eine besonders hohe Innovationsfähigkeit aus. Die anstehenden Herausforderungen unserer Gesellschaft, insbesondere die Energiewende, sind ohne die Kreativität des Handwerks nicht zu bewältigen.

Im letzten Jahr lernte fast eine halbe Million junger Menschen in deutschen Handwerksbetrieben einen Beruf. Die Ausbildungsleistung, die die Betriebe hier vollbringen, kann man gar nicht genug wertschätzen, insbesondere angesichts des Fachkräftemangels. Für die SPD gelingt Fachkräftesicherung nur mit guter Arbeit, das heißt gerechte Löhne, gute Arbeitsbedingungen und Chancengleichheit.

Jungen Menschen, die in diesem Jahr noch keinen Ausbildungsplatz haben, bieten sich im Handwerk 15.000 freie Lehrstellen. Mit einem Handwerksberuf legt man den Grundstein für eine sichere berufliche Zukunft. Damit das so bleibt, setzt sich die SPD-Bundestagsfraktion auch weiter für das Wohl der Beschäftigten im Handwerk ein.

**Fachverband der Stuckateure für Ausbau und Fassade Baden-Württemberg (SAF)
Pressemitteilung vom 12. 9. 2012**

**Wärmedämmung
Ungedämmte Gebäude sind schlecht verkäuflich**

Eine aktuelle Studie der Hochschule Nürtingen-Geislingen belegt, dass sich nach Ansicht von 80 Prozent der Immobilienmakler der energetische Sanierungszustand einer Immobilie deutlich auf Preis, Vermarktungsdauer und auch auf den Vermarktungsaufwand einer Immobilie auswirkt. Das gilt vor allem für Kauf- und in abgeschwächter Form auch für Mietimmobilien.

Die repräsentative Studie Marktmonitor Immobilien 2012, die von Prof. Dr. Stephan Kippes in Kooperation mit dem Immobilienportal immowelt.de durchgeführt wurde, belegt zudem, dass das grundsätzliche Interesse am energetischen Sanierungsstand einer Immobilie deutlich zugenommen hat. Das belegt auch die Angabe von drei Vierteln der Makler, dass sowohl Kauf- als auch Mietinteressenten 2012 bei Objektbesichtigungen häufiger als noch vor drei Jahren Fragen zur Energieeffizienz stellen.

Ein verblüffendes Ergebnis: Besteht auch nur der Anschein, dass bei einer Immobilie ein energetischer Sanierungsrückstau vorliegt, wirkt sich das nach Ansicht der Makler negativ auf den Marktwert und die Verkäuflichkeit aus.

Der Fachverband der Stuckateure für Ausbau und Fassade empfiehlt Bauherren und Immobilieneigentümern, eine energetische Sanierung ausschließlich vom qualifizierten Meisterfachbetrieb der Stuckateur-Innung durchführen zu lassen. Nur so ist gewährleistet, dass die gewünschten Effekte auch tatsächlich eintreten.

Durch kompetente Planung und Beratung realisieren Stuckateure eine korrekte und gesetzeskonforme Realisierung der Wärmedämmung sowie die nachhaltige Wertsteigerung der Immobilie und deren Werterhalt. Zusätzlich sorgen sie für ein behagliches und gesundes Wohnen. Interessierte Bauherren finden den qualifizierten Stuckateur-Fachbetrieb ihres Vertrauens in der Betriebsdatenbank des Fachverbandes unter www.mehral-rauputz.de.

Die gesamte Studie Marktmonitor Immobilien 2012 kann kostenfrei im Internet heruntergeladen werden unter www.marktmonitor-immobilien.de.

Der Fachverband der Stuckateure für Ausbau und Fassade Baden-Württemberg (SAF) fördert als Interessenverband die fachliche, wirtschaftliche und berufliche Entwicklung seiner Mitglieder, stellt ihnen Informationen über Technik, Richtlinien, Recht, Betriebswirtschaft und Marketing zur Verfügung. Darüber hinaus ist der SAF Tarifpartner, bündelt die Branchenmeinung und engagiert sich in hohem Maße in den Bereichen Aus- und Weiterbildung.

Seit 2009 ist der SAF in den Bereichen Putz, Stuck, Trockenbau, Wärmedämmung und Fassade, Bildungsdienstleistung, Technologiebeschleunigung und als Schnittstelle zwischen Wissenschaft und Praxis als bundesweit verantwortliches Kompetenzzentrum für Ausbau und Fassade (KomZet) vom Bundesministerium für Bildung und Forschung anerkannt.

Fachverband der Stuckateure für Ausbau und Fassade Baden-Württemberg (SAF), Stuttgart. www.stuck-verband.de

**SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 27. 9. 2012**

Bundesregierung legt ohne Not Hand an das soziale Mietrecht in Deutschland

Zur heutigen 1. Lesung des Regierungsentwurfs zur Änderung des Mietrechts erklären der zuständige Berichterstatter im Rechtsausschuss Ingo Egloff und der wohnungspolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Michael Groß:

Mit dem Gesetzesentwurf versucht die Bundesregierung die Energiewende über das Mietrecht zu stemmen. Ein absolut untauglicher Versuch, der die soziale Funktion des Mietrechts aushöhlt. Neben der Duldungspflicht bei energetischen Sanierungsmaßnahmen soll das Recht des Mieters zur Mietminderung in den ersten drei Monaten entfallen. Das höhlt das Prinzip der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung aus, führt zu neuen Rechtsunsicherheiten und bringt nichts: Kein Vermieter wird energetische Sanierungen eher durchführen, nur weil die Miete drei Monate lang nicht gemindert werden darf.

Gleichzeitig können die Kosten der Modernisierung mit elf Prozent auf die Mieter umgelegt werden. Das hat zur Folge, dass viele Mieter die Mieterhöhungen nach energetischen Modernisierungen nicht verkraften können. Die Wohnungswirtschaft müsste nach energetischen Standardsanierungen eine um etwa 2,40 Euro pro Quadratmeter höhere Miete verlangen, um wirtschaftlich zu bleiben. Demgegenüber stehen eingesparte Energiekosten von etwa 38 Cent pro Quadratmeter. Das sind Mieterhöhungen, die viele Mieter schlichtweg überfordert. Andere regionale Märkte bieten den Vermietern keine Chance, dies auch nur annähernd umzusetzen. Für diese Schere bietet die Bundesregierung keine Lösung an.

Hinzu kommt, dass die vorgesehenen Maßnahmen den energiepolitischen Zielen der Bundesregierung gar nicht gerecht werden. Denn zurzeit gilt der Grundsatz: Je teurer die energetische Sanierung, desto mehr Fördergelder und desto höher die Miete. Vernünftig wäre es, die tatsächliche Energieeffizienzsteigerung und die technisch richtigen Maßnahmen in den Fokus zu nehmen, um mit möglichst geringem Mitteleinsatz einen hohen Grad an Energieeffizienz und eine Reduzierung des Primärenergiebedarfs zu erreichen.

Neben den erhöhten Energiekosten belasten die steigenden Neuvertragsmieten gerade in den Ballungsräumen viele Mieterinnen und Mieter. Der Mieterbund stellt fest, dass Altmietern durch Modernisierungsmaßnahmen verdrängt werden, da bei Neuvermietungen die Mieten wesentlich stärker erhöht werden können. Die Folge: das soziale Gefüge der Städte verschiebt sich. Besonders betroffen sind Rentner und Alleinerziehende. Laut Statistischem Bundesamt geben die Menschen in Deutschland durchschnittlich ein Fünftel – sprich 20 Prozent – für die Kaltmiete ihrer Wohnung aus. Bei jedem dritten Rentnerhaushalt macht die Kaltmiete bereits 35 Prozent des Einkommens aus. Diese Entwicklung muss gestoppt werden.

Deutschland ist ein Mieterland. 53 Prozent der Bevölkerung lebt zur Miete. Das bisher bestehende Mietrecht schützt unsere 24 Millionen Mieter und garantiert einen fairen Interessenausgleich zwischen Vermietern und Mietern. Dass die Bundesregierung mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf Hand an das bewährte soziale Mietrecht legt, ist unnötig und unverantwortlich.

**FDP-Bundestagsfraktion
Pressemeldung vom 7. 9. 2012**

FDP lehnt Deckelung von Neumieten ab

Zur Forderung des Deutschen Mieterbundes nach einer Deckelung für Neumieten erklärt der Berichterstatter der FDP-Bundestagsfraktion für das Mietrecht Stephan Thomae:

Die Forderung des Mieterbundes ist verfehlt. Hohe Mieten stehen regelmäßig im Zusammenhang mit hohen Immobilienpreisen. Die Immobilienpreise aber regelt der Markt nach den Gesetzen von Angebot und Nachfrage.

Wirtschaftlich gesehen ist die Miete eine Abzinsung der Anschaffungskosten des Vermieters. Vermieter, die ihre Immobilie zu hohen Kaufpreisen erworben haben, sind deswegen auch auf höhere Mieten angewiesen. Genauso, wie sich Immobilienpreise in einer Marktwirtschaft nicht staatlich begrenzen lassen, lassen sich deshalb auch die Neumieten nicht gesetzlich deckeln.

OLG Köln-Pressemitteilung vom 30. 8. 2012

Klagen von 16 Immobilienfonds-Anlegern zurückgewiesen

Das Oberlandesgericht Köln hat mit mehreren am 30. August 2012 verkündeten Urteilen die Klagen von insgesamt 16 Anlegern zurückgewiesen, die eine Fonds- und eine Treuhandgesellschaft sowie den Allgemeinen Wirtschaftsdienst AWD auf Schadensersatz in einer Gesamthöhe von rund 750.000,00 Euro in Anspruch genommen hatten (Az: 18 U 42/11, 18 U 47/11, 18 U 48/11, 18 U 50/11, 18 U 64/11, 18 U 65/11, 18 U 66/11, 18 U 67/11, 18 U 72/11, 18 U 76/11, 18 U 77/11, 18 U 79/11, 18 U 80/11, 18 U 84/11, 18 U 85/11 und 18 U 86/11).

Die Kläger hatten Anfang bis Mitte der 90er Jahre Anteile an einem Immobilienfonds erworben, der ein Wohn- und Geschäftsgebäude in Berlin errichtete und betrieb; die AWD GmbH hatte den Verkauf vermittelt. Nachdem die Renditen nicht den Vorstellungen der Kläger entsprochen hatten, nahmen sie die beteiligten Gesellschaften und den AWD auf Rückzahlung der Einlagen gegen Rückgabe der Fondsanteile in Anspruch. Die Kläger warfen den Beklagten vor, der Prospekt sei in mehreren Punkten fehlerhaft gewesen. So sei nicht ausreichend darauf hingewiesen worden, dass die Fondsanteile nur eingeschränkt handelbar seien; die Rendite-Prognoserechnung sei unrealistisch überhöht gewesen. Zudem sei das Verhältnis zwischen dem Anteil des Kapitals, der tatsächlich für Errichtung und Betrieb des Gebäudes verwendet wurde und dem Anteil für Beratungs- und sonstige Nebenkosten unklar und fehlerhaft dargestellt worden.

Das Landgericht hatte die Klagen abgewiesen mit der Begründung, dass die Ansprüche jedenfalls verjährt seien. Im Berufungsverfahren vor dem Oberlandesgericht haben die Kläger sodann, neben den weiterhin aufrechterhaltenen Vorwürfen gegen den Prospekt, auch eine überhöhte Provisionszahlung an den AWD behauptet: es seien entgegen den Angaben im Prospekt mindestens 15% Provision gezahlt worden, worüber dann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hätte aufgeklärt werden müssen.

Der zuständige 18. Zivilsenat hat zur Frage der Höhe der gezahlten Provisionen mehrere Zeugen vernommen, darunter auch den früheren Vorstandsvorsitzenden der AWD Holding AG Carsten Maschmeyer. Nachdem indes keiner der Zeugen die Zahlung einer Provision von 15% oder mehr an den AWD bestätigen konnte, hat das Gericht die Berufungen der Kläger zurückgewiesen. Die Beweislast für die Zahlung einer aufklärungsbedürftigen Provision liege bei den Klägern, das negative Beweisergebnis gehe daher zu deren Lasten. In der Urteilsbegründung ist hinsichtlich der übrigen Vorwürfe weiter ausgeführt, dass die erste Instanz zu Recht von einer Verjährung der Ansprüche ausgegangen sei. Zudem sei der Prospekt nicht fehlerhaft gewesen; die Angaben seien hinreichend nachvollziehbar.

Der Senat hat die Revision zum Bundesgerichtshof nicht zugelassen. Hiergegen können die Kläger Nichtzulassungsbeschwerde einlegen, soweit ihr geltend gemachter Schaden mehr als 20.000,00 Euro beträgt.

In den nächsten Tagen wird eines der – im Wesentlichen gleich lautenden – Urteile unter Angabe des Aktenzeichens 18 U 79/11 im Internet unter www.nrwe.de im Volltext abrufbar sein.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 6. 9. 2012

Planungshoheit für Städte und Kommunen weltweit Nachhaltiges Wachstum generieren

Auf dem World Urban Forum VI der Vereinten Nationen in Neapel diskutierten Fachleute und Politiker über Stadtplanung und die Gestaltung einer nachhaltigen urbanen Zukunft. Dazu erklärt der kommunalpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Götz:

„Wir Parlamentarier in Deutschland und auf der ganzen Welt müssen dringend darüber nachdenken, wie durch Gesetze Rah-

menbedingungen geschaffen werden können, um durch Städte nachhaltiges Wachstum zu generieren. Städte und wirtschaftlicher Fortschritt sind schon immer eng miteinander verbunden. Weltweit generieren Städte einen wesentlichen Teil des Bruttoinlandsprodukts. Dort entstehen Arbeitsplätze und Investitionen. Für unsere zukünftige Lebensqualität ist es entscheidend, Wachstum in Städten zu fördern und gleichzeitig sicherzustellen, dass Ökonomie, Ökologie und Gerechtigkeit in Einklang sind.

Die Menschen, die vor Ort in Kommunen und Städten gewählt wurden, wissen am besten, was für ihre Bewohner von Bedeutung ist. Sie sind am umfassendsten über die Nöte und Wünsche ihrer Bevölkerung informiert. Dafür benötigen unsere Kommunen und Städte nicht nur Planungshoheit, sondern auch eine starke finanzielle Unabhängigkeit.“

Hintergrund:

Peter Götz ist seit 2008 Präsident der Global Parliamentarians on Habitat (GPH). Die GPH ist ein Zusammenschluss von Parlamentariern, die sich für eine nachhaltige Entwicklung von Siedlungen engagieren.

An dem von Götz geleiteten „Runden Tisch der Parlamentarier“ des World Urban Forum VI nahmen über 70 Abgeordnete aus der ganzen Welt teil. Dr. Joan Clos, Executive Director des Programms der Vereinten Nationen für menschliche Siedlungen (UN-Habitat), hob die entscheidende Rolle von Parlamentariern bei der Gestaltung einer nachhaltigen urbanen Zukunft hervor.

Vom 1. bis 7. September 2012 findet in Neapel, Italien, das World Urban Forum VI statt. Das Forum, welches seit 2002 alle zwei Jahre von dem Programm der Vereinten Nationen für menschliche Siedlungen (UN-Habitat) organisiert wird, setzt sich mit einigen der dringendsten Probleme in den Bereichen der Stadtentwicklung auseinander. Das Thema des diesjährigen World Urban Forums ist „Die urbane Zukunft“. Insgesamt werden 10.000 Teilnehmer aus über 150 Ländern erwartet.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion

Pressemitteilung vom 27. 9. 2012

Bundesprogramm „Altersgerecht Umbauen“ fortführen Stadtentwicklung muss Antworten auf demographischen Wandel finden

Mit dem Positionspapier zur demografischen Entwicklung in Deutschland „Jung und Alt gemeinsam für ein sicheres Leben in Wohlstand – heute und in Zukunft“ greift die CDU/CSU-Bundestagsfraktion wichtige kommunale Forderungen auf. Dazu erklärt der kommunalpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Götz:

„Die Bewältigung des demografischen Wandels gehört zu den großen Herausforderungen der Städte, Gemeinden und Landkreise. Auch die Stadtentwicklung muss darauf Antworten bieten. Dazu gehören die Stärkung der Stadtzentren und der Ortskerne genauso wie die Schaffung eines barrierearmen Wohnumfelds. Auf diesem Gebiet ist die Städtebauförderung weiterzuentwickeln.

Vor allem der altersgerechte Umbau von Wohnungen muss forciert werden. Ältere Menschen möchten so lange wie möglich in ihrem vertrauten Wohnumfeld wohnen. Deshalb sollte das im Jahr 2012 ausgesetzte Bundesprogramm „Altersgerecht Umbauen“ in der Zuschussvariante fortgeführt werden. Um zusätzliche Effizienzgewinne zu erzielen, sollte der altersgerechte Umbau so weit wie möglich mit energetischen Gebäudesanierungsmaßnahmen verbunden werden.“

www.gmbbl.de

**CDU/CSU-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 26. 9. 2012**

**Union stellt sich dem demographischen Wandel
Familie ist Keimzelle der Gesellschaft und soll es bleiben**

Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion hat ein Positionspapier zum demographischen Wandel in Deutschland beschlossen. Dazu erklärt der stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Günter Krings:

„Der demographische Wandel prägt schon seit vielen Jahren das Leben in Deutschland. Das spüren die Menschen und die Verantwortlichen insbesondere in ländlichen Gebieten und im Osten unseres Landes. Unsere Politik zielt darauf ab, sich an demographischen Wandel anzupassen, ihn aber auch langfristig abzumildern.

Die Familie ist für uns Keimzelle der Gesellschaft und soll es bleiben. Kinder sind eine Bereicherung. Wir wollen junge Männer und Frauen ermutigen, sich für Kinder zu entscheiden. Damit dies gelingt, soll die Vereinbarkeit von Familie und Beruf verbessert werden.

Angesichts des sich bereits abzeichnenden Fachkräftemangels setzt sich die Unionsfraktion dafür ein, die inländischen Potenziale für den Arbeitsmarkt noch besser zu nutzen, damit mehr Frauen, Ältere und Arbeitslose arbeiten. Wir bekennen uns klar zur behutsamen Einführung der Rente mit 67 bis zum Jahr 2029. Sie ist die angemessene Antwort darauf, dass die Menschen in Deutschland immer gesünder älter werden und die Lebenserwartung steigt. Die Integration der hier lebenden Menschen mit ausländischen Wurzeln ist uns ein besonderes Anliegen, weil bereits heute in manchen Großstädten etwa jedes zweite Neugeborene einen Migrationshintergrund hat. Die Beherrschung der deutschen Sprache, Bildung und Arbeit sind der Schlüssel für ein selbstbestimmtes Leben und wirtschaftliche Unabhängigkeit.“

Weiterführende Links: Positionspapier der CDU/CSU-Bundestagsfraktion zur demographischen Entwicklung in Deutschland (<http://www.cducus.de/GetMedium.aspx?mid=2892>)

OLG Köln-Pressemitteilung vom 11. 9. 2012

**Oberlandesgericht Köln entscheidet über vorläufige
Teilnahme am Religionsunterricht**

Das Oberlandesgericht Köln hat in einem Beschluss vom 10. 9. 2012 die vorläufige Teilnahme von zwei 6-jährigen Kindern am Religionsunterricht des 1. Schuljahres gestattet.

Die Teilnahme am Religionsunterricht der 1. Klasse war zwischen den Eltern der beiden Kinder umstritten. Das Amtsgericht – Familiengericht – Monschau hatte dem Vater die Entscheidung über eine Teilnahme am Religionsunterricht und den Schulgottesdiensten übertragen. Der Vater befürwortet eine solche Teilnahme. Gegen die Entscheidung des Amtsgerichts Monschau richtet sich eine Beschwerde der Mutter, die außerdem im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes eine Aussetzung der Vollziehung des amtsgerichtlichen Beschlusses beantragt hat.

Das Oberlandesgericht Köln hat den Antrag im einstweiligen Rechtsschutz zurückgewiesen. Eine endgültige Entscheidung wurde hiermit noch nicht getroffen. Der zuständige Familiensenat hat jedoch die Auffassung vertreten, dass eine vorläufige Teilnahme der Kinder an Schulgottesdiensten und Religionsunterricht dem Kindeswohl entspricht. Der Senat hat ausgeführt, es sei nicht zu besorgen, dass die – konfessionslosen – Kinder hierdurch bis zur abschließenden Klärung in der Hauptsache Schaden nehmen. Eine einseitige und dauerhafte Beeinflussung der Kinder in religiösen Fragen sei auch im Hinblick auf die im ersten Schuljahr vermittelten Inhalte nicht zu befürchten.

Das Oberlandesgericht hat in seiner Entscheidung nachdrücklich an das Verantwortungsbewusstsein der Eltern appelliert: Diese müssten einer Verunsicherung ihrer Kinder entgegenwirken, ihre Erziehungskompetenz wahrnehmen, die Kinder zum Schulbesuch ermuntern und sie auf eine Teilnahme am

Religionsunterricht einstellen. Nur auf diese Weise könne eine Reflexion der Kinder mit den im Unterricht vermittelten Inhalten erreicht werden.

Die Entscheidung ist unanfechtbar. Aktenzeichen: 12 UF 108/12

BMI-Pressemitteilung vom 22. 6. 2012

**Erste Zwischenergebnisse bei der Evaluierung von
Optionsmodell und Einbürgerungsrecht**

Mit dem Abschluss zweier Forschungsprojekte des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge liegen erste Ergebnisse zu den im Koalitionsvertrag vereinbarten Evaluierungen des Optionsverfahrens und des Einbürgerungsrechts vor.

Auch wenn die ersten Optionsverfahren erst im Jahr 2013 abgeschlossen sein werden, kann schon jetzt auf der Grundlage der Forschungsergebnisse des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge eine erste Bilanz gezogen werden:

- Bei der Entscheidung der Optionspflichtigen zeigt sich eine klare Tendenz für die deutsche Staatsangehörigkeit. Weniger als zwei Prozent entscheiden sich für die ausländische und gegen die deutsche Staatsangehörigkeit.
- Eine Verunsicherung in der familiären oder beruflichen Lebensplanung aufgrund der Entscheidungspflicht wird nur von 5,6 Prozent der Befragten angegeben.
- Viele Optionspflichtige weisen erhebliche Wissenslücken zum Optionsverfahren und ihren Mitwirkungspflichten auf. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass aufgrund des frühen Zeitpunkts der Untersuchung überwiegend nur Optionspflichtige unter 21 Jahren befragt werden konnten. Diese hatten zum Zeitpunkt des Interviews noch über zwei Jahre Zeit bis zum Auslaufen der Optionsphase und haben bisher lediglich das erste von in der Regel mehreren Informationsschreiben erhalten.

Bundesinnenminister Dr. Friedrich erklärt hierzu: „Die Forschungsberichte belegen einen pragmatischen Umgang der jungen Menschen mit ihrer Optionspflicht. Aktueller gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist aus dieser ersten Zwischenbilanz nicht ersichtlich. Auf erkennbar gewordene Probleme, insbesondere dem teilweise nur unzureichenden Wissen über Mitwirkungspflichten und Antragsfristen bei den Optionspflichtigen, können wir mit geeigneten administrativen Maßnahmen reagieren.“

Zum allgemeinen Einbürgerungsrecht stellen die Forschungsberichte fest, dass die Einbürgerungsanforderungen nur von ca. 20 Prozent der Befragten als hoch eingeschätzt werden. Als Problem zeigen die Berichte insbesondere das fehlende Wissen über die bestehenden Einbürgerungsmöglichkeiten auf. Die Befragten wünschen sich besser zugängliche und in mehr Sprachen verfügbare Informationen. Das Bundesministerium des Innern wird das Informationskonzept weiter verbessern.

BAMF Bundesamt für Migration und Flüchtlinge

**Die Optionsregelung im Staatsangehörigkeitsrecht aus
der Sicht von Betroffenen**

Ab dem Jahr 2000 ermöglichte die Einführung des Geburtsortprinzips (*ius soli*) in Deutschland geborenen Kindern ausländischer Eltern unter bestimmten Voraussetzungen den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit bereits mit der Geburt (§ 4 Abs. 3 Satz 1 Staatsangehörigkeitsgesetz (StAG)). Gemäß einer Übergangsregelung (§ 40b StAG) konnte dies im Jahr 2000 auch rückwirkend für Kinder im Alter von bis zu zehn Jahren beantragt werden. Alle *ius soli*-Deutschen unterliegen jedoch der sogenannten Optionsregelung, die eine Entscheidung entweder für die deutsche oder für die ausländische Staatsangehörigkeit der Eltern zwischen dem 18. und dem 23. Lebens-

jahr vorschreibt. Zwischen 2000 und 2010 haben insgesamt rund 444.000 Kinder die deutsche Staatsangehörigkeit nach den §§ 4 Abs. 3 Satz 1 StAG sowie 40b StAG erworben.

Erkenntnisse zum Entscheidungsverhalten von Optionspflichtigen

Ziel der qualitativen Studie zur Optionsregelung, die im Auftrag des Bundesministeriums des Innern durchgeführt wurde, war die Gewinnung systematischer Erkenntnisse zum Entscheidungsverhalten und zu den dahinter liegenden Prozessen aus Sicht der Betroffenen. Hierfür wurden Interviews mit 27 jungen Optionspflichtigen im Alter von 15 bis 20 Jahren in Nürnberg, Fürth und Erlangen durchgeführt. Alle Befragten wurden nach § 40b StAG eingebürgert.

Prägung durch zwei Kulturen

Ein Ergebnis der Studie ist, dass die Befragten eine individuell mehr oder weniger starke Prägung durch zwei Kulturen zeigen. Zu Deutschland wird eine alltagspraktische Verbundenheit der Interviewpartner/innen deutlich, was sich nicht zuletzt auf ihr Entscheidungsverhalten auswirkt. Aber auch Erfahrungen von „nicht ganz zugehörig sein“ und Diskriminierung werden in den Interviews geschildert. Zum Herkunftsland der Eltern weisen die Befragten ein ähnlich zwiespältiges Verhältnis auf: Sie haben zwar oft vielfältige Bindungen an dieses Land, jedoch kaum Alltagserfahrungen dort und fühlen sich deshalb ebenfalls nur bedingt zugehörig.

Klare Entscheidungstendenz für die deutsche Staatsangehörigkeit

Im Hinblick auf das Entscheidungsverhalten der Optionspflichtigen wird deutlich, dass die - zum Teil noch minderjährigen - Interviewpartner/innen sich entweder noch nicht entschieden haben oder für die deutsche Staatsangehörigkeit optieren (wollen). Die Äußerungen der Befragten lassen kurz- und mittelfristig keine Änderung dieses Entscheidungsverhaltens erwarten. Dem liegen sowohl pragmatische als auch emotionale Gründe zugrunde.

In der Studie finden sich vertiefte Erkenntnisse zur Bedeutung von Staatsangehörigkeit für die Optionspflichtigen, zur Bewusstwerdung hinsichtlich ihrer Optionspflicht, zu Wissensstand und Informationsquellen, zu Dauer und Konfliktbelastung des Entscheidungsprozesses, zur Rolle des sozialen Umfelds bei der Entscheidungsfindung, zur Wahrnehmung des Kontaktes mit den Behörden, zu Motiven für die Entscheidung, zu Zukunftsplänen der Optionspflichtigen sowie generell zu ihrer Bewertung der Optionsregelung.

Der Forschungsbericht 16 wurde verfasst von Susanne Worbs, Antonia Scholz und Stefanie Blicke. Er kann heruntergeladen werden unter:

http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Forschungsberichte/fb16-optionsregelung.pdf?__blob=publicationFile

BAMF Bundesamt für Migration und Flüchtlinge

Einbürgerungsverhalten von Ausländerinnen und Ausländern in Deutschland sowie Erkenntnisse zu Optionspflichtigen

Im Jahr 2000 wurden wesentliche Änderungen in das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht eingeführt. Die Reform erleichterte unter anderem die Einbürgerung durch eine deutliche Verkürzung der notwendigen Aufenthaltsdauer (von 15 auf acht Jahre) und führte erstmals Elemente des Geburtsortprinzips (ius soli) ein. Weitere Rechtsänderungen seit 2005 beinhalteten die Anforderung, für eine Einbürgerung Deutschkenntnisse auf Niveau B1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens (GER) nachzuweisen, die Einführung eines bundesweiten Einbürgerungstests sowie die uneingeschränkte Hinnahme von Mehrstaatigkeit bei EU-Bürgern und Schweizern.

1534 Befragte bei der bundesweiten BAMF-Einbürgerungsstudie 2011

Da bislang breit angelegte Untersuchungen zum Einbürgerungsverhalten und zu optionspflichtigen Personen mit Einbürgerung nach § 40b Staatsangehörigkeitsgesetz (StAG) in Deutschland fehlen, wurde hierzu im Auftrag des Bundesministeriums des Innern die BAMF-Einbürgerungsstudie 2011 durchgeführt. Im Rahmen dieser quantitativen Studie wurden seit dem Jahr 2005 Eingebürgerte, aktuell im Einbürgerungsverfahren befindliche Personen, Nicht-Eingebürgerte, welche die Voraussetzungen für eine Einbürgerung weitestgehend erfüllen, sowie Optionspflichtige mit Einbürgerung nach § 40b StAG befragt. Damit liegen zum ersten Mal Daten für eine vergleichende Betrachtung dieser Gruppen vor.

Eingebürgerte sind besser integriert

Eingebürgerte sind insgesamt besser integriert als Nicht-Eingebürgerte. So haben Eingebürgerte häufiger (58 Prozent) höhere schulische Bildungsabschlüsse erreicht als Nicht-Eingebürgerte (35 Prozent) und Personen im Einbürgerungsverfahren (40 Prozent). Auch wenn alle drei Gruppen sprachlich gut in Deutschland integriert sind, zeichnet sich ab, dass Eingebürgerte über geringfügig bessere Deutschkenntnisse verfügen als die beiden Vergleichsgruppen. Nicht-Eingebürgerte nutzen dementsprechend die Herkunftssprache häufiger als die anderen beiden Gruppen. Ebenso sind ihre Freundeskreise seltener deutschsprachig geprägt.

Rechtliche Gleichstellung als Einbürgerungsmotiv

Die wichtigsten Gründe für eine Einbürgerung sind der Wunsch nach rechtlicher Gleichstellung mit deutschen Staatsbürgern sowie das Gefühl, in Deutschland verwurzelt zu sein. Bei den in Deutschland Geborenen ist der Geburtsort bedeutend. Die Mehrheit der Befragten ist mit der Beratungsqualität in den jeweiligen Staatsangehörigkeitsbehörden zufrieden. Die am häufigsten genannten Informationsquellen zur Einbürgerung sind die Auskünfte der Staatsangehörigkeitsbehörden und das Internet.

In der Studie finden sich vertiefte Erkenntnisse zu soziodemographischen und migrationsbiographischen Unterschieden der vier Gruppen, zu weiteren Aspekten der Einbürgerung (Informationsstand zur Einbürgerung, Wahrnehmung des Einbürgerungsverfahrens, Rahmenbedingungen der Antragstellung, Dauer und Kosten der Einbürgerung, Wahrnehmung des Einbürgerungstests, Entlassungsverfahren aus der bisherigen Staatsangehörigkeit, Beurteilung des Einbürgerungsverfahrens, Gründe für und gegen eine Einbürgerung, Unterstützung der Einbürgerung durch das soziale Umfeld, Bedeutung von Staatsangehörigkeit sowie Folgen der Einbürgerung) und zu vielfältigen Gesichtspunkten der Optionspflicht.

Der Forschungsbericht 15 wurde verfasst von Martin Weinmann, Inna Becher und Dr. Christian Babka von Gostomski. Er kann heruntergeladen werden unter:

http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Forschungsberichte/fb15-einbuengerungsverhalten.pdf;jsessionid=56FFC6F96E3EDE406D9AA55DBCADB49D.1_cid244?__blob=publicationFile

**Die angegebenen Links
zum BAMF bzw. zu EU-Seiten
(S. 420 f.)
sind u. U. von Hand einzugeben.**

BGH-Pressemitteilung Nr. 163/2012 vom 4. 10. 2012**Verurteilung im Fall des ausländerfeindlichen Angriffs in Winterbach rechtskräftig**

Das Landgericht Stuttgart hat zwei Angeklagte der gefährlichen, weil gemeinschaftlich begangenen Körperverletzung (§ 223, § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB) schuldig gesprochen und den 21-jährigen Angeklagten zu zwei Jahren und fünf Monaten Jugendstrafe, den 22-jährigen Angeklagten zu zwei Jahren und fünf Monaten Freiheitsstrafe verurteilt.

Nach den Feststellungen des Landgerichts feierten die beiden Angeklagten in der Nacht vom 9. auf den 10. April 2011 zusammen mit weiteren Personen, die überwiegend dem rechts-extremen Gedankengut verhaftet waren, auf einem Wiesengrundstück in Winterbach. Es kam zunächst zu kleineren Konfrontationen zwischen einzelnen aus dieser Gruppe mit überwiegend türkischstämmigen Jugendlichen, die sich in etwa 120 Meter Entfernung mit ihren Familien zum gemeinsamen Grillen zusammengefunden hatten. Daraufhin fassten die Angeklagten und mindestens neun weitere Personen den Entschluss, „dass man die ‚Kanaken‘ aufspürt, durch das martialische Auftreten mit Geschrei und ausländerfeindlichem Gebrüll verängstigt und diesen eine körperliche Abreibung verpasst.“

Ein Teil der daraufhin Angegriffenen flüchtete sich in eine hölzerne Gartenhütte. Aus der Gruppe der Angreifer wurde zunächst „Kommt raus ihr Scheiß Kanaken!“ gerufen, wenig später die Hütte von mindestens einer Person aus der Gruppe der Angreifer auf ungeklärte Weise in Brand gesetzt.

Nachdem abgesetzte Polizeinotrufe keine schnelle Hilfe erbrachten, stürzten die in der Hütte befindlichen Personen in Todesangst heraus und verletzten sich dabei. Teilweise erlitten sie aufgrund des eingeatmeten Rauchgases Atembeschwerden. In der Zwischenzeit wurde ein anderer Grillfestbesucher von rechtsradikalen Angreifern mit einem wuchtigen Ellbogenstoß gegen den Kopf und Fußtrittten misshandelt. Ein weiterer wurde zu Boden gerissen und getreten. Andere verletzten sich bei der Flucht.

Zwar konnten konkrete Verletzungshandlungen den Angeklagten nicht zugeordnet werden, aufgrund des gemeinsamen Tatenschlusses hat das Landgericht Stuttgart aber die Verletzungsfolgen der Grillfestbesucher beiden Angeklagten zurechnet.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat die hiergegen gerichteten Revisionen der Angeklagten als unbegründet verworfen. Die Nachprüfung des Urteils hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO). Die Verurteilung ist damit rechtskräftig (Beschluss vom 25. September 2012 – 1 StR 412/12).

Presseinformation der Aareon AG vom 6. 6. 2012**Aareon spendet 15.000 Euro für DESWOS Projekt Mit 15.000 Euro unterstützt Aareon Kleinbauern in Nicaragua zur Sicherung ihres Lebensraums**

Garmisch-Partenkirchen, 6. Juni 2012 – Aareon, Europas führendes Beratungs- und Systemhaus für die Immobilienwirtschaft, spendet 15.000 Euro an die DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen

e.V., Köln. Mit ihrer Anmeldung zum Aareon Kongress unterstützen die Teilnehmer die Spende, da ein Teil der Anmeldegebühren der DESWOS zugute kommt. Im Rahmen des Kongress-Galaabends überreichte Dr. Manfred Alflen, Vorstandsvorsitzender der Aareon AG, dem Generalsekretär der DESWOS, Georg Potschka, den Spendenscheck.

In diesem Jahr fließt die Spende zu den Kleinbauern der Region Jinotepe, im Süden Nicaraguas. Das Leben der Menschen wird dort von Erdbeben, Hurrikanen und anderen Naturkatastrophen immer wieder bedroht. Diese unvorhersehbaren Wettereinflüsse betreffen die Bewohner dieser Region, welche sich und ihre Familien überwiegend als Kleinbauern selbstversorgen, schwer. Die Ernten reichen oft nicht einmal zur Selbstversorgung der Familien.

Die Region Jinotepe weist eine besonders hohe Bevölkerungsdichte auf. Die meisten Unterkünfte sind bis heute ein Flickwerk aus Holz und Wellblech. Die Wasserversorgung funktioniert nur sporadisch. Deshalb werden in dieser Region Nicaraguas Hausbauprogramme, welche dann auch den besonderen Anforderungen an Katastrophenresistenz genügen, dringend benötigt.

Mit der diesjährigen Spende von Aareon wird im Rahmen des gemeinsamen Projektes der DESWOS mit Sofonic, das im Haus- und Siedlungsbau erfahrene Netzwerk, der Bau von 80 Häusern sowie von 80 hygienischen Waschküchen mit Grundwasserentsorgung unterstützt. Zudem fließt ein Teil der Spende in die Installation von verbesserten Kochstellen und die Bereitstellung von Frischwasserkrügen zur Lagerung von Trinkwasser. Begleitend werden Workshops und Bildungskurse für Erwachsene zu Gesundheit, Umwelt, Hygiene und Alphabetisierung angeboten. Für den Bau weiterer Häuser wird den Familien zusätzlich ein Rückzahlungsfonds eingerichtet.

Dieses Projekt läuft unter dem wichtigen Grundsatz „Hilfe zur Selbsthilfe“, der für alle Maßnahmen gilt. Dieser Grundsatz beinhaltet, dass jeder Familie ein Bauhelfer gestellt wird, der auf der Baustelle aktiv eingesetzt werden kann. Dies soll Kosten sparen, die Menschen motivieren und ihnen vermitteln, wie sie später kleine Reparaturen selbst vornehmen können.

Über Aareon:

Die Aareon AG, eine hundertprozentige Tochter der Aareal Bank AG, ist Europas führendes Beratungs- und Systemhaus für die Immobilienwirtschaft. Fokus der Geschäftsaktivität ist die Optimierung der IT-gestützten Geschäftsprozesse bei Immobilienunternehmen und deren Umfeld. Die Aareon bietet ihren Kunden dabei das volle Leistungsspektrum von der Beratung über das Angebot von Software-Lösungen bis hin zu Service-Dienstleistungen.

Die mehr als 50.000 Aareon-Anwender in Europa verwalten über 9,5 Millionen Mieteneinheiten. Aareon ist an 20 Standorten (davon 10 in Deutschland) präsent und neben Deutschland auch in Frankreich, Großbritannien und den Niederlanden tätig. Das Beratungs- und Systemhaus beschäftigt über 1100 Mitarbeiter, davon 30 Prozent außerhalb Deutschlands. 2011 verzeichnete die Aareon einen Umsatz von rund € 159,5 Mio. und erwirtschaftete ein operatives Ergebnis (EBIT) von € 25,1 Mio.

Über DESWOS:

Die DESWOS Deutsche Entwicklungshilfe für soziales Wohnungs- und Siedlungswesen e.V. ist ein privater gemeinnütziger Verein. Auftrag der DESWOS ist es, Wohnungsnot und Armut in Entwicklungsländern zu bekämpfen. Dies geschieht durch Hilfe zur Selbsthilfe beim Bau von Wohnraum für Notleidende Familien und bei der Sicherung ihrer wirtschaftlichen Existenzen. Der Verein wird von den im GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen organisierten Verbänden und deren Mitgliedern getragen. Die Aareon AG unterstützt die Arbeit der DESWOS seit 1997 als Mitglied und Spender.



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

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

Projekt Indien

Grundschule für Devadanapatti

Emanzipatorischer Schulunterricht für Dalit-Kinder in Devadanapatti, Tamil Nadu

**Konto 660 22 21 / Sparkasse KölnBonn (BLZ: 370 501 98)
Spendenstichwort: Grundschule Devadanapatti**

Grußwort des Bundesministers für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung Dirk Niebel zur Fairen Woche 2012 (14.-28.9.2012)

Die Faire Woche steht unter dem Motto „Zukunft gestalten. Fair handeln“. Die Faire Woche lebt von dem großen Engagement von Akteuren und Konsumenten wie Ihnen. Über Ihr Interesse am Fairen Handel freue ich mich sehr. Mit Fairem Handel(n) werden Sie zum Zukunftsentwickler: Mit Ihren Kaufentscheidungen können Sie zur Verbesserung der Lebensbedingungen in unseren Kooperationsländern direkt beitragen. Deshalb fordern wir den Fairen Handel auch mit unserer Entwicklungspolitik. Denn das Motto der Fairen Woche gilt gleichermaßen für die Entwicklungspolitik!

Das Thema „Nachhaltigkeit“ steht im Mittelpunkt der elften Aktionswoche. Der Faire Handel setzt hier vorbildliche Maßstäbe in allen drei Säulen des Nachhaltigkeitskonzeptes – ökonomisch, ökologisch und sozial. Dabei steht stets der Mensch im Mittelpunkt. Vom Fairen Handel profitieren die Menschen am Ort der Produktion und auch hier in Deutschland.

Der Faire Handel verbessert durch gerechte Bezahlung, langfristige Handelsbeziehungen und die Forderung einer umweltschonenden Anbauweise die Lebens- und Arbeitsbedingungen von über einer Million Produzentenfamilien in Afrika, Asien und Lateinamerika. Er ermöglicht ihnen, ihre Armut aus eigener Kraft zu überwinden und eigenverantwortlich ihre Zukunft zu gestalten. Bildung, Gesundheitsschutz, Gleichberechtigung und Frauenrechte spielen dabei eine zentrale Rolle. Die vielen im Fairen Handel Engagierten leisten aber auch hier in Deutschland Erhebliches: Sie informieren über den Fairen Handel und entwicklungspolitische Ziele, zeigen alternative Handels- und Herstellungsstrukturen von Produkten auf und verdeutlichen globale Zusammenhänge. Wir lernen etwas über die Folgen unseres Handelns auf andere Orte und andere Menschen.

Der Faire Handel bietet aber für alle Bürgerinnen und Bürger die Chance, eine bessere Zukunft mit zu gestalten – indem sie bewusst fair gehandelte Produkte kaufen (und genießen!) oder sich aktiv für den Fairen Handel engagieren. Immer mehr Menschen unterstützen diese Idee. Der Erfolg der Fairen Woche zeigt dabei eindrucksvoll, was der gemeinsame Einsatz bewirken kann. Durch den aktiven Beitrag tausender privater Unterstützer, Organisationen, Weltläden, Supermärkte, Bioläden und Gastronomiebetriebe ist der Faire Handel in der Mitte der Gesellschaft angekommen. Hierfür mein herzlichstes Dankeschön, insbesondere den vielen ehrenamtlichen Aktiven.

Gemeinsam können wir unsere Zukunft positiv gestalten und zu einer gerechteren Welt beitragen. Ich wünsche Ihnen eine erfolgreiche Faire Woche 2012!

Ihr
Dirk Niebel
Bundesminister für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung

Hinw. d. Red.: Grußwort entnommen aus den im bonner „Bioladen Momo e.K.“ ausgelegten Rezeptheften „Zukunft gestalten. Fair handeln!“, Herausgeber: Forum Fairer Handel e.V.; download und weitere Informationen: www.fairewoche.de

OLG Köln-Pressemitteilung vom 16.8.2012

Einzelhandel darf Rabattmarkenaktion nicht vorzeitig abbrechen

Der für Wettbewerbssachen zuständige 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln hat einer Einzelhandelskette untersagt, eine Rabattmarkenaktion vorzeitig abzubrechen, sofern auf diese Möglichkeit nicht in den Teilnahmebedingungen hingewiesen worden ist (Urteil vom 10. August 2012, Az: 6 U 27/12).

Im Streitfall hatte die beklagte Einzelhandelskette im Jahr 2011 eine Rabattmarkenaktion in Zusammenarbeit mit der Firma Zwilling durchgeführt. Kunden konnten beim Einkauf Rabattmarken erwerben und diese zum Vollkleben von Rabatt-

heftchen nutzen. Unter Vorlage dieser Rabattheftchen konnten sie sodann Messer der Marke Zwilling zu stark herabgesetzten Preisen erwerben. Die Aktion wurde ca. 2 Monate vor dem in den Teilnahmebedingungen angekündigten Termin beendet. Grund hierfür war die hohe Nachfrage, die über dem Erfolg früherer Rabattaktionen lag und die Kapazität des Messerherstellers erschöpft hatte.

Der Kläger, eine Verbraucherzentrale, nahm die Beklagte auf Unterlassung derartiger Sonderaktionen in Anspruch, wenn diese vorzeitig abgebrochen werden müssen, ohne dass auf diese Möglichkeit in den Teilnahmebedingungen hingewiesen werde. Das Landgericht Köln hatte in erster Instanz die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Verbraucherzentrale hat das Oberlandesgericht nun das Urteil abgeändert und der Klage stattgegeben.

Der Beklagten sei eine Irreführung des Verbrauchers vorzuwerfen, wird in der Urteilsbegründung ausgeführt. Zwar habe die Beklagte zunächst vorgehabt, die Aktion wie vorgesehen zu Ende zu führen und sei später nur deswegen davon abgerückt, weil der Erfolg von ihr unvorhergesehen so durchschlagend war, dass das Unternehmen auch unter Auslastung aller Kapazitäten die Nachfrage, die auf 4,5 Millionen Stück geschätzt wurde, nicht hätte befriedigen können. Jedoch erwarte der Verbraucher bei der Teilnahme an einer Rabattmarkenaktion, dass sich das anbietende Unternehmen so hinreichend mit den verbilligt angebotenen Waren eingedeckt habe, dass er auch gegen Ende des angekündigten Aktionszeitraumes noch von dem Angebot zum verbilligten Erwerb Gebrauch machen könne. Sei dies tatsächlich nicht der Fall, liege in der einschränkungslosen Angabe eines Endzeitpunktes des Sonderverkaufs eine Irreführung der Marktteilnehmer.

Zudem habe die Beklagte den großen Erfolg der Rabattmarkenaktion aufgrund ähnlich großer Erfolge früherer Aktionen voraussehen können und hätte sich daher ausreichend bevorraten müssen.

Der Senat hat die Revision zum Bundesgerichtshof zugelassen. Zur Frage der Irreführung durch den vorzeitigen Abbruch einer Rabattaktion liege bisher noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung vor.

Das Urteil wird in den nächsten Tagen im Volltext unter www.nrwe.de abzurufen sein.

KfW-Presseerklärung vom 23.8.2012

Deutsches Wirtschaftswachstum schwächt sich ab

- **Realwachstum von 1,0% in diesem Jahr und von 1,5% im Jahr 2013**
- **Investitionszurückhaltung der Unternehmen wächst**

Die Konsolidierungsrezession in den Krisenländern des Euroraumes vertieft sich und wirkt sich nun auch spürbar auf die deutsche Wirtschaft aus: Die anhaltend hohe krisenbedingte Unsicherheit und trübere Exportaussichten drücken auf die Stimmung der Unternehmen und schwächen ihre Investitionsbereitschaft. Die KfW korrigiert deshalb ihre Konjunkturprognose nach unten und rechnet in ihrem heute vorgelegten Konjunkturkompass für 2012 mit einem preis- und kalenderbereinigten Wirtschaftswachstum von 1,0% (Prognose im Mai: 1,2%). Für 2013 erwartet sie nur noch ein Plus von 1,5% (Prognose im Mai: 2,0%).

„Das Zukunftsvertrauen der deutschen Wirtschaft sinkt“, sagte Dr. Norbert Irsch, Chefvolkswirt der KfW Bankengruppe. „Die tiefe Rezession in den Krisenländern der Eurozone wird vor allem über den Außenhandel auch hierzulande zunehmend spürbar. In den Unternehmen wächst die Unsicherheit über künftige Absatzperspektiven – Investitionen werden aufgeschoben oder entfallen ganz. Diese Unsicherheit hat auch deshalb sehr

stark zugenommen, weil noch keine klare und für die Mehrheit der Unternehmen überzeugende Lösungsperspektive für die Eurokrise erkennbar ist.“

Die Exporterwartungen der deutschen Wirtschaft seien jüngst deutlich gefallen. Zudem könne man nicht damit rechnen, dass im zweiten Halbjahr vom Arbeitsmarkt der gleiche starke Schub für die Binnennachfrage komme wie bisher. Die saisonbereinigten monatlichen Indikatoren wie die leicht steigende Arbeitslosenzahl und die rückläufige Zahl offener Stellen deuten dies bereits an. „Wir erwarten im zweiten Halbjahr 2012 nur noch Quartalszuwächse von höchstens 0,2%, so dass die deutsche Wirtschaft im Gesamtjahr voraussichtlich um 1,0% wachsen wird.“

Die deutschen Wachstumsraten der Boomjahre 2010 (+4,0%) und 2011 (+3,1%) werden damit deutlich verfehlt. Irsch hob jedoch hervor: „Im aktuellen Krisenumfeld schlägt sich die deutsche Wirtschaft alles andere als schlecht.“

Deutschlands relative Stärke fuße auf seiner wettbewerbsfähigen Wirtschaft und deren weltweit begehrter Produktpalette. Gleichzeitig habe die Binnennachfrage von der seit Jahren günstigen Entwicklung am Arbeitsmarkt und den außerordentlich niedrigen Zinsen profitiert. „Unter der Prämisse, dass eine Stabilisierung der Eurokrise gelingt, bevor die Konjunktur auch in Asien und Amerika zu stark in Mitleidenschaft gezogen wird, dürfte die deutsche Wirtschaft die relative Schwächephase im Verlauf von 2013 überwinden und im kommenden Jahr um rund 1,5% wachsen.“

KfW-Presseerklärung vom 3. 9. 2012

Mittelstandskonjunktur: Krisenangst erfasst zunehmend auch die Binnenwirtschaft

- **Geschäftsklima im Mittelstand sinkt weiter**
- **Überraschend starker Stimmungseinbruch im Einzelhandel**
- **Konjunkturelle Schubkraft am Arbeitsmarkt flacht ab**

Die anhaltend hohe Unsicherheit über die Zukunft der Eurozone und die globale Wirtschaftsentwicklung hat die Stimmung im deutschen Mittelstand im August spürbar weiter nach unten gedrückt, wie das aktuelle KfW-ifo-Mittelstandsbarometer zeigt: Das Geschäftsklima der kleinen und mittleren Unternehmen ging um 3,4 Zähler auf nun 5,9 Saldenpunkte zurück und sank damit bereits zum sechsten Mal in Folge. Die Krisenangst erfasst zunehmend auch die deutsche Binnenwirtschaft, wie ein Blick auf die Entwicklung der einzelnen Branchen signalisiert. So verzeichnete der lange überaus positiv gestimmte Einzelhandel im August die stärkste Klimateintrübung aller Branchen.

Im August gingen beide Komponenten des mittelständischen Geschäftsklimas zurück. Die Urteile zur Geschäftslage verschlechterten sich um 2,8 Zähler auf 20,4 Saldenpunkte und erreichten damit ein Zweijahrestief. Die Geschäftserwartungen für die kommenden sechs Monate sanken um 3,9 Zähler und liegen nun mit -8,3 Saldenpunkten noch weiter unter der Nulllinie. Niedriger notierte der Erwartungsindikator zuletzt vor gut drei Jahren – im Juli des schweren Rezessionsjahres 2009.

Auch bei den Großunternehmen trübte sich das Klima weiter ein (-1,4 Zähler auf 0,4 Saldenpunkte). Die Abwärtskorrektur der Lageurteile war exakt genauso groß wie im Mittelstand (-2,8 Zähler auf 16,2 Saldenpunkte). Die Geschäftserwartungen der Großunternehmen gingen demgegenüber kaum zurück (-0,4 Zähler auf -15,0 Saldenpunkte); jedoch hatten die dramatischen Verschlechterungen in den beiden Vormonaten sie bereits auf ein Dreijahrestief gedrückt.

Zu dem über alle Größenklassen hinweg schwindenden Zukunftsvertrauen und der Erwartung einer erheblich nachlassenden Geschäftsdynamik passt, dass auch die Beschäftigungserwartungen auf breiter Front nachgaben. Sie konnten sich zwar trotz erneuter Rückgänge in beiden Größenklassen noch im positiven Bereich halten (Mittelstand: -1,9 Zähler auf 6,9 Sal-

denpunkte; Großunternehmen: -1,0 Zähler auf 8,8 Saldenpunkte). Allerdings sind auch diese Indikatoren inzwischen auf Zweijahrestiefs gefallen, sodass der Arbeitsmarkt künftig eine deutlich schwächere konjunkturelle Schubkraft entwickeln wird als in den zurückliegenden beiden Jahren.

Möglicherweise hat das inzwischen immer klarer absehbare Abflachen des Aufschwungs am Arbeitsmarkt dazu beigetragen, dass im August der lange außergewöhnlich gut gestimmte Einzelhandel in beiden Größenklassen diejenige Branche mit den stärksten Klimateintrübungen war (mittelständischer Einzelhandel: -8,4 Zähler auf 12,2 Saldenpunkte; Großunternehmen des Einzelhandels: -6,8 Zähler auf -2,1 Saldenpunkte). Wirklich nachvollziehbar ist dieses Ergebnis aber nicht: Insbesondere die Heftigkeit der Verschlechterung innerhalb nur eines Monats kontrastiert auffällig mit dem auch im August stabil positiven GfK-Konsumklima und den soliden Wachstumsimpulsen vom privaten Konsum noch im 2. Quartal. Der Klimateinbruch im Einzelhandel kann deshalb auch als Signal gedeutet werden, dass eine diffuse Krisenangst immer mehr auch in der Binnenwirtschaft um sich greift.

Damit bauen sich am Konjunkturhorizont erhebliche Abwärtsrisiken auf. In ihrer aktuellen Konjunkturprognose setzt die KfW darauf, dass der private Konsum die Wirtschaftsentwicklung zumindest so weit stabilisieren kann, dass auch im zweiten Halbjahr 2012 moderat positive Quartalszuwächse beim BIP und damit ein kalenderbereinigtes Realwachstum von 1,0% im Gesamtjahr erreichbar sind. Dies ist weiterhin das Hauptzenario der KfW. Denn angesichts des relativ schwankungsfälligen Antwortverhaltens im Einzelhandel könnte es sich bei dem heftigen Einbruch um einen Ausreißer handeln, der bald korrigiert wird. Würde sich in den kommenden Monaten aber ein Abwärtstrend bei wichtigen Konsumindikatoren erhärten, dürfte die deutsche Konjunktur stärker abkühlen als erwartet.

Eine ausführliche Analyse mit Datentabelle und Grafik zum aktuellen KfW-ifo-Mittelstandsbarometer ist unter www.kfw.de/mittelstandsbarometer abrufbar.

KfW-Pressemitteilung vom 1. 10. 2012

KfW-Investbarometer: Gute Investitionskonjunktur ist zu Ende

- **Unternehmensinvestitionen gehen 2012 um fast 2% zurück**
- **Globale Wachstumsschwäche und Rezession in Eurozone belasten**
- **Stabilisierung kommt 2013**

Die gute Investitionskonjunktur in Deutschland ist zu Ende: Die globale Wachstumsschwäche kombiniert mit der Rezession in der Eurozone führen zu Zurückhaltung in der Kapazitätsplanung der Unternehmen. Im zweiten Quartal haben die Unternehmensinvestitionen stärker nachgegeben als erwartet und werden 2012 spürbar um 1,7% gegenüber dem Vorjahr schrumpfen.

Die Kapazitätsauslastung im deutschen verarbeitenden Gewerbe ist eingebrochen. Es gibt wenig Bedarf für Erweiterungsinvestitionen. Die hohe Arbeitslosigkeit, die ausgeprägte Konsolidierungspolitik und die nach wie vor zu hohen Kreditrisikoaufschläge in den Krisenländern schwächen die Nachfrage aus der Eurozone ab. Die konjunkturelle Verlangsamung der Weltwirtschaft, insbesondere der chinesischen Wirtschaft, bremst zusätzlich.

„Leider müssen wir für das kommende Winterhalbjahr mit einem weiteren Rückgang der Unternehmensinvestitionen rechnen“, sagte Dr. Jörg Zeuner, Chefvolkswirt der KfW Bankengruppe. „Eine langsame Erholung setzt erst 2013 ein, nachdem die Weltwirtschaft ihr Tief durchschritten hat. Dann werden zunächst Exportaktivität und Kapazitätsauslastung anziehen. Später im Jahr folgen die Unternehmensinvestitionen. Im Gesamtjahr 2013 sollten sie um rund 1,0% zulegen.“

Für eine relativ stabile Investitionstätigkeit in Deutschland im nächsten Jahr – vor allem in den binnenwirtschaftlich orientierten Branchen Bau, Einzelhandel und Dienstleistungen – sprechen die niedrigen Zinsen und der ungestörte Kreditzugang im Inland. Die Politik der EZB ist in Deutschland erfolgreich.

Entscheidend für den Verlauf der Investitionskonjunktur bleibt jedoch die Entwicklung der Eurozone. Ein ausgeprägter Abschwung würde die deutsche Investitionstätigkeit erlahmen lassen. Das Risiko besteht. In vielen Ländern verschärft sich die fiskalische Gangart im neuen Jahr möglicherweise noch einmal. Die angestoßenen Reformen wirken nur langsam.

Die aktuelle Ausgabe des KfW-Investbarometers ist im Internet unter www.kfw.de/investbarometer abrufbar.

DStV-Pressemitteilung vom 25. 9. 2012

„Nein“ zur zwingenden Steuerbefreiung von Bildungsleistungen

Der Deutsche Steuerberaterverband e. V. (DStV) fordert den Gesetzgeber dringend auf, die mit dem Jahressteuergesetz 2013 (JStG 2013) geplante Neuregelung zur Steuerbefreiung von Bildungsleistungen zu überarbeiten. Das grundsätzlich lobenswerte Ziel der Regierung, einen kostengünstigeren Zugang zu Aus- und Fortbildungsveranstaltungen zu ermöglichen, wird weitestgehend nicht erreicht.

Hintergrund: Insbesondere Arbeitgeber werden durch die Pläne des Gesetzgebers benachteiligt. Da den Bildungsinstitutionen selbst künftig der Vorsteuerabzug aus bezogenen Vorleistungen (Anmietung von Schulungsräumen, Reisekosten etc.) verwehrt bleibt, werden die in den Eingangsleistungen enthaltenen Mehrwertsteuerbeträge in zukünftige Preiskalkulationen mit einfließen. Die Mehrheit der Unternehmen wird für die Fortbildung der eigenen Mitarbeiter ab 1. 1. 2013 daher tiefer in die Tasche greifen müssen.

Sofern die betroffenen Bildungsinstitutionen keine Möglichkeit zur Weiterbelastung der zusätzlichen Kosten haben, werden sie diese selbst tragen müssen. Dies wird auf Dauer für viele Bildungsanbieter existenzbedrohend sein.

Anlässlich der an diesem Mittwoch stattfindenden öffentlichen Anhörung zum JStG 2013 im Finanzausschuss des Bundestages hat der DStV bereits vorab eine Stellungnahme eingereicht. Darin legt er u. a. die weitreichenden Konsequenzen der Neuregelung zur Steuerbefreiung von Bildungsleistungen dar. Die gesamte Stellungnahme können Sie auf der Webseite www.dstv.de nachlesen.

Der Deutsche Steuerberaterverband e.V. ist der Dachverband von 15 Landesverbänden mit darin über 34.000 freiwillig organisierten Mitgliedern aus den steuerberatenden Berufen.

FDP-Bundestagsfraktion Pressemeldung vom 1. 10. 2012

SPD muss sich in Steuer-CD-Debatte ehrlich machen

Zu Medienberichten über die „Trickserei“ mit den Einnahmen im Zusammenhang mit den Steuer-CDs erklärt der finanzpolitische Sprecher und stellvertretende Vorsitzende der FDP-Bundestagsfraktion Volker Wissing:

Die Steuer-CD-Politik des nordrhein-westfälischen Finanzministers, Norbert Walter-Borjans wird zunehmend zur Posse. Zunächst wird dieser nicht müde zu betonen, dass sich mit dem Ankauf von Daten-CDs mehr Steuereinnahmen erzielen ließen, als mit dem deutsch-schweizerischen Steuerabkommen. Nun ist die nordrhein-westfälische Landesregierung nicht in der Lage,

nennenswerte Einnahmen aus dem Ankauf der letzten CDs zu belegen. Davon abgesehen stammt ein Großteil der Steuereinnahmen nicht aus dem Ankauf von CDs, sondern von Selbstanzeigen.

Die Steuer-CD-Politik der SPD ist damit grandios gescheitert und es zeigt sich, dass die SPD keine Alternative zu dem deutsch-schweizerischen Steuerabkommen vorzuweisen hat. Die SPD sollte daher ihre Steuer-CD-Posse beenden und sich ihrer Verantwortung stellen. Bisher gibt es nur einen Nutznießer der SPD-Politik: die Steuerhinterzieher, deren Delikte verjähren, während die SPD das Abkommen blockiert.

FDP-Bundestagsfraktion Pressemeldung vom 28. 9. 2012

Steinbrücks Anlauf zur Bändigung der Märkte ist eine Luftnummer

Zum von Peer Steinbrück in dieser Woche beworbenen Maßnahmenkatalog für die weitere Finanzmarktregulierung erklärt der Vizepräsident des Deutschen Bundestages und Vorsitzende des Arbeitskreises Wirtschaft und Finanzen der FDP-Bundestagsfraktion Hermann Otto Solms:

Die Wunschliste von Peer Steinbrück ist immerhin 25 Seiten lang. Bei näherer Betrachtung aber erweist sie sich als Luftnummer. 90 Prozent seiner Forderungen sind bereits Gegenstand nationaler oder europäischer Gesetzgebungsinitiativen. Sicherheitsnetze wie Bankenrestrukturierungsfonds und Einlagensicherung haben wir in Deutschland längst. Bereits heute müssen Banken Verbriefungen besser absichern und richten sich auf die künftig deutlich höheren Kapital- und Liquiditätsanforderungen ein. Zu Abwicklungsregimen, Rettungsfonds und Einlagensicherheit liegen ebenso wie zu vielen anderen von Steinbrück angesprochenen Fragen Vorschläge der EU-Kommission auf dem Tisch, die Deutschland maßgeblich vorantreibt. Das betrifft auch Ratingfragen, die Regulierung des Derivatehandels und des computergestützten Handels. Mit der Regulierung von Hedgefonds und Verbriefungen wurden und werden auch bei Schattenbanken wichtige Schritte getan. Weitere Sicherungsmechanismen treibt Deutschland in den internationalen Gremien aktiv voran, so zu Wertpapierleihen und Geldmarktfonds.

Insgesamt bestätigt Steinbrück damit die Arbeit dieser Koalition. Das Lob nehmen wir dankbar entgegen. Die wenigen weiteren Vorschläge, die Steinbrück dagegen setzt, halten jedoch einer fachlichen Prüfung nicht stand. Schlimmer noch, sie ignorieren die Bedürfnisse der deutschen Wirtschaft und gefährden die Wettbewerbsposition unserer Unternehmen. Mit der künstlichen Aufspaltung von Bankgeschäften erhöhen sich die Geschäftsrisiken und die Kosten für den Bankkunden. Kredite würden ebenso verteuert wie Sicherungsgeschäfte. Börsengänge und damit verbundene Garantien wären nicht mehr ohne weiteres finanzierbar. Ähnlich gefährlich sind pauschale Verbote, wie er sie beim Rohstoffhandel fordert. Vom Erzeuger und Hersteller bis zum Lieferanten wären die Preise weniger kalkulierbar. Die auf Rohstoffe angewiesene deutsche Industrie hätte erhebliche Wettbewerbsnachteile.

Noch gefährlicher aber sind Steinbrücks Vorschläge zu einem EU-Bankenfonds. Hier werden nicht nur die nationalen Sicherheitsnetze geschwächt und Risiken auf den Steuerzahler gewälzt. Es käme zu einer Haftungsvermischung zwischen verschiedenen Töpfen und zum Verantwortungschaos. Potenziert würden die Gefahren durch die nach Vorstellung von Steinbrück notwendige Einschaltung der EZB. De facto will er den Bankrettern eine Banklizenz und damit die Lizenz zum Gelddrucken geben. Der Bürger trägt abermals die Risiken, ob in Form von Inflation oder als Steuerzahler.

Im Ergebnis bleibt, Herrn Steinbrück für die weitgehende Unterstützung der Politik der christlich-liberalen Koalition zu danken. In den Punkten, wo er statt Finanzexpertise Populismus walten lässt, sollte er sein Konzept nochmal überdenken, zum Wohle des Standortes und der Bürger Deutschlands.

www.gut-netzwerk.de

HG Butzko – Newsletter vom 1.10.2012

Liebe Freunde und Förderer des politischen Kabarett

Was sagt man dazu? Wir bekommen einen neuen Bundeskanzler. Und er heißt (Trommelwirbel und Tusch!) Peer Steinbrück, besser bekannt als „das Zäpfchen von Helmut Schmidt“.

Peer Steinbrück, unser Lotse und Navigator, der Deutschland so super durch die Krise manövriert hat, indem er z B damals 25% der Commerzbank-Aktien gekauft hat. Ein Viertel der Commerzbank wurde unter Peer Steinbrück volkseigener Betrieb. Wenn das Erich Honecker noch erlebt hätte. Und was hat der Peer dafür bezahlt? 18 Milliarden Euro. Das war das Vierfache dessen, was diese Bank zu jenem Zeitpunkt insgesamt überhaupt noch wert war. Also das Vierfache bezahlen um ein Viertel zu kaufen! Was hat der Steinbrück sich dabei gedacht? Nun, er hat sich gedacht: „Das stimmt. Ein Viertel ist ein bißchen wenig. Besser gewesen wär ein Fünftel. Aber dann hätten wir ja das Fünffache bezahlen müssen.“

Und damit ist Peer Steinbrück auch bis auf den heutigen Tag mit seinem Gewissen komplett im Reinen, denn „Gewissen“ ist ja ein Befehl zur Fortbewegung der eigenen Erkenntnis, sprich: Geh, Wissen! (Zugegeben, ausgesprochen funktioniert dieser Gag besser als geschrieben! Egal!)

Und dieser Peer Steinbrück hat sogleich verkündet, er will 2013 Angela Merkel ablösen und wieder rot-grüne Politik machen. Und als ich das gehört habe, musste ich mir die Tränen aus dem Auge wischen. Ich weiß nur bis heute nicht, ob vor Lachen oder Weinen.

Denn nur mal so in die Runde gefragt:

- Wer saß denn noch mal bei uns in der Bundesregierung, in dem Jahr, als darüber diskutiert wurde, ob Griechenland in den Euro aufgenommen werden soll, oder nicht?
- Wer saß bei uns in der Bundesregierung, als Deutschland als erstes Land in Europa die Maastrichter Stabilitätskriterien verletzt hat?
- Wer saß bei uns in der Bundesregierung, als die Deregulierungen am „Kapitalstandort Deutschland“ auf den Weg gebracht wurden?
- Wer hat überhaupt den Begriff „Kapitalstandort Deutschland“ erfunden?
- Wer hat die Steuergeschenke für die Großkonzerne und Superreichen beschlossen?
- Und die große Umverteilung von unten nach oben eingeleitet?

Kleiner Tipp für die Antwort auf all diese Fragen: Fängt mit Rot an, hört mit Grün auf. Was uns nicht verwundern sollte, denn schon Goethe sagte: „Wenn man Rot und Grün mischet, bekömmmt man ein Grauen.“

Und nicht zu vergessen: Rot-Grün war die Regierung, die beschlossen hat, dass jemand, der durch Arbeit beispielsweise 100.00 Euro verdient, 33% Steuern zahlen muss. Wohingegen jemand, der 100.000 Euro durch Zinsen verdient, nur 25%. Und je mehr einer durch Arbeit verdient, umso mehr Steuern muss er zahlen. Je mehr aber einer durch Zinsen verdient, bleibt es bei 25%.

Das ist rot-grüner Kapitalismus, ökologisch einwandfrei: Wer von einer Kuh Milch haben möchte, muss dazu nicht selber auf die Weide. Wer melken will, lässt andere für sich ins Gras beißen.

Oder mit anderen Worten: Rot-Grün, das sind Leute, die sich heute über genau dieselben Heuschrecken beschwerten, die sie selber angelockt haben; das sind Leute, die ein Picknick veranstalten, und erstmal 5 Liter Marmelade auf der Decke ausschütten, um sich dann über diese vielen Wespen zu beklagen, diese schwarz-gelben Mistviecher!

Nikita Chruschtschow sagte mal: „Politiker sind eine seltsame Spezies. Sie versprechen den Leuten eine Brücke, auch wenn gar kein Fluss vorhanden ist.“ Hätte er Steinbrücke gesagt, hätten wir gewusst, wen er meint.

Wer diesen Letter kommentieren will, tut das entweder hier:

<http://www.butzkonline.de/blog/artikel/article/es-ist-ein-steinbrueck-okt-12.html>

oder hier: (Facebook, wird nicht mit GuT verlinkt, *Red.*), wo man auf meine Facebook-Seite gelangt, wenn man öfter als nur einmal im Monat Gedankengänge von mir lesen oder kommentieren will.

Ältere Letter zum Nachlesen gibt es übr. hier: (s. Homepage [butzkonline.de](http://www.butzkonline.de), *Red.*).

Und wer von meinen Hirnwindungen noch nicht genug hat, kann hier: (Amazon, wird nicht mit GuT verlinkt, *Red.*) mein Buch bestellen. Oder einen meiner Auftritte aufsuchen. Zumal ich jetzt ein brandneues Programm am Start habe. Es heißt „Herrschaftszeiten“ und ist bereits sehr viel versprechend angelaufen. Aber auch „Verjubelt“ ist noch nicht abgespielt, und wird mit Fortdauer der Eurokrise aktueller denn je.

Termine:

DI, 02.10.2012 – WESTERHOLT – Kolpinghaus
Verjubelt – Tickets: 0209 – 14 17 999

MI, 03.10.2012 – LANDSBERG am LECH – Stadttheater
Verjubelt – Tickets: 08193 – 999 166

FR, 05.10.2012 – MARBURG – KFZ
Verjubelt – Tickets: 06421 – 138 98

SA, 06.10.2012 – WESEL – Musik-u-Kunstschule
Verjubelt – Tickets: 02801 – 70 122

DO, 11.10.2012 – PASSAU – Scharfrichterhaus
Verjubelt – 0851 – 35 900

FR, 12.10.2012 – SEEFELD – Altes Sudhaus
Herrschaftszeiten – Tickets: 08152 – 980 897

SA, 13.10.2012 – GARMISCH-PARTENK. – U1
Herrschaftszeiten – Tickets: 08821 – 730 1995

SO, 14.10.2012 – LEIPZIG – Academixer
Verjubelt – Tickets: 0341 – 21 78 78 78

DO, 18.10.2012 – GAUTING – Kulturhaus Bosco
Herrschaftszeiten – Tickets: 089 – 45 23 85 80

FR, 19.10.2012 – FULDA – Kulturkeller „Kreuz“
Herrschaftszeiten – Tickets: 0661 – 240 230

SA, 20.10.2012 – ORTENBERG – Freschekeller
Herrschaftszeiten – Tickets: 06043 – 98 40 121

MI, 24.10.2012 – BAD VILBEL – Alte Mühle
Herrschaftszeiten – Tickets: 06101 – 55 94 55

DO, 25.10.2012 – HOFHEIM/TS – Stadthalle
Verjubelt – Tickets: 06192 – 202 270

FR, 26.10.2012 – ASCHAFFENBURG – Hofgarten
Herrschaftszeiten – Tickets: 06021 – 200 455

SA, 27.10.2012 – MECKENBEUREN – Kultur am Gleis 1
Herrschaftszeiten – Tickets: 07542 – 4711

Es gibt also viel zu Kucken. Drum raus aus Euren Fernsehsesseln, und hinein in die weite Welt der Kleinkunst.

Fracking am Niederrhein birgt Risiken

Umwelt- und Planungsausschuss tagte auf dem Gut Frohnenbruch

Das Fracking, also die Technologie zur unkonventionellen Gewinnung von Erdgas, birgt am Niederrhein besondere Risiken, da hier der Untergrund stark von geologischen Störungen geprägt ist. Dies erfuhr der Umwelt- und Planungsausschuss am Mittwoch, 5. September, von Dipl. Geologin Angela Herzberg von der RWW. Sie informierte über die fachliche Auseinandersetzung der Wasserwerksbetreiber mit dem Thema Fracking.

Das Einbringen großer, teils giftiger Flüssigkeiten in den Untergrund kann aus Sicht der Wasserwerksbetreiberin RWW für

ihre Gewinnungsbereiche nicht akzeptiert werden. Dennoch erlauben die bestehenden Rechtsvorschriften voraussichtlich kein generelles Verbot des Fracking.

Der Ausschuss war überzeugt, dass seine bisher schon kritische Einschätzung, speziell dieser Bergbautechnologie wie auch des Bergrechtes im Allgemeinen, durch die vorgetragenen Argumente der renommierten Geologin Herzberg gestützt werden. In den zu erwartenden bergrechtlichen Verfahren über die Bohr- und Gewinnungsrechte wird der unteren Wasserbehörde eine große Verantwortung zuwachsen.

Der vorsitzende Geschäftsführer der RAG Montan Immobilien GmbH, Prof. Hans-Peter Noll, stellte dem Ausschuss die Aufgaben und das Geschäftsmodell seines Unternehmens vor. RAG Montan Immobilien soll die aus der bergbaulichen Nutzung ausscheidenden Ruhrkohle-Immobilien sanieren und einer wirtschaftlichen Nutzung zuführen.

Wegen der vielen im Kreis Wesel betroffenen Standorte war es verständlich, dass nur ein Teil der Projekte angesprochen werden konnte. Der Ausschuss zeigte sich beeindruckt über die umfangreichen geplanten Maßnahmen und die innovativen Pläne, die Prof. Noll bereits vorweisen konnte. Die Kreispolitiker mahnten aber auch Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit und den Willen zur Zusammenarbeit mit den zu beteiligenden behördlichen Stellen an.

Der Ausschuss war in Kamp-Lintfort zu Gast bei der Familie Bird, die auf Gut Frohnenbruch in Kamp-Lintfort einen modernen Bio-Landwirtschaftsbetrieb betreibt. Hier informierten sich die Politiker vor Sitzungsbeginn über die Lage der Landwirtschaft im Kreis und die Rolle der Kreistierzuchtberatung.

Quelle: Kreis Wesel – Der Landrat – Presseinformation vom 6.9.2012

www.aktuelle-pressemappen.de / www.ruhrpresse.de vom 6.9.2012

Laute Laubbläser – was ist sinnvoll und erlaubt ?

Der Herbst naht und bald werfen die Bäume ihre Blätter ab. Häufig ist mit dem Entfernen des Laubes der Einsatz von Laubbläsern verbunden – mit entsprechendem Lärm. Der Laubbläser wirbelt zudem viel Feinstaub auf, der gesundheitlich ebenso wie der Lärm bedenklich ist.

Dazu das Umweltreferat der Stadt Gladbeck: Damit die Nachbarn nicht unnötig gestört werden, ist auf den richtigen Umgang mit den Geräten zu achten. Empfehlenswert sind besonders leise Geräte. Neue, lärmarme Geräte, sind mit dem EU-Umweltzeichen gekennzeichnet. Diese Geräte sind um bis zu 50% oder mehr leiser als alte Geräte.

Die Zeiten, in denen Laubbläser eingesetzt werden dürfen, sind in der „Geräte- und Maschinenlärmschutzverordnung“ (32. Bundesimmissionsschutzverordnung) geregelt. Hier gelten z. B. für Wohn- und Kleinsiedlungsgebiete folgende Regelungen:

Geräte mit dem EG-Umweltkennzeichen dürfen nicht an Sonn- und Feiertagen und werktags nicht zwischen 20 Uhr und 7 Uhr betrieben werden.

Geräte ohne EG-Umweltkennzeichen dürfen zusätzlich zum Verbot an Sonn- und Feiertagen an Werktagen nur von 9 Uhr bis 13 Uhr und von 15 Uhr bis 17 Uhr betrieben werden. Wer sich beim Einsatz von Laubbläsern nicht an diese Zeiten hält, handelt somit ordnungswidrig. Hier ist eine Anzeige beim Amt für öffentliche Ordnung möglich.

Ein Tipp: Laubwerk sollte konventionell mit Harke und Besen beseitigt werden. Dies schont nicht nur das Gehör der Nachbarn, sondern auch die eigenen Ohren. Aber: Nicht nur der Lärm von Laubbläsern ist schädlich: Bei Messungen in der Umgebung von Laubbläsern wurden extrem hohe Feinstaubbelastungen nachgewiesen, die im Vergleich zum Kehren um ein Vielfaches höher liegen und gesundheitlich bedenklich sind. Dieser Feinstaub kann aufgrund seiner geringen Größe direkt in die Lunge gelangen und zu Schädigungen führen.

Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgruppe „Junge Insolvenzrechtler“

der ARGE Insolvenzrecht und Sanierung und des FORUM Junge Anwaltschaft

9. Veranstaltung „Junge Insolvenzrechtler“ · Gläubigerrechte in der Insolvenz und Haftung des Insolvenzverwalters

| | | |
|--|-------------|---|
| Veranstaltungsnummer: 91754-12 | 14.45–16.15 | Haftung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, Teil 1 |
| Veranstaltungstermin: Freitag, 7. Dezember 2012 von 09:30 bis 18:00 Uhr | | Rechtsanwältin Dr. Ulrike Jansen |
| Veranstaltungsort: Best Western IB Hotel Friedberger Warte Homburger Landstraße 4, 60389 Frankfurt | 16.15–16.30 | Kaffeepause |
| Referenten: Rechtsanwältin Dr. Ulrike Jansen, Köln Rechtsanwalt Dr. Christian Wolf, Köln | 16.30–18.00 | Haftung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, Teil 2 Rechtsanwältin Dr. Ulrike Jansen |
| Seminarbetreuung: Rechtsanwältin Dr. Claudia R. Cymutta, Mannheim | | |

Programm

| | |
|-------------|---|
| 09.00–09.30 | Begrüßungskaffee |
| 09.30–11.00 | Gläubigerrechte in der Insolvenz, Teil 1 Rechtsanwalt Dr. Christian Wolf |
| 11.00–11.30 | Kaffeepause |
| 11.30–13.00 | Gläubigerrechte in der Insolvenz, Teil 2 Rechtsanwalt Dr. Christian Wolf |
| 13.00–14.00 | Mittagessen |
| 14.00–14.45 | Mitgliederversammlung und Wahlen |

Anmeldung

Die Teilnahmegebühr beträgt 175 € einschl. der Kosten für Getränke und das Mittagessen, für Mitglieder der Arbeitsgruppe „Junge Insolvenzrechtler“ und Juniormitglieder beträgt sie 80 €. Auch nichtanwaltschaftlich Interessierte sind herzlich willkommen. Anmeldungen bitte an die Deutsche Anwaltakademie, Detlef Zabel, Littenstraße 11, 10179 Berlin, Tel. 030/726153184, Fax 030/726153188, zabel@anwaltakademie.de. Eine Teilnahmebescheinigung zur Vorlage gem. § 15 FAO wird erteilt.

Arbeitsgruppe „Junge Insolvenzrechtler“

Die Arbeitsgruppe wurde als Untergruppierung der ARGE Insolvenzrecht und Sanierung 2008 in Zusammenarbeit mit dem FORUM Junge Anwaltschaft gegründet. Die Arbeitsgruppe bietet jungen Schuldner- und Gläubigervertretern, Insolvenzverwaltern und Treuhändern ein Diskussions- und Fortbildungsforum zu insolvenzrechtlichen Themen. Info: www.arge-insolvenzrecht.de.

GUT

G 58438

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH,
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

Auch der Naturschutz ist dankbar: Für Tiere, wie z. B. den Igel, ist der Einsatz von Laubbläsern ein Risiko und das Kehren schonender.

Es gibt also viele Argumente, den Einsatz von Laubbläsern zu überdenken. Wenn man sich allerdings für den Einsatz dieser Geräte entscheidet, sollte dann auf jeden Fall auf ein neues, modernes Gerät zurückgegriffen werden und der Einsatz auf so kurze Zeit wie möglich beschränkt werden.

Quelle: Presseinformation der Stadt Gladbeck – Der Bürgermeister

www.aktuelle-pressemappen.de/ www.ruhrpresse.de v. 6. 9. 2012

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 70/2012 vom 2. 10. 2012

Erfolgslose Verfassungsbeschwerde gegen die Erhebung von Rundfunkgebühren für internetfähige PCs

Der Beschwerdeführer ist Rechtsanwalt und nutzt den PC in seiner Kanzlei unter anderem für Internetanwendungen. Er empfängt damit keine Rundfunksendungen und verfügt auch nicht über herkömmliche Rundfunkempfangsgeräte.

Die Rundfunkanstalt setzte Rundfunkgebühren für den internetfähigen PC fest. Die hiergegen gerichtete Klage des Beschwerdeführers wies das Bundesverwaltungsgericht letztinstanzlich ab. Der internetfähige PC sei ein Rundfunkempfangsgerät, das der Beschwerdeführer zum Empfang bereithalte. Die hierfür erhobenen Gebühren verletzen den Beschwerdeführer nicht in seinen Grundrechten.

Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht zur Entscheidung angenommen, weil die Annahmeveraussetzungen nicht vorliegen (Beschluss vom 22. 8. 2012 – 1 BvR 199/11). Der Beschwerdeführer ist durch die Erhebung von Rundfunkgebühren für seinen internetfähigen PC nicht in seinen Grundrechten verletzt.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zugrunde:

1. Die angegriffene Entscheidung verletzt den Beschwerdeführer nicht in seinem Recht auf Informationsfreiheit. Zwar wird der Beschwerdeführer durch die Erhebung der Rundfunkgebühr in der Beschaffung und Entgegennahme von Informationen aus dem Internet behindert. Dieser Eingriff ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Die Rundfunkgebühr für internetfähige PCs wird auf einer formell verfassungsmäßigen Grundlage erhoben. Sie unterfällt der Gesetzgebungskompetenz der Länder für den Bereich des Rundfunks. Es handelt sich nicht um eine Steuer, sondern um eine Vorzugslast. Die Gebühr ist an den Status als Rundfunkteilnehmer geknüpft, der durch das Bereithalten eines Rundfunkempfangsgerätes begründet wird. Die maßgeblichen Vorschriften des Rundfunkgebührenstaatsvertrags verstoßen zudem nicht gegen das Bestimmtheitsgebot.

Die Rundfunkgebührenpflicht für internetfähige PCs ist, wie das Bundesverwaltungsgericht in der angegriffenen Entscheidung zutreffend begründet hat, nicht unverhältnismäßig. Sie dient der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Zur Erreichung dieses Ziels ist die Gebührenerhebung geeignet und erforderlich. Zugangssperren stellen kein gleich wirksames Mittel dar, weil Zweifel an ihrer Umgehungssicherheit bestehen und sie mit dem Grundversorgungsauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks kollidieren würden. Die Erhebung von Rundfunkgebühren für internetfähige PCs ist zudem nicht unangemessen. Der Beschwerdeführer wird nicht unmittelbar daran gehindert, sich aus dem sonstigen Angebot des Internets zu informieren, sondern hierfür lediglich mit einer verhältnismäßig niedrigen Zahlungsverpflichtung in Höhe der Grundgebühr belastet. Dieser nur geringen Beeinträchtigung der Informationsfreiheit steht mit der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ein Zweck von einigem Gewicht gegenüber.

2. Die Abgabepflicht für den als Arbeitsmittel verwendeten internetfähigen PC stellt schon keinen Eingriff in die Berufsfreiheit dar, weil es an einem unmittelbaren Bezug zur beruflichen Tätigkeit des Beschwerdeführers oder an einer objektiv berufsregelnden Tendenz fehlt.

3. Zudem liegt keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes vor. Die Gleichbehandlung von Besitzern herkömmlicher und neuartiger Rundfunkempfangsgeräte beruht auf einem vernünftigen, einleuchtenden Grund. Sie soll einer drohenden „Flucht aus der Rundfunkgebühr“ begegnen und dadurch die funktionsadäquate Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks gewährleisten. Auch die Ungleichbehandlung der Inhaber von internetfähigen PCs gegenüber Personen ohne Empfangsgerät ist gerechtfertigt. Der Nutzungsvorteil aus der Bereithaltung eines Empfangsgeräts stellt ein sachliches Differenzierungskriterium dar.

Hinw. d. Red.: Zur vorgesehenen neuen „Haushalts- und Betriebsstättenabgabe“ ab 2013 und zu Weiterem vgl. z. B. die private Homepage www.pc-gebuehr.de. Zur Zweitgeräte-Befreiung (bereits angemeldetes herkömmliches Rundfunkgerät in derselben Wohnung oder demselben Betrieb) vgl. BVerwG 6 C 12.09, 6 C 17.09, 6 C 21.09.



Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn