

Gewerbemiete Und Teileigentum

9–10/08

8. Jahrgang

Heft 44

September/Oktober 2008

S. 313–412

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

E. Streyl: Zum Identitätserfordernis in § 566 BGB

W.-D. Deckert: WEG schon wieder reformbedürftig?

Wirtschaft und Verbände

A. Merkel: Unternehmertag

gif: Braucht der Markt die Verkaufsfläche?

Gewerbemiete

Jagdrecht; Windkraftanlagen im Revier (LG Neuruppin)

Arglist-Anfechtung neben fristloser Kündigung (BGH)

Änderungsschneiderei und Wohnnutzung (OLG Stuttgart)

Ladenöffnungszeiten im EKZ (BGH)

Darlegungspflicht zur BK-Vereinbarung (OLG Düsseldorf)

Gaststättenräume; Fensterängel (AG Landsberg)

Wirtschaftlichkeit der Heizungsanlage (KG)

Lebensmittel-Discountmarkt; Graffiti; Scratching (LG Berlin)

Auskunft über Untermieter (LG Nürnberg-Fürth)

Metzgereigeschäft im EKZ; Kündigung (OLG Stuttgart)

Erheblicher Mietrückstand (BGH)

Duldungspflichtige Energiesparmaßnahme (BGH)

Maklerprovision bei Zwangsversteigerung (OLG Naumburg)

Räumungsvollstreckung gegen Besitzer (BGH; LG Köln)

Teileigentum

Disko-Gaststätte in der Wohnanlage (OLG Schleswig)

Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet – Umschau Oktober 2008

Ebay; Unternehmer als Käufer (OLG Koblenz)

Pressefreiheit zum Thema Einkaufszentren (OLG Hamburg)

Besteuerung

K.-Chr. Callsen, Steuern – Umschau Oktober 2008

Magazin

Inhalt

Beiträge

E. Streyl,
**Zum Identitätserfordernis in § 566 BGB
zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom
9. April 2008 – XII ZR 89/06 – GuT 2008, 287** 317

W.-D. Deckert,
**Wohnungseigentumsgesetz – schon wieder
reformbedürftig?
– Interview des Haufe Verlags, Freiburg,
mit RA Dr. Deckert, München –** 320

Wirtschaft und Verbände

A. Merkel,
**Rede auf dem Unternehmertag des
Bundesverbandes des Deutschen Groß- und
Außenhandels e.V. (BGA) am 29. Oktober 2008
in Berlin** 322

Deutscher Steuerberaterverband e.V. (DStV),
**„Unternehmen steuern“
31. Deutscher Steuerberatertag in Bonn** 326

Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche
Forschung e.V. (gif),
Braucht der Markt die Verkaufsfläche?

Gewerbemiete

Jagdrecht; Arglist-Anfechtung des Vertrags;
Aufklärungspflicht der Jagdgenossenschaft über
Planung von Windkraftanlagen im Revier;
Schadensersatz c.i.c. (LG Neuruppin) 327

Geschäftsraummiete; Anfechtung wegen arglistiger
Täuschung neben fristloser Kündigung; Umsatzsteuer
bei Anspruch auf Wertersatz (BGH) 330

Gewerberaummierte; Großküche; Krankenhaus;
Altenheim; Schriftformmangel; Kündigung;
Amortisation der Investition (BGH) 335

Gewerberaummierte; Laden; Änderungsschneiderei;
Wohnnutzung weiterer Mietflächen;
Mischmietverhältnis; Staffelmiete (OLG Stuttgart) 336

Ladengeschäft im Einkaufszentrum EKZ; Regelung der
Öffnungszeiten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGB des Mietvertrags; Transparenzgebot; Änderung
des Ladenschlussgesetzes (BGH) 339

Gewerberaummierte; Darlegungspflicht zur
Betriebskostenvereinbarung; Investitionen des Mieters;
Herausgabe der Bereicherung (OLG Düsseldorf) 341

Gewerberaummierte; Schadensersatzanspruch wegen
unterlassener Schönheitsreparaturen,
Rückbauverpflichtungen oder Mängelbeseitigungen;
endgültige Erfüllungsverweigerung (KG) 342

Gewerberaummierte; Gaststättenräume; Mängel der
Fenster; Minderung; Instandsetzung
(AG Landsberg am Lech) 343

Gewerberaummierte; Mangel; Wirtschaftlichkeit der
Heizungsanlage bei Fernwärme-Lieferung;
Modernisierungsanspruch des Mieters;
Mindeststandard der Mietsache (KG) 344

Gewerberaummierte; Obhutspflicht des Vermieters;
Publikumsverkehr im Verkaufsgeschäft;
Mängelanzeigepflicht; mietvertragliche
Verkehrssicherungspflicht des Vermieters und
des Mieters (OLG Düsseldorf) 345

Geschäftsraummiete; Supermarkt;
Lebensmittel-Discountmarkt; Graffiti; Verkratzungen
der Glasscheiben; sog. Scratching; Mangel;
Aufwendungsersatzanspruch des Mieters bei
Mängelbeseitigung (LG Berlin) 347

Gewerberaummierte; Auskunft über Untermieter
und Besitzüberlassung an Dritte (LG Nürnberg-Fürth) 348

Gewerberaummierte im EKZ; Metzgereifachgeschäft;
Zahlungsverzug bei Lastschriftverfahren;
Zahlungsverzögerungen; treuwidrige fristlose
Kündigung (OLG Stuttgart) 349

Gewerberaummierte; Backshop; erheblicher
Mietrückstand; Zahlungsverzug; überhöhte Miete;
Mietwucher; Mängel; Konkurrenzschutz-Verletzung
(BGH) 353

Grundstücksmiete; Erholungsgrundstück; jährlicher
Mietzahlungstermin; Zahlungsverzug über mehr als
einen Termin; Sonderkündigungsrecht gegenüber
Erben des Nutzers; Schuldrechtsanpassung (BGH) 357

Geschäftsraummiete; Rückgabe der Mietsache;
Schlüsselrückgabe; unvollständige Räumung
(OLG Düsseldorf) 359

Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Pressendienste Medien und Kultur GmbH, Wolkenburg-
weg 1, 53227 Bonn; Postfach 30 13 45, 53193 Bonn. Telefon 02 28 / 47 63 78,
Telefax 02 28 / 47 09 54. Internet: <http://www.prewest.de> e-mail: info@prewest.de

Anzeigenverwaltung: Verlag; Anzeigenpreisliste 4/2008.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Neusser Straße 6,
41542 Dormagen, Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 73 / 5 21 90 54, Telefax
0 21 33 / 22 04 29, ISDN 0 21 33 / 22 04 32, e-mail: kontakt@kluth-dtp.de,
Internet: www.kluth-dtp.de

Druck: Koch Druckerei & Verlags GmbH, Kaarster Straße 153, 41462 Neuss,
Telefon 0 21 31 / 1 24 74-0, Telefax 0 21 31 / 1 24 74-20, e-mail: koch-druckerei@t-online.de

Erscheinungsweise: monatlich, darin 2-Monats-Doppelhefte nach Bedarf. Preise
(unverbindlich empfohlen): Einzelheft 16,00 €, Doppelheft 25,00 €, jew.
inkl. 7% MwSt. zzgl. Porto. Jahresabonnement (Neuabonnements) ab 1.1.2008:
159,43 € einschl. 9,- € Versand und 10,43 € MwSt, zahlbar zu Beginn des
Abonnementszeitraumes. Auslandsabonnement: 174,80 € (inkl. Versand und
ggf. MwSt). Bei Neueinrichtung eines Abonnements wird eine anteilige Jah-
resrechnung erstellt. Abonnementskündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wo-
chen 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 Adressum-
meldung 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.

Raummiete; duldpflichtige Maßnahme zur Einsparung von Energie; Anschluss an das KWK-Fernwärmenetz (BGH)

Geschäftsraummiete; Anmietung für den GmbH-Geschäftsführer zur Büro- und Wohnnutzung; Reihenhaus (BGH)

Maklerprovision; Eigentumserwerb im Rahmen der Zwangsversteigerung; Kausalitätserfordernis (OLG Naumburg)

Pkw-Stellplatzmiete; Verkehrssicherungspflicht; Winterdienst; allgemeines Lebensrisiko (OLG Düsseldorf)

Prozessrecht

– Europa; Gerichtsstand; Miete von unbeweglichen Sachen; Urlaubswochen in spanischer Ferienanlage (BGH – nur Leits. mit PM)

– Untermiete, Befangenheitsbesorgnis; Vorbefassung im Räumungsrechtsstreit der Parteien des Hauptmietvertrags; Zurückweisungsbeschluss im Berufungsverfahren (KG)

– Pacht von Gewerberaum; Räumungsvollstreckungsschutz durch das Revisionsgericht; Schutzantrag im Berufungsverfahren im Verhältnis zur einstweiligen Anordnung (BGH)

– Gewerberaummiete; Räumungsvollstreckung; Räumungstitel gegen Dritten / Untermieter im Besitz der Mietsache; Bedienstete, Besucher; Gewerberäume im Erdgeschoss des Hotels (BGH)

– Räumungsvollstreckung gegen GmbH; persönlicher Mitbesitz des Geschäftsführers (LG Köln)

– Gewerberaummiete; Untermiete; einstweilige Verfügung auf Rückgabe bei verbotener Eigenmacht gegen den Herausgabe beanspruchenden Untervermieter (KG)

Kurzfassungen / Leitsätze Gewerbemiete etc.

Teileigentum

359 Verpachtetes Teileigentum; Diskothek-Gaststätte in der Wohnanlage; Verwendungszweck; Gebrauchsregelung; Funktionsbezeichnung; störender Lärm (OLG Schleswig) **372**

361 Teileigentum; Supermarkt; Getränkelager auf dem überbauten Nachbargrundstück; Überbau aufgrund zwischenzeitlich beendeten Mietvertrags; Beseitigungsanspruch (BGH) **374**

362 Kurzfassungen / Leitsätze Teileigentum etc. **374**

Wettbewerb

D. Dingeldey, Internet – Umschau Oktober 2008 **375**

364 Fernabsatz; Ebay; Unternehmer als Käufer; neutraler Phantasienamen kein Indiz für privaten Ebay-Account – „jocus...“ (OLG Koblenz) **378**

365 Wettbewerb; Buchvertrieb; Pressefreiheit; Thema Einkaufszentrum EKZ; Stadtentwicklung; Polemik; teilweise Unrichtigkeiten (OLG Hamburg) **379**

366 Wettbewerb; Kosten eines Abwehrenschriftens (BGH) **387**

366 Unwirksamkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots für vom Gläubiger weder ausgeübte noch beabsichtigte Tätigkeit; Umsatzsteuerpflicht bei Vertragsstrafe (OLG Koblenz) **388**

Kurzfassungen / Leitsätze Wettbewerb etc. **389**

Besteuerung

367 K.-Chr. Callsen, Steuern – Umschau Oktober 2008 **389**

368 BMF-Schreiben: Abziehbarkeit des Drittaufwands **391**

Kurzfassungen / Leitsätze Steuerrecht etc. **392**

Magazin

370 Politik und Recht **393**

Geschäftsraummiete – Vertragsgestaltung leicht gemacht!



RA/FA für Miet- und WEG-Recht
Kai-Jochen Neuhaus
Handbuch der Geschäftsraummiete
Recht – Praxis – Verwaltung
3. Auflage 2008
1.383 Seiten, mit CD-ROM
Preis 88,- €
ISBN 978-3-89655-321-8

Der Geschäftsraummietvertrag ist grundlegend für Ihre Arbeit, egal ob Sie als Vermieter, Mieter oder Immobilienverwalter fungieren. Umso mehr Bedeutung kommt Ihrem Fachwissen bei der **Gestaltung des Geschäftsraummietvertrages** zu. Wie lang sollte die Mietzeit sein? Was passiert im Fall einer Insolvenz? Aus welchen Gründen kann gekündigt werden?

Mit der aktuellen Auflage des „Neuhaus“ haben Sie alle Besonderheiten der Geschäfts-

raummiete im schnellen Zugriff. Die oft feinen, aber folgeschweren Unterschiede sowie die unübersichtliche Rechtsprechung werden hier **anschaulich und praxisorientiert** erläutert.

Fordern Sie noch heute Ihr Probeexemplar an.

Am besten sofort bestellen:
Telefon: 0 22 03/10 02 79,
Fax: 0 22 03/10 02 195
E-Mail: bestellung@lexisnexis.de
oder bei Ihrem Buchhändler.

ZAP

 LexisNexis®



Deutscher Mietgerichtstag 2009

Kongresszentrum Westfalenhallen Goldsaal, Rheinlanddamm 200, Dortmund

Mietrecht und Wirtschaftlichkeit

Freitag, 20. März 2009

- 9.30 Begrüßung
- 9.45 **Die Zukunft unserer Städte – Stadtentwicklung, Bevölkerungswandel, Energiefragen, Wohnungsstrukturen**
Festvortrag Prof. Dr. Walter Siebel, Oldenburg
- 10.45 Kaffeepause
- 11.15 **Das Gebot der Wirtschaftlichkeit**
Referent: PD Dr. Markus Artz, Trier
- 13.00 gemeinsames Mittagessen
- 14.30 **Arbeitskreise**
- 1. Die Grundsanierung als Problem der Schönheitsreparaturen**
Einführung von RA Hans-Joachim Gellwitzki, Berlin; Leitung: VRiLG a.D. Dr. Hans Langenberg, Hamburg
- 2. Nutzungsänderungen bei der Gewerberaummiete**
Einführung von RA Prof. Dr. Willi Joachim, Bielefeld; Leitung: RA Rüdiger Dorn, Detmold
- 3. Anpassung der Betriebskostenvorauszahlungen**
Einführung von RiOLG Dirk Both, Rostock; Leitung: RiLG a.D. Hubert Blank, Mannheim
- 4. Aktuelles zur Mieterinsolvenz –**
Einführung von RiBGH Gerhard Pape, Karlsruhe; Leitung: RiBGH Hans-Jörg Kraemer, Karlsruhe
- 16.00 Kaffeepause
- 16.30 **Arbeitskreise**
- 5. Grenzen der Abwälzung der Instandhaltungspflicht des Gewerberaummieters**
Einführung von RiBGH Hans-Joachim Dose, Karlsruhe; Leitung: RA Jürgen Fritz, Düsseldorf
- 6. Versorgungssperre im Mietrecht**
Einführung von VRiLG Elmar Streyll, Krefeld; Leitung: Ass. iur. Eckhard Bachmann, Berlin
- 7. Heilungsvereinbarungen bei Nichtigkeit von Mietvertragsklauseln**
Einführung von Dr. Dominik Klimke, Berlin; Leitung: Prof. Dr. Wolfgang Hau, Passau
- 8. Die insolvenzfeste Anlage der Mietkaution**
Einführung von VRiOLG a.D. Hans-Georg Eckert, Rostock; Leitung: Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen
- 19.00 gemeinsames Abendessen

Samstag, 21. März 2009

- 9.00 **Die Schönheitsreparaturpflicht des Vermieters**
Referentin: VPräsAG Dr. Beate Flatow, Kiel
- 9.45 **Anspruchsgrundlage und Einwendungen bei Betriebskostenabrechnungen**
Referent: RiLG a.D. Hubert Blank, Mannheim
- 10.30 Kaffeepause
- 11.00 **Verjährung vor Vertragsende**
Referent: RA Dr. Arnold Lehmann-Richter, Berlin
- 11.45 **Die Last mit der zweiten Miete**
Teilnehmer: RA Lukas Siebenkotten, Deutscher Mieterbund; Ass.iur. Eckhard Bachmann, GdW; Jens Lattmann, Deutscher Städtetag; Holger Kämpf, Vattenfall Europe AG
Diskussionsleitung: Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen

nichtöffentlicher Teil

ca. 13.30 Mitgliederversammlung des Deutschen Mietgerichtstages e.V.

Tagungsbeitrag: 170,- € für Mitglieder des Deutschen Mietgerichtstages e.V., sonst 250,- €;
inkl. Kaffeepausen sowie Mittag- und Abendessen am 20. 3. 2009.

Anmeldung: Online unter www.mietgerichtstag.de oder schriftlich an Deutscher Mietgerichtstag e.V.,
Postfach 02 10 41, 10121 Berlin; Fax 030/2232346. Anmeldung von Nichtmitgliedern
erst ab 15.1.2009 möglich.

Hotel: Im Parkhotel, Strobelallee 41, 44139 Dortmund, steht bis zum 15. 2. 2009 ein Zimmerkontingent
zum Abruf bereit. Stichwort „Mietgerichtstag“. Telefon 02 31 / 12 04-230, Fax 02 31 / 12 04-555.

Elmar Streyll, Vorsitzender Richter am Landgericht Krefeld

Zum Identitätserfordernis in § 566 BGB

zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 9. April 2008 – XII ZR 89/06 – GuT 2008, 287

Das hergebrachte Rechtssprichwort „Kauf bricht nicht Miete“ hat seinen gesetzlichen Niederschlag in § 566 BGB gefunden. Obwohl die Vorschrift weitgehend unverändert seit Inkrafttreten des BGB existiert (vor der Mietrechtsreform als § 571 BGB a. F.), sind viele Fragen ungeklärt. Ein Problemfeld ist das sog. Identitätserfordernis.

I. Grundsatz

Nach dem Wortlaut des § 566 Abs. 1 BGB muss der Vermieter Veräußerer des Mietobjektes sein („vom Vermieter ... veräußert“). Über diese Identität von Vermieter und Veräußerer hinaus muss aber der Vermieter in der Regel auch Eigentümer sein, es muss also eine Identität zwischen Vermieter, Veräußerer und Eigentümer¹ geben. Das folgt aus dem Gedankengang bzw. der Schlussfolgerung, dass Veräußerung Eigentumsübergang bedeutet² und dass grundsätzlich nur der Eigentümer das Grundstück veräußern kann³. Der BGH⁴ begründet das Identitätserfordernis hingegen mit der bürgengleichen Haftung in § 566 Abs. 2 BGB; der Veräußerer solle nicht wie ein Bürge für Verpflichtungen haften, die nicht in seiner Person (als Eigentümer), sondern in der Person eines Dritten (des Vermieters) bestehen. Diese Argumentation ist allerdings nicht tragfähig⁵: In § 566 Abs. 2 BGB ist nämlich nicht die Haftung des Veräußerers (Eigentümers) festgeschrieben, sondern die Haftung des Vermieters. Wenn es dem Vermieter gelingt, das Grundstück zu veräußern, obwohl es ihm nicht oder nicht allein gehört, führt das nicht zur Haftung des Eigentümers, es bleibt vielmehr bei der alleinigen Haftung des Vermieters. Diese Sicht entspricht auch dem Sinn des § 566 Abs. 2 BGB, dem Mieter nach dem „Zwangswechsel“ seines Vertragspartners wenigstens das ursprüngliche Haftungssubjekt zu erhalten, falls der Erwerber als neuer Vermieter sich nicht als ausreichend leistungsfähig oder leistungswillig erweisen sollte.

Dennoch hat der BGH im Ergebnis Recht. Wenn man die – nachfolgend darzulegende – Wertung hinter dem Identitätserfordernis erkennt, werden auch manche Zweifelsfragen klar. Das Bestandsschutzinteresse des Mieters, also der Übergang des Vertrages auf den neuen Eigentümer, erfordern das Identitätserfordernis nicht, im Gegenteil, es kann dem Bestandsschutz entgegenstehen, wenn ein Nichteigentümer vermietet hat, weil das Mietverhältnis dann grundsätzlich nicht auf den Erwerber übergeht. Das Identitätserfordernis ist vielmehr zum Schutz des Grundeigentümers geboten. Die Vermietung eines Grundstücks (oder von Teilen desselben) stellt eine Belastung in dem Sinne dar, dass sie den Eigentümer zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet und ihn in der freien Eigennutzung hindert. Eine solche Belastung ist, selbst wenn sie rentabel ist, nur dann gerechtfertigt, wenn der Eigentümer sie sich selbst auferlegt hat oder andere hierzu ermächtigt hat – eine Ermächtigung zur Fremdvermietung und Gebrauchsüberlassung bzw. Besitzverschaffung kann auf eine analoge Anwendung des § 185 BGB⁶ oder jedenfalls auf dessen Rechtsgedanken gestützt werden. Deswegen darf die Belastung durch ein Mietverhältnis bei einem Eigentumswechsel auch nur dann an den Erwerber als neu-

en Eigentümer weitergegeben werden, wenn sie auf den alten Eigentümer zurückgeht⁷. Ansonsten würde möglicherweise der Verkehrswert oder die Verkehrsfähigkeit des Grundstücks negativ beeinflusst. Das Identitätserfordernis ist damit kein Ausdruck eines Vertrauenserfordernisses des Mieters in die Eigentümerstellung des Vermieters, sondern besteht im Interesse des Grundstückseigentümers. Bei der Anwendung spielt es deswegen keine Rolle, ob der Mieter berechtigterweise vom Eigentum des Vermieters ausgehen durfte oder ob er sich des Eigentums (etwa durch Grundbucheinsicht) hätte vergewissern können oder müssen; derartige Erfordernisse oder ein guter Glaube in das Eigentum sind dem Tatbestand des § 566 BGB nicht zu entnehmen und entsprechen auch nicht dem Gesetzeszweck.

II. Zeitpunkt

Nach der soeben entwickelten Wertung reicht es aus, wenn das Identitätserfordernis, also die Identität zwischen Vermieter und veräußerndem Eigentümer, zum Zeitpunkt des Eigentums-

- 1) Die Eintragung einer Auflassungsvormerkung reicht nicht; siehe dazu grundlegend BGH NJW 1954, 953; bestätigt durch BGH NJW 1989, 451 = WuM 1989, 141; BGH NJW 2003, 2159 = GuT 2003, 132. Dem folgen Emmerich in: Staudinger (2006), § 566 Rdn. 6, 21 und 26; Eckert in: Festschrift Blank (2006) S. 132; Otte in: Gedächtnisschrift Sonnenschein (2003), S. 187.
- 2) Streyll ZMR 2008, 602.
- 3) So auch Emmerich in: Staudinger (2006), § 566 Rdn. 21 m.w.N., Grooterhorst/Burbulla NZM 2006, 248 und – allerdings ohne Begründung – BGH NJW 2003, 2159 = GuT 2003, 132; BGH GuT 2004, 62 = NJW-RR 2004, 657; OLG Düsseldorf ZMR 2007, 33 = GuT 2006, 318; OLG Hamm ZMR 1999, 817 = WuM 1999, 682; OLG Celle ZMR 2000, 284 = WuM 2001, 46 KL (Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 20 versteht die beiden OLG-Entscheidungen nicht in diesem Sinn, obwohl dort von der „Identität zwischen Vermieter und veräußerndem Eigentümer“ bzw. „Identität zwischen dem Veräußerer, Vermieter und Eigentümer“ die Rede ist). A.A., also gegen die Bejahung eines Identitätserfordernisses, wohl Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 20, der sich auf die Betrachtung des Wortlautes beschränkt und so nur von dem Erfordernis der Identität von Vermieter und Veräußerer ausgeht, aber zu ähnlichen Ergebnissen gelangt.
- 4) BGH NJW 1974, 1551 = WuM 1974, 266.
- 5) Harke, ZMR 2002, 493 bezeichnet die Argumentation des BGH zu Recht als Zirkelschluss; dem hat sich Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 21 angeschlossen. Der BGH hat seine Begründung in BGH NJW 2003, 2159 = GuT 2003, 132 und BGH GuT 2004, 62 = NJW-RR 2004, 657 zwar nicht mehr wiederholt, sondern auf Emmerich in: Staudinger § 566 Rdn. 21 verwiesen, der wie hier mit dem Wortlaut und einer Schlussfolgerung argumentiert; in der hier besprochenen Entscheidung (GuT 2008, 287) hat der BGH aber wieder auf die alte Begründung zurückgegriffen, ohne sich mit den Gegenargumenten auseinanderzusetzen.
- 6) Gursky in: Staudinger (2004) § 185 Rdn. 103, dort auch zu Gegenmeinungen.
- 7) Harke ZMR 2002, 493/494. Siehe auch Eisenhardt WuM 1999, 23. Das OLG Celle (ZMR 2000, 284 = WuM 2001, 46 KL) betont hingegen die Schutzwürdigkeit des Erwerbers, der nicht an einen Vertrag gebunden werden sollte, den nicht der Vermieter geschlossen habe; das überzeugt nicht, da die Interessen des Erwerbers hinreichend durch das Publizitätskriterium der Überlassung geschützt sind, das ihn veranlassen müsste, sich nach dem Bestand von Mietverhältnissen zu erkundigen.

übergangs gewahrt ist⁸. Aus Vermieter- bzw. Eigentümersicht ist es belanglos, ob schon bei der Vermietung Eigentum bestand oder erst danach begründet wurde. Der Mieter hingegen, der bei Anmietung vom Nichteigentümer mit dem Risiko eines Herausgabeverlangens vom Nocheigentümer belastet war, konnte nach Zusammenfallen beider Rechtspositionen damit rechnen, seine Stellung werde sich auch im Falle einer weiteren Veräußerung nicht verschlechtern. Dem Wortlaut des § 566 BGB ist nämlich keinerlei Anhaltspunkt dahingehend zu entnehmen, dass der Vermieter schon im Zeitpunkt der Vermietung Eigentümer sein müsse⁹.

III. Auflockerungen, Problemfälle

1. Vom Wortlaut des § 566 BGB sind nicht gedeckt¹⁰ Fallgestaltungen, in denen der Mieter den Mietvertrag nicht mit allen Grundstückseigentümern (z. B. nur mit einem von mehreren Miteigentümern) schließt oder in denen ein Dritter (z. B. ein Hausverwalter, ein Treuhänder oder eine Gesellschaft, deren Gesellschaftern das Grundstück gehört¹¹) im eigenen Namen vermietet hat oder in denen der Vermieter das Grundstück zwar gekauft, es aber ohne Eigentumseintragung wieder verkauft hatte (Kettenauffassung etwa bei der Projektentwicklung). In den beiden erstgenannten Fällen fehlt es (jedenfalls teilweise) sowohl an der Veräußerereigenschaft des Vermieters als auch an der Eigentümerstellung, in dem letztgenannten Fall der Kettenauffassung ist zwar der Vermieter auch Veräußerer, aber nicht Eigentümer. § 566 BGB kann allenfalls analog angewandt werden. Die Zulässigkeit einer Analogie ist bei diesen Fallgruppen teilweise bestritten. Eine Analogie ist allerdings nicht grundsätzlich wegen des Ausnahmecharakters der Vorschrift ausgeschlossen, da sich dieser Ausnahmecharakter auf die Vertragsarten, für die § 566 BGB gilt (Miet- und Pachtverträge über Räume und Grundstücke), beschränkt und innerhalb dessen eine entsprechende Anwendung gestattet, soweit der Schutzzweck des § 566 BGB, das Bestandsschutzinteresse des Mieters, dies erfordert¹². Von letzterem ist ohne weiteres auszugehen und zwar auch dann, wenn der Mieter praktisch sehenden Auges mit einem Nichteigentümer kontrahiert hat, denn § 566 BGB ist – wie oben dargelegt – kein Vertrauenstatbestand, der an den guten oder bösen Glauben des Mieters anknüpft, die Vorschrift soll vielmehr die Erfüllung von Mietverträgen auch nach einem Eigentumsübergang sichern¹³. Beschränkungen können sich deshalb nur aus den Interessen des Eigentümers/Veräußerers vor einer ungebührlichen Belastung seines Eigentums ergeben; das ist die Schranke, die bei einer analogen Anwendung des § 566 BGB auf solche Fälle beachtet werden muss, die dem Identitätserfordernis nicht genügen.

Eine ungebührliche Belastung des Eigentümers/Veräußerers ist ausgeschlossen, wenn er mit der Vermietung einverstanden war. Als Einverständnis in diesem Sinne reicht aber nicht eine bloße Zustimmung zur Vermietung aus, weil ansonsten, worauf der BGH¹⁴ zutreffend hinweist, eine erlaubte Untervermietung genügen würde; das Untermietverhältnis verpflichtet den Vermieter jedoch nicht selbst, sondern stellt nur eine „besondere Nutzungsart“ dar, die den Hauptmieter verpflichtet und die mit dem Hauptmietverhältnis endet (§ 546 Abs. 2 BGB). Entscheidend für das Einverständnis muss vielmehr sein, dass es den Eigentümer quasi selbst belastet, dass er – ohne allerdings Vertragspartner zu sein – das Mietverhältnis, das ein anderer geschlossen hat, gegen sich gelten lassen möchte – das entspricht in etwa den Wirkungen des § 185 BGB¹⁵. Das bedeutet gleichzeitig, dass der Vermieter, der nicht oder nicht vollständig Eigentümer des Grundstücks ist, Interesse an dem Bestand des Mietvertrages mit ihm als Vertragspartner nur solange haben darf, wie das Eigentum an dem Grundstück nicht wechselt¹⁶. Denn ansonsten würde er nach einem Eigentumswechsel dem Erwerber die Vermieterposition streitig machen. Die Interessen des Erwerbers stehen nicht entgegen¹⁷; sie sind hinreichend durch das Publizitätskriterium der Überlassung¹⁸ geschützt, das ihn veranlassen müsste, sich nach dem Bestand von Mietverhältnissen zu erkundigen.

Unter dieser Prämisse sind die angesprochenen Zweifelsfälle wie folgt zu lösen: Vermietet ein Dritter zwar im eigenen Namen¹⁹ aber doch letztlich für den Eigentümer (etwa mit dessen Auftrag, auf dessen Rechnung oder in dessen Interesse), so ist trotz Nichtvorliegens des Identitätserfordernisses eine analoge Anwendung des § 566 BGB gerechtfertigt. Derartige ist beispielsweise anzunehmen bei einer gestatteten Vermietung durch einen Dritten im Interesse des Eigentümers (etwa einem Hausverwalter²⁰ oder Treuhänder oder einer Gesellschaft, deren Gesellschaftern das Grundstück gehört), bei einer gestatteten Vermietung durch einen von mehreren Miteigentümern²¹ oder einen von mehreren Gesellschaftern einer Eigentümergesellschaft²² oder bei einer Vermietung durch mehrere Personen, die aber nicht alle Eigentümer sind²³.

- 8) H.M. OLG Rostock NZM 2006, 262 = GuT 2006, 17; Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 19; unter Aufgabe der früher vertretenen gegenteiligen Ansicht jetzt auch Emmerich in: Staudinger (2006), § 566 Rdn. 21; ferner Gather DWJ 2006, 314; Grooterhorst/Burbulla NZM 2006, 248; Eckert in: Festschrift Blank (2006), S. 131. A.A., aber ohne Begründung OLG Köln ZMR 2001, 967. Entgegen Grooterhorst/Burbulla NZM 2006, 247 kann man der Entscheidung BGH GuT 2004, 62 = NZM 2004, 300 nicht entnehmen, dass das Identitätserfordernis schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses erfüllt sein müsse.
- 9) OLG Rostock NZM 2006, 262 = GuT 2006, 17.
- 10) A.A. Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 20, weil er dem Wortlaut nur ein Identitätserfordernis zwischen Vermieter und Veräußerer entnimmt.
- 11) Weitere Fallgestaltungen bei Eisenhardt WuM 1999, 21.
- 12) Siehe ausführlich Streyll ZMR 2008, 602 ff. Im Ansatz ähnlich auch Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 21. A.A. OLG Brandenburg ZMR 2003, 830, das zudem den Bestandsschutz auf Wohnraummietverhältnisse beschränkt sieht.
- 13) A.A. OLG Brandenburg ZMR 2003, 830, das sich deswegen auch den nachfolgenden Erwägungen verschließt.
- 14) BGH GuT 2004, 62 = NZM 2004, 300 = NJW-RR 2004, 657.
- 15) Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 21 möchte diese Wirkung auf die bloße Duldung des Gebrauchs beschränken. Eine solche Beschränkung der Analogie ist m.E. abzulehnen, um eine Aufspaltung der Pflichten aus dem Mietvertrag auch für den Fall weiterer Veräußerungen zu verhindern – schließlich hat der Gesetzgeber mit § 566 BGB den Übergang des ganzen Mietverhältnisses auf den Erwerber angeordnet, anstatt etwa den Anwendungsbereich des § 986 BGB auszudehnen.
- 16) Ähnlich BGH GuT 2004, 62, der auch davon spricht, dass die Position des Vermieters nicht der eines Untervermieters entsprechen dürfe. In dieser Formulierung kommt m.E. ebenfalls zum Ausdruck, dass der Vermieter kein unbedingtes, über den Eigentumswechsel hinausgehendes Interesse an seiner Vermieterstellung haben darf.
- 17) A.A. OLG Celle ZMR 2000, 284 = WuM 2001, 46 KL.
- 18) Siehe dazu Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 15.
- 19) Soweit in manchen Kommentaren, Aufsätzen oder Urteilen von Bevollmächtigung in diesem Zusammenhang die Rede ist, ist damit in der Regel gemeint die Gestattung zum Handeln im eigenen Namen und nicht das von § 164 BGB vorausgesetzte Handeln in fremdem Namen, das den Eigentümer unmittelbar verpflichten und zum Vermieter machen würde.
- 20) Ebenso, allerdings mit teilweise abweichenden Begründungen BVerfG WuM 1996, 80 = ZMR 1996, 120; Emmerich in: Staudinger (2006), § 566 Rdn. 23; Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 21; Grooterhorst/Burbulla NZM 2006, 248; Eisenhardt WuM 1999, 23; Eckert in: Festschrift Blank (2006), S. 132/133; OLG Celle ZMR 2000, 284; LG Berlin NJW-RR 1994, 781 = WuM 1994, 79; offenlassend BGH GuT 2004, 62 = NZM 2004, 301; a.A. Herrmann in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 566 Rdn. 10 und – ohne Begründung – Weitemeyer ZMR 2004, 162. – Diese Fallgruppe wurde insbesondere relevant bei der Vermietung von Grundeigentum in der ehemaligen DDR, das westdeutschen Staatsangehörigen gehörte; die Hausverwalter schlossen die Mietverträge im eigenen Namen; weitere Fallgestaltungen bei Eisenhardt WuM 1999, 21.
- 21) Ebenso, allerdings teilweise mit abweichenden Begründungen Emmerich in: Staudinger (2006), § 566 Rdn. 22; Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 21; Eckert in: Festschrift Blank (2006), S. 132/133; OLG Karlsruhe NJW 1981, 1278 = WuM 1981, 179; LG Berlin GE 1990, 823; offenlassend BGH NJW 1974, 1552 = WuM 1974, 266.
- 22) Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 21; Eckert in: Festschrift Blank (2006), S. 132/133.
- 23) LG Waldshut-Tiengen WuM 1993, 56; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 566 Rdn. 25; a.A. LG Berlin NZM 1998, 662 = WuM 2000, 191. Bei dieser Fallgestaltung ist besonderes Augenmerk zu legen auf die Voraussetzung, dass der (Mit-) Vermieter, der nicht Eigentümer ist, im Interesse bzw. für Rechnung des Eigentümers vermieten will. Im Fall des LG Waldshut-Tiengen ist die Sachlage ambivalent, weil dieser (Mit-) Vermieter sich irrtümlich für einen Miteigentümer hielt. Einerseits hatte er den Willen, Vermieter auf eigene Rechnung zu sein, auf der anderen Seite hätte er sich dieses Vermieterrecht ohne den Irrtum nicht angemaßt.

2. Endet die Hausverwaltung vor einem Eigentumsübergang oder scheidet der Gesellschaftereigentümer vor einem Eigentumsübergang aus der vermietenden Gesellschaft aus, so geht der Vertrag eigentlich nicht schon auf den Eigentümer über, sondern erst mit einer (späteren) Veräußerung des Grundstücks auf den Erwerber; für einen vorzeitigen Vermieterwechsel ohne Eigentumswechsel (Veräußerung) gibt es keine unmittelbare gesetzliche Stütze.

Bei Ausscheiden des Miteigentümers aus einer Eigentümergemeinschaft, auf deren Rechnung der Miteigentümer vermietet hat, kommt es zwar zu einem Eigentumswechsel, nicht aber zu einem Eigentümerwechsel (der bzw. die verbliebenen Miteigentümer erhalten den Eigentumsanteil des ausgeschiedenen Miteigentümers), so dass § 566 BGB, der Personenverschiedenheit von Veräußerer und Erwerber fordert, wiederum nicht direkt anwendbar ist. Das hat nach wohl h.M.²⁴ zur Konsequenz, dass der aus der Bruchteilsgemeinschaft ausgeschiedene Miteigentümer weiterhin Vermieter bleibt; sein Ausscheiden spielt allenfalls im Innenverhältnis der früheren Miteigentümer eine Rolle. Die h.M. führt aber zu Problemen bei einer späteren Veräußerung des Grundstücks. Dann gäbe es nämlich einen Vermieter, der nicht veräußernder Eigentümer ist, was einen Verstoß gegen das Identitätserfordernis bedeutet. Zwar dürfte in einem solchen Fall eine analoge Anwendung des § 566 BGB in Betracht kommen mit der Folge, dass das Mietverhältnis auf den Erwerber übergeht und auch der Vermieter, der nicht mehr Eigentümer gewesen ist, aus dem Vertrag ausscheidet. Praktischer für das Innenverhältnis der Vermieter und klarer für Außenstehende, die in einem Vermieter in der Regel den Eigentümer vermuten bzw. umgekehrt²⁵, aber wäre es, die Vertragsbeendigung insoweit gleich mit dem Ausscheiden dieses Vermieters aus der Eigentümergemeinschaft zu vollziehen und den Vertrag auf die verbliebenen Eigentümer übergehen zu lassen²⁶. Das erfordert zwar eine analoge Anwendung des § 566 BGB; sie würde aber ansonsten bei der späteren Weiterveräußerung notwendig. Die Belange des Mieters stehen nicht entscheidend entgegen. Zwar verliert er einen Schuldner²⁷. Eines solchen Verlustes muss der Mieter aber gewärtig sein als Preis für den Bestandsschutz, den § 566 BGB gewährt; einen Ausgleich hierfür hat das Gesetz in § 566 Abs. 2 BGB vorgesehen, weitergehend wird der Mieter in dieser Beziehung nicht geschützt. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, sollte man diese Analogie bei Ausscheiden eines Miteigentümers²⁸ auch auf die Fälle des Ausscheidens des Eigentümergesellschafters aus der vermietenden Gesellschaft bzw. der Beendigung des Vertrages mit der vermietenden Hausverwaltung ausdehnen²⁹.

3. Eine analoge Anwendung von § 566 BGB ist ebenfalls nicht ausgeschlossen in den Fällen der Kettenauflassung³⁰, bei denen das Grundstück mehrfach ohne Zwischeneintragung der Erwerber im Grundbuch veräußert wird und einer dieser „Nicht-eigentümer“ einen Mietvertrag geschlossen hat. Dieser Vertrag bindet den dann schließlich eingetragenen Erwerber, wenn der Vermieter kein eigenes Interesse an dem Vertrag hat. Das kann durch die Art seiner Geschäftstätigkeit zum Ausdruck kommen oder durch die Vereinbarungen bei Verkauf des Grundstücks. Ein Projektentwickler will in der Regel nicht langfristig selbst Vermieter sein, er vermietet vielmehr zur Förderung der Vermarktung des Grundstücks. Ein fehlendes Interesse an der Vermieterstellung im Falle des Eigentumswechsels kann ferner dadurch zum Ausdruck kommen, dass der Vertrag die Übertragung des Mietverhältnisses vorsieht. Bei mehrfacher Veräußerung müssen die Voraussetzungen der Analogie bei jedem Erwerbsvorgang erfüllt sein. Beweispflichtig ist derjenige, der sich auf das Abweichen von dem Identitätserfordernis beruft.

IV. Die Rechtsprechung des BGH

Auch der BGH hat sich gelegentlich mit Auflockerungen des Identitätserfordernisses beschäftigt, ohne die Problematik allerdings grundsätzlich aufzuarbeiten und Leitlinien für mögliche Lockerungen zu entwickeln. Die bisherigen Entscheidungen stehen jedoch weitgehend in Einklang mit den oben dargelegten Grundsätzen. In seiner ersten Entscheidung zum Identitätserfordernis aus dem Jahr 1974 lehnt der BGH³¹ eine Anwendung des § 566 BGB ab, weil nur einer der beiden Miteigentümer auch Vermieter war; ausdrücklich offen ließ der BGH aber, wie er entscheiden würde, wenn die Vermietung mit Zustimmung des anderen Eigentümers, an der es fehlte, erfolgt wäre. Bisher hat der BGH diese offene Frage nicht abschließend geklärt.

Gelegenheit zur Klärung hätte der BGH in dem hier besprochenen Urteil³² gehabt. Diese Gelegenheit hat er wohl deswegen nicht genutzt, weil es in der Entscheidung vornehmlich um Schriftformprobleme ging. Nur einer von zwei Gesellschaftern einer GbR hatte vermietet und war in dem Vertrag als Vermieter genannt. Aus dem Umstand, dass bei dem Verkauf des Grundstücks die bestehenden Mietverträge als Anhaltspunkt für die Wertermittlung dienten, schloss der BGH, dass der Erwerber in die Verträge eintreten wollte und hieraus wiederum, dass der nichtvermietende Gesellschafter (die R-AG) den Vertragsabschluss auch im eigenen Namen gewollt und deshalb den vermietenden Gesellschafter (die H-GmbH) bevollmächtigt habe, den Vertrag auch für ihn zu schließen.

Diese Lösung begegnet konstruktiven Bedenken. Wenn die H-GmbH die R-AG wirksam vertreten hätte, dann wären beide Gesellschafter Vermieter geworden. Eigentümer des Grundstücks war aber die GbR, die als solche selbst Träger von Rechten und Pflichten sein kann, also ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt ist. Möglicherweise meinte der BGH, die H-GmbH habe die GbR vertreten, die dann als eigenständige Rechtspersönlichkeit allein Vermieterin geworden wäre. Wie dem aber auch sei, der Mietvertrag hätte in jedem Fall die Vermieterseite falsch oder jedenfalls unvollständig ausgewiesen. Das stellt einen Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 550 BGB dar. Einen solchen Verstoß bejaht der BGH ebenfalls, aber aus ganz anderen Erwägungen, nämlich deswegen, weil nicht lückenlos auf Schriftstücke Bezug genommen wurde, aus denen sich sämtliche wesentlichen vertraglichen Vereinbarungen ergeben sollten³³. Zu diesen Erwägungen hätte erst dann Anlass bestanden, wenn man im Rahmen der vorgelagerten Prüfung des § 566 BGB nicht eine Bevollmächtigung angenommen hätte, sondern – bei ähnlicher Argumentation – die Lösung über eine Ermächtigung bzw. Zustimmung gesucht und hierbei die Problematik der analogen Anwendung des § 566 BGB bei Nichterfüllung des Identitätserfordernisses grundsätzlich aufgearbeitet hätte. Das Urteil steht

24) Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 22; zweifelnd, aber letztlich offen lassend BGH NJW 1994, 2542 = WuM 1994, 452 = ZMR 1994, 554 für den gleichgelagerten Fall der Zuordnung von Sondereigentum gem. § 3 WEG auf einen Miteigentümer.

25) Beides lässt die Beteiligten leicht das Vorhandensein eines weiteren Vermieters vergessen (falls sie überhaupt jemals an das Fortbestehen des Vermieterstatus gedacht haben), was etwa bei der Wirksamkeit von Willenserklärungen (Kündigung) zu Überraschungen führen kann.

26) Im Ergebnis ebenso Beuermann WuM 1995, 6 sowie – für den gleichgelagerten Fall der Zuordnung von Sondereigentum gem. § 3 WEG auf einen Miteigentümer – BayObLG NJW 1982, 451 = WuM 1982, 46; Lamme, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 566 Rdn. 56; Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Aufl., § 566 Rdn. 7; Weitemeyer ZMR 2004, 164.

27) Darauf stellt Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 22 zur Begründung der h.M. wohl entscheidend ab.

28) Eine vergleichbare Situation dürfte in dem Fall des OLG Brandenburg ZMR 2003, 830 vorgelegen haben, bei dem zwei Miteigentümer, die ursprünglich Vermieter waren, das Mietverhältnis im Einverständnis mit dem Mieter aus steuerlichen Gründen auf eine aus den Eigentümern bestehende KG übertrugen. Auch hier hat wohl – ähnlich wie bei einem Hausverwalter oder Treuhänder – die KG zwar im eigenen Namen, aber doch letztlich auf Rechnung der Eigentümer vermietet. Das OLG Brandenburg lehnte eine Anwendung des § 566 BGB auf den Erwerb des Alleineigentums durch einen der Miteigentümer ab; eine Analogie wird verneint, allerdings ohne Kenntnis der hier vertretenen Argumentation.

29) So auch, aber ohne nähere Begründung BVerfG WuM 1996, 80 = ZMR 1996, 120.

30) Harke ZMR 2002, 494; Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 20.

31) BGH NJW 1974, 1551 = WuM 1974, 266.

32) BGH GuT 2008, 287.

33) GuT 2008, 287, 288.

aber jedenfalls – genauso wie das schon erwähnte aus dem Jahre 1974³⁴ – der hier vertretenen Meinung nicht entgegen, die für diese Fallgruppe (Vermietung nur durch einen Teil der Miteigentümer bzw. Gesellschafter mit Zustimmung bzw. Ermächtigung der anderen) auch die h.M. ist³⁵.

Ähnlich ist es bei der Vermietung durch einen Dritten, etwa einen Hausverwalter. Hierzu hält der BGH³⁶ in einem weiteren, im Jahre 2004 entschiedenen Fall die Zustimmung des Eigentümers zu der Vermietung selbst dann grundsätzlich für bedeutungslos, wenn der Eigentümer (Allein-) Gesellschafter der Vermieterin ist; eine solche Zustimmung allein sage nichts aus, sie müsse vielmehr auch bei jeder erlaubten Untervermietung vorliegen. Der BGH lässt es aber wiederum ausdrücklich offen, ob nicht anders zu entscheiden wäre, wenn der Vermieter über seine Tätigkeit als Hausverwalter hinaus kein eigenes Interesse an dem Bestand und der Durchführung des Mietvertrages hätte. Auch in dieser Fallgruppe (Vermietung durch einen Dritten im Interesse des Eigentümers) steht also die Rechtsprechung des BGH ebenfalls nicht der hier vertretenen (herrschenden³⁷) Meinung entgegen.

Letztlich gilt dies auch wohl für die Rechtsprechung des BGH³⁸ aus dem Jahr 2003 zu den sog. Kettenauflassungen, also in den Fällen, in denen das Grundstück mehrfach ohne Zwischeneintragung der Erwerber im Grundbuch veräußert wird

und einer dieser „Nichteigentümer“ einen Mietvertrag geschlossen hat. Der BGH lehnte die Anwendung des § 566 BGB trotz rechtsgeschäftlicher Übertragung des Mietvertrages auf einen weiteren Zwischenerwerber ab, weil immer nur die Zwischenerwerber Vermieter geworden seien, niemals aber der (noch eigetragene) Eigentümer und weil der Vermieter niemals Eigentümer gewesen sei, sondern nur Veräußerer³⁹. Soweit der Sachverhalt mitgeteilt wurde, ist daraus nicht ersichtlich, ob der (noch eingetragene) Eigentümer mit der Vermietung einverstanden war und ob sie in seinem Interesse oder im Interesse des vermietenden Zwischenerwerbers erfolgte; auch aus den Entscheidungsgründen ergeben sich keine Anhaltspunkte. Das Fehlen derartiger Angaben spricht dafür, dass der Vermieter ein Eigeninteresse an der Vermietung hatte. In diesem Fall würde die Entscheidung auch nach der hier vertretenen Meinung zu treffend sein⁴⁰.

34) BGH NJW 1974, 1551 = WuM 1974, 266.

35) Siehe oben Fn. 21.

36) BGH GuT 2004, 62 = NZM 2004, 300 = NJW-RR 2004, 657.

37) Siehe oben Fn. 20.

38) BGH NJW 2003, 2159 und 2160 = GuT 2003, 132.

39) BGH NJW 2003, 2159 und 2160 = GuT 2003, 132.

40) Siehe auch Häublein in: MünchKommBGB, 5. Aufl., § 566 Rdn. 20 Fn. 66.

Rechtsanwalt Dr. Wolf-Dietrich Deckert, München / Rudolf Haufe Verlag, Freiburg

Wohnungseigentumsgesetz – schon wieder reformbedürftig?

– Interview des Haufe Verlags, Freiburg, mit RA Dr. Deckert, München –*

1. Ihre Erfahrungen nach über einem Jahr „WEG-Reform“ ganz generell?

Als unbestreitbare Verbesserung sehe ich die gesetzliche Festschreibung/Normierung jüngster BGH-Grundsatzentscheidungen aus Verständlichkeits- und Transparenzgründen an, d. h. insbesondere Sanktionierung der *Teilrechtsfähigkeit* einer Wohnungseigentümergeinschaft, den grundsätzlichen Wegfall gesamtschuldnerischer *Haftung* der Eigentümer im Verbands-Außenverhältnis und auch einige gesetzlich *neu geschaffene Beschlusskompetenzen* für Beschlussmöglichkeiten, die nach altem Recht der Vereinbarungform und Zustimmung aller Eigentümer bedurft hätten und aus diesem Grund insbesondere in größeren Gemeinschaften kaum realisierbar waren. In Detailbereichen sind allerdings einige Neuregelungen noch nicht ganz durchdacht und problembereinigt, leider auch einige redaktionelle Ungenauigkeiten feststellbar. Dass allerdings – aus meiner Sicht ohne Not und offensichtlich primär aus staatsfiskalischen Gründen – das wohnungseigentumsgerichtliche Verfahren aus dem der Freiwilligen Gerichtsbarkeit in den allgemeinen *Zivilprozess* nach Grundsätzen der ZPO übergeleitet wurde, erscheint mir aus Sicht der Praxis äußerst bedauerlich (nunmehr strenger Formalismus und auch nicht unerhebliche Prozesskostenverteuerung!).

2. Haben sich die neuen Beschlusskompetenzregelungen für Eigentümer und auch Verwalter bisher bewährt?

Dies kann ich nur zum Teil bejahen.

Die mit einfacher Beschlussmehrheit mögliche Aufhebung einer vereinbarten Verwalterzustimmung im Veräußerungsfalle (vgl. § 12 Abs. 4 WEG) erachte ich zumindest als vertretbar, auch wenn meines Wissens Gemeinschaften von dieser Neuregelung bisher nur wenig Gebrauch gemacht haben.

Sehr viel häufiger versuchen zur Zeit Eigentümergruppen, ebenfalls mit einfacher Beschlussmehrheit als ungerecht emp-

fundene, bisher vereinbarte Betriebs- und Verwaltungskostenverteilungsschlüssel unter Hinweis auf das besondere Inanspruchnahmeprinzip zu ändern (§ 16 Abs. 3 WEG). Beschlussanfechtungen mit Argumenten eines Verstoßes gegen Grundsätze ordnungsgemäßer Verwaltung haben hier meines Wissens zugenommen. Fraglich ist es, ob insoweit nachträgliche Gerechtigkeit erzeugt werden kann, wenn es z. B. um Änderung der Kostenverteilung hinsichtlich etwaiger Aufzugswartungskosten, Kabelgebühren, Ungezieferbekämpfungskosten, Umzugspauschalen oder gar Wohngeldanpassungen im Falle von Wohnungsnutzung bisherigen Hobbyraum- oder Speicherraum-Teileigentums geht. Probleme entstehen hier oftmals auch für vermietende Eigentümer im Rahmen bisher mietvertraglich vereinbarter Nebenkostenabrechnungen.

Noch problematischer sind die Änderungsentscheidungen zur Kostenverteilung nach § 16 Abs. 4 WEG hinsichtlich anstehender größerer Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen sowie baulicher Veränderungen und Modernisierungen jeweils allein im Einzelfall (also nicht auf Dauer!) unter Berücksichtigung eines speziellen Gebrauchs oder einer Gebrauchsmöglichkeit. Auslegungsprobleme entstehen hier insbes. zum Begriff des Einzelfalles. Eingeschränkt sind solche Beschlüsse auch durch die erforderliche Doppelqualifizierung. Problematisch sind hier Schlüsseländerungen speziell bei Fenstererneuerungen, bei einem beabsichtigten Aufzugsbau oder auch Balkon- bzw. Tiefgaragensanierungen. Es zeigen sich auch schon Abstimmungsverkündigungsfehler von Versammlungsleitern. Auch der von Eigentümern anfänglich unterstellte Soli-

*) Das zugehörige Video-Interview kann im Internet unter <http://www.haufe.de/weg-reform> angesehen werden. Es ist im Wesentlichen wortidentisch, spitzt im gesprochenen Wort spontan einige Kernaussagen allerdings zu (Hinw. d. Interviewers). Das Video vermittelt ein lebendiges Bild Deckerts, der als Herausgeber und Verfasser des Werks „Die Eigentumswohnung“ bereits seit langem allgemein bekannt ist (Hinw. d. Red.).

dargedanke wird hier in Frage gestellt; was für einen Eigentümer oder auch eine Gruppe z. B. in einer Mehrhausanlage gerechter erscheint, ist stets für die anderen Eigentümer entsprechend nachteiliger. Diverse Beschlussanfechtungsverfahren sind auch hier bereits gerichtsanhängig.

Auch die Regelung in § 16 Abs. 8 WEG ist nach wie vor sehr lückenhaft. Im Beschlussanfechtungsverfahren ist hier die Aufteilung der Verfahrenskosten im Innenverhältnis einer Beklagten-Gruppe als notwendiger Streitgenossenschaft sehr strittig, da es sich bei diesem Verfahren zunächst nicht um eine Verwaltungsangelegenheit handelt und Kosten grundsätzlich auch nicht als solche der Gemeinschaft im Sinne des § 16 Abs. 2 WEG anzusehen sind. Anders soll dies wiederum bei etwaigen Mehrkosten im Anschluss an eine Honorarvereinbarung mit einem beauftragten Anwalt sein, an denen sich auch – m.E. ungerichterweise – sogar ein obsiegender Kläger anteilig beteiligen muss.

Die neue Beschlusskompetenz nach § 21 Abs. 7 WEG zum Zahlungsverkehr und zum Verwaltungsaufwand für besondere Nutzungen des Gemeinschaftseigentums erachte auch ich durchaus als positiv, zumal hier die Möglichkeit früherer vernünftiger und sachdienlicher Orga-Zitterbeschlüsse sanktioniert wurde.

Schließlich wurden Beschlusskompetenzen in § 22 WEG teils bekräftigt bzw. teils neu geschaffen und zwar hinsichtlich baulicher Veränderungen im Individual- oder auch Gemeinschaftsinteresse nach § 22 Abs. 1, sog. Modernisierungen nach § 22 Abs. 2 (auch hier mit Doppelqualifizierungsgebot) und – wie bisher – sog. modernisierenden Instandsetzungen nach § 22 Abs. 3 WEG. Abgrenzungen im Spektrum dieser Maßnahmen sind allerdings bereits streitig, ebenso die Voraussetzungen für mögliche Zitterbeschlussfassungen, beginnend schon mit Verkündungsproblemen durch einen Versammlungsleiter, von dem hier erhebliche Rechtskenntnisse gefordert werden. Gerade bei anstehenden Modernisierungen gibt es häufige Auslegungsprobleme hinsichtlich möglicher Nachteilwirkungen bzw. der Veränderung der Eigenart einer Wohnanlage. Nicht immer überzeugen die mehrfachen Hinweise des Gesetzgebers im Reformgesetz auch auf mieterrechtliche Bestimmungen des BGB. Man mag die nachträgliche Schaffung eines Fahrradabstellplatzes oder einer modernen Klingelsprechanlage noch als Modernisierungsmaßnahme im Gesamtinteresse begrüßen. Jeder Fahrstuhl- oder nachträgliche Balkonanbau mit unstrittigen Verbesserungen, allerdings meist nur für einige Eigentümer erscheint jedoch äußerst problematisch. Dies gilt auch für andere Modernisierungen im Rahmen z. B. altersbedingt von bestimmten Eigentümern erwünschter Barrierefreiheiten.

3. Ist die gesetzliche Sanktionierung der Teilrechtsfähigkeit einer Wohnungseigentümergeinschaft mit eigenem Vermögen einschließlich geänderter Haftungsverfassung aus Ihrer Sicht von Vorteil?

Grundsätzlich begrüße ich die *Teilrechtsfähigkeit* einer Gemeinschaft, die nunmehr als Verband Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen sowie klagen und verklagt werden kann, soweit es sich um gemeinschaftliche Verwaltungsbelange handelt. Die Neuregelungen finden sich hier in der Kernbestimmung des § 10 WEG.

Damit kann eine Gemeinschaft u.U. auch Sondereigentum erwerben bzw. einsteigern.

Sie kann auch Wohngeldinkassoverfahren als klagende Gemeinschaft gegen säumige Zahler führen.

Auch Abwehr- und Schadenersatzansprüche kann die Gemeinschaft durch Beschluss oder Vertrag an sich ziehen.

In *Beschlussanfechtungsverfahren* kann allerdings bisher leider der Verband als solcher nicht – auf Beklagtenseite – auftreten; insoweit handelt es sich hier um ausschließliche Streitigkeiten unter den einzelnen Eigentümern.

Was die mögliche *Haftung* einzelner Eigentümer im Verhältnis zu Dritten neben der Gemeinschaft als Auftraggeberin

betrifft, ist die bürgeähnliche Anteilshaftung der Eigentümer zu begrüßen; eine gesamtschuldnerische Haftung der Eigentümer gibt es hier grundsätzlich nur noch nach ausdrücklichen, meist öffentlich-rechtlichen Gesetzesbestimmungen. Dies bedeutet für Verwalter allerdings gleichzeitig, Aufträge namens einer Gemeinschaft nur dann zu erteilen, wenn über den Verband auch die Auftragsfinanzierung sichergestellt ist.

4. Wie steht es mit der gesetzlich neu geforderten Beschluss-Sammlung?

Neben bisheriger Protokollierung hat nunmehr auch der Verwalter die Pflichtaufgabe, in Art eines Ersatzgrundbuchs unverzüglich Eintragungen in eine von ihm zu führende *Beschluss-Sammlung* vorzunehmen (§ 24 Abs. 8 WEG). Probleme bereitet hier der gesetzliche „Unverzüglichkeits-Begriff“; Eintragungen bereits später als eine Woche nach einer Versammlung vorzunehmen, hat soeben das LG München I nicht mehr als „unverzüglich“ angesehen. Hier sind Verwalter abgesehen vom Arbeits- und Kostenmehraufwand stark gefordert; unsorgfältiges Arbeiten kann sogar als wichtiger Grund für eine fristlose Vertragskündigung Abberufungen rechtfertigen!

Unterschiedliche Meinungen existieren zur Zeit auch noch, wie und was im Detail einzutragen ist und in welcher Form Löschungen und Korrekturen vorzunehmen sind, auch wenn sich Profi-Verwalter heute rechtlich geprüfter Software auch zur Sammlungsführung bedienen können.

Mir scheint auf längere Sicht diese Sammlung wenig effektiv, zumal sie bald unübersichtlich werden dürfte. Eintragungen sind oftmals auch wenig aussagekräftig für einsichtsinteressierte Eigentümer, da mehr die Links und Anlagen von entscheidender Bedeutung sein dürften. Dies gilt auch für die allein einzutragenden gerichtlichen Entscheidungsformeln. Der Gesetzgeber hätte m.E. auch das bisher übliche Protokoll aufwerten und die Protokollierungsdetails näher gesetzlich regeln können, ohne hier „Doppelarbeiten“ für Verwalter erzeugen zu müssen.

5. Wurde die Stellung des Verwalters in § 27 WEG n. F. gestärkt?

Wohl ja, wenn sich seine gesetzlich zwingenden Berechtigungen, aber auch Verpflichtungen nunmehr auf interne Geschäftsführungsbelange der Gemeinschaft und der einzelnen Eigentümer sowie seine weitgehenden gesetzlichen *Vertretungsrechte* im Außenverhältnis ebenfalls für die Gemeinschaft und sogar die einzelnen Eigentümer beziehen. Zu betonen sind hier insbesondere auch unverzügliche Unterrichtungsverpflichtungen eines jeden Verwalters.

Streitig ist zur Zeit allerdings die Vertretungsberechtigung des Verwalters gerade in Beschlussanfechtungsklagen auf Beklagtenseite (keine Verbandssache!) und insbesondere die Prozesskostenfinanzierung, Abrechnung und Verteilung unter den Beklagten in notwendiger Streitgenossenschaft.

6. Sie äußerten anfänglich bereits Kritik zur Verfahrensänderung; was sind hier Ihre Hauptargumente gegen die Eingliederung dieser WEG-Verfahren in die ZPO?

Landesrechtlich wurden hier Landgerichte als Berufungszentralgerichte geschaffen; Revisionszulassungen zum BGH sind bisher nicht bekannt; der Instanzenzug ist damit erheblich gegenüber den früheren Beschwerdemöglichkeiten eingeschränkt.

Die unterlegene Streitseite hat nunmehr alle Gerichts- und Anwaltskosten des Verfahrens zu tragen. Richterliche Ermessensentscheidungen wie früher gibt es grundsätzlich nicht mehr (vgl. nunmehr Grundsätze der §§ 91 ff. ZPO). Damit sollte jede Prozessführungsabsicht sorgfältiger als bisher überlegt werden.

Auch die frühere Amtsermittlung und Hilfestellung durch den Richter der Freiwilligen Gerichtsbarkeit ist weggefallen; nach ZPO sind strenge Formalien vom Kläger zu beachten (Substantiierung und Schlüssigkeit, klare Antragstellung und Streit-

gegenstands-Bestimmung, Beweisangebote usw.); für Beklagte sind sehr kurze Fristen zur Verteidigung zu beachten.

Im Beschlussanfechtungsverfahren ist jeder Eigentümer automatisch formell Mit-Beklagter, der nicht ebenfalls form- und fristgemäß Klage erhoben hat.

Als problematisch hat sich auch die Kostenregelung nach § 49 Abs. 2 WEG zu Lasten eines Verwalters erwiesen, wenn diesem grob schuldhaftes Fehlverhalten und Veranlassen des Prozesses vorgeworfen werden kann.

Unausgewogen erscheint mir überdies die Neuregelung in § 50 WEG zur Erstattung der Kosten nur eines bevollmächtigten Rechtsanwalts.

Große Probleme bereitete der Justiz bisher auch die Überleitungsvorschrift des § 62 WEG.

7. Erachten Sie die Rangklassenänderung in § 10 ZVG vorteilhaft für die Gemeinschaft?

Diese Änderung wurde allgemein begrüßt, auch wenn Wohngeldrückstände nur sehr eingeschränkt in die Vorrangklasse des

§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bei Verteilung eines Versteigerungserlöses gelangen. Die Problematik der Beschränkung nach klägerseits zunächst meist unbekanntem Einheitswert der Schuldnerwohnung wurde zwischenzeitlich durch BGH-Entscheidung vom 17. 4. 2008 geklärt.

8. Ihr Resümee?

Leider sind durch die Reform auch neuerliche Streitfragen entstanden, sicher ausschließlich zur Freude der Fachanwälte! Auch Verwalter sind noch stärker als bisher gefordert. Aus meiner Sicht sollte der Gesetzgeber sehr rasch neuerlich korrigierend handeln, und zwar unter Berücksichtigung der jüngsten Fachliteratur aus Wissenschaft und Praxis möglichst bald eine weitere Reform der WEG-Reform veranlassen. Diverse Klarstellungen müssen hier sicher ergänzend normiert werden. Erwerb und Besitz von Eigentumswohnungen darf und sollte nicht neuerlich zur „Spielwiese von Juristen“ werden, was erneut gegen die notwendige Attraktivität dieser Immobilienanlageform sprechen könnte, letztlich auch zum Nachteil wohnungssuchender Mieter!

Wirtschaft und Verbände

Bundeskanzlerin Dr. Angela Merkel, Berlin

Unternehmertag

Rede auf dem Unternehmertag des Bundesverbandes des Deutschen Groß- und Außenhandels e.V. (BGA) am 29. Oktober 2008 in Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident Börner, liebe Kolleginnen und Kollegen aus dem Deutschen Bundestag, meine Damen und Herren,

Sie haben für Ihren diesjährigen Unternehmertag ein Motto gewählt, das den eigentlichen Kern unserer Wirtschaftsverfassung zur Sprache bringt: „Unternehmertum und Verantwortung in der Sozialen Marktwirtschaft.“ Ich glaube, in diesen Tagen könnte das Motto überhaupt nicht besser gewählt sein. Denn damit weisen Sie in einer schwierigen Zeit aus meiner Sicht absolut in die richtige Richtung. Die Soziale Marktwirtschaft ist mit Verantwortung, sie ist mit Werten verbunden – anders ausgedrückt: sie gründet auf Werte – und sie ist ohne Verantwortung nicht lebbar, nicht gestaltbar. Deshalb ist es sicherlich gerade in diesen Tagen wichtig und sinnvoll, darüber zu diskutieren – das haben Sie, Herr Präsident, heute getan –, wie wir an der Richtschnur von Werten unser Handeln konkret ausrichten können.

Ich will vorweg sagen: Die Tatsache, dass die Bundesrepublik Deutschland heute in der Welt da steht, wo sie steht, zeigt, dass sich das wirtschafts- und gesellschaftspolitische Modell der Sozialen Marktwirtschaft bewährt hat. Was wir heute erleben, ist im Grunde Ausdruck dessen, dass sich durch Globalisierung – Ihr Verband ist der Globalisierung sozusagen in ganz besonderer Weise ausgesetzt beziehungsweise lebt in ihr – vieles auf unserer Welt verändert hat und dass es deshalb eine internationale Dimension der Sozialen Marktwirtschaft gibt, die, so glaube ich, nicht ausreichend ausgestaltet ist, die weiterentwickelt werden muss, wobei gerade wir in Deutschland mit unserer Erfahrung, der gelebten Erfahrung des Erfolgsmodells Soziale Marktwirtschaft, aktiv gestaltend mitwirken sollten und auch mitwirken werden.

Natürlich werden Zweifel an der Sozialen Marktwirtschaft durch das, was wir jetzt in den Finanzmärkten als Krise erle-

ben, in besonderer Weise bestätigt. Wir haben im Grunde seit geraumer Zeit eine Entwicklung, in der Menschen ein Stück Sicherheit verloren haben. Sie fragten sich: War das mit der Sozialen Marktwirtschaft nicht immer so, dass es dann, wenn es meinem Unternehmen gut geht, auch mir als Arbeitnehmer gut geht? Diese Gewissheit ist mit wachsender Globalisierung ein Stück zurückgegangen, weil international agierende Unternehmen einerseits gut dastehen können, was die Bilanzen anbelangt, und trotzdem andererseits, was die Sicherheit der Arbeitsplätze in Deutschland anbelangt, nicht mehr so gut dastehen. Das war im Grunde ein Hinweis darauf, dass sich da etwas verändert hat und dass das Wirtschaften im nationalen Bereich heute längst nicht mehr so unabhängig möglich ist, wie es früher war.

Aber Soziale Marktwirtschaft will eben keine Exzesse auf den Märkten. Soziale Marktwirtschaft meint vielmehr geordneten Wettbewerb. Sie will nicht das Geschäft um jeden Preis, vor allen Dingen nicht das kurzfristige Geschäft um jeden Preis, sondern sie ist moralisch begründet und hat deshalb eine Verantwortung. Deshalb ist, glaube ich, die Mahnung der augenblicklichen Finanzkrise die, dass sich Politik und Wirtschaft – da fühle ich mich durch Ihre Worte durchaus ermutigt – gemeinsam anstrengen müssen, um das Vertrauen der Menschen in unsere Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung wieder zu stärken. Das ist unsere gemeinsame Aufgabe, die im Übrigen keiner von uns alleine schaffen wird. Wir müssen uns dieser Aufgabe gemeinsam stellen.

Nicht zuletzt das meinte ich auch, wenn ich in den letzten Tagen immer wieder davon gesprochen habe, dass am Ende dieses Prozesses eine neue Finanzmarktverfassung stehen muss. Dabei geht es auch, aber eben bei Weitem nicht nur um Krisenmanagement. Es geht auch, aber nicht nur um neue internationale Finanzmarktregeln. Es geht am Ende immer darum, wieder Vertrauen im umfassenden Sinne herzustellen. Vertrauen ist

das eigentliche Fundament, das Grundkapital einer funktionierenden Volkswirtschaft.

Das Ziel all unserer Bemühungen ist die menschliche Marktwirtschaft. Dazu muss es immer wieder gelingen, die Balance zwischen ökonomischer Leistungsfähigkeit und sozialer Gerechtigkeit zu halten. Das ist im Grunde eine Balance zwischen Freiheit auf der einen Seite und Ordnung auf der anderen Seite. Freiheit und Ordnung sind in der Sozialen Marktwirtschaft nie Gegensätze; sie haben sich immer einander bedingt. Auch in der politischen Diskussion geht es immer genau um dieses Verhältnis. Der Staat ist in diesem Zusammenhang der Hüter der Ordnung. Das müssen wir jetzt wieder erkennen und in diesem Sinne müssen wir gestalten. Darin liegt auch die Chance dieser Krise.

Welche Aufgabe kommt der Politik in dieser Zeit zu? Der Politik kommt die Aufgabe zu, den Ordnungsrahmen an die sich ändernden Herausforderungen in einer zunehmend globalisierten Welt anzupassen und immer wieder zu schauen: Wie können wir unsere Vorteile in dieser sich ändernden Welt in einem vernünftigen Ordnungsrahmen leben?

Als vordringliche Aufgabe der Wirtschaft sehe ich in diesem Zusammenhang, dass sie durch verantwortungsvolles Handeln auch Beispiele gibt und Vorbild dafür ist, wie in diesem Ordnungsrahmen vernünftig und zum Wohle aller gewirtschaftet werden kann. Die Soziale Marktwirtschaft hat immer – und wird das auch weiter tun – ihre Kraft aus der Freiheit des Einzelnen geschöpft: des Unternehmers, des Arbeitnehmers, des Verbrauchers. Aber dies ist eben keine absolute Freiheit, sondern es ist immer eine Freiheit in der Verantwortung auch für den anderen. Das heißt, daraus erwächst eine Verantwortung für das Gemeinwohl. Damit ergibt sich also die Verpflichtung, unternehmerische Freiheiten in den Dienst des Unternehmers, der Mitarbeiter und auch des Standortes insgesamt einzubetten.

Die Krise an den Finanzmärkten muss für uns nun Anlass sein, die Diskussion über die Rolle und das Selbstverständnis der Finanzbranche neu zu führen. Ich glaube, dass die Branche insgesamt dazu einen Beitrag liefern sollte. Natürlich ist diese Branche nicht wegzudenken – Sie haben das eben eindrücklich dargestellt. Sie erbringt mit der Transformation volkswirtschaftlicher Ersparnis in produktives Kapital eine unabdingbare Dienstleistung für unser gesamtes System. Nur so wird Wertschöpfung ermöglicht, die wiederum die Grundlage für Beschäftigung und Einkommen ist. Aber Dienstleistung – das ist die Aufgabe der Finanzbranche – hat eben auch etwas mit Dienen zu tun. Auf diese dienenden Funktionen müssen sich die Akteure auf den Finanzmärkten nach meiner festen Überzeugung wieder neu besinnen. Es gab hier eine Abkopplung der verschiedenen Bereiche.

Ich glaube, mehr denn je sind heute Vorbilder gefragt: Unternehmer, die nicht nur dem schnellen Geld nachjagen, sondern mit langfristig angelegten Geschäftsmodellen für das Unternehmen und seine Beschäftigten eine tragfähige Zukunft bauen. Denn kurzfristige Gewinnmaximierung hat mit einer Gewinnoptimierung über einen längeren Zeitraum hinweg nur wenig zu tun.

Das Motto des Unternehmertags zeigt: Es ist auch eine Vorbildfunktion über den eigenen betriebswirtschaftlichen Bereich hinaus gefragt. Ich bin der tiefen Überzeugung: Es kommt zum Schluss dem betriebswirtschaftlichen Bereich wieder zugute, wenn man sich auch seiner Gesamtverantwortung bewusst ist. Das heißt, wir sind dankbar dafür, dass es sie gibt, aber wir brauchen sie auch: die Unternehmen, die gesellschaftliche Verantwortung im umfassenden Sinne wahrnehmen. Das ist eine wichtige Grundlage für sozialen Zusammenhalt. Das wird sich auch insgesamt positiv auf die Unternehmen auswirken. Ich glaube, für verantwortungsbewusstes Engagement interessieren sich nicht nur Mitarbeiter, sondern auch Investoren und auch die Kunden.

Auch auf die Gefahr hin, in der falschen Kirche zu predigen – das tue ich jetzt natürlich –, möchte ich Sie doch immer wie-

der bitten, sich in der gesellschaftlichen Diskussion weiterhin offen und laut zu engagieren, denn das ist wichtig. Sie sind im Außenhandel aktiv, Ihre Unternehmen tragen mit Blick auf die sozialen und ökologischen Produktionsbedingungen bei den importierten Gütern eine große Verantwortung. Gesellschaftliche Verantwortung endet in einer globalisierten Welt eben nicht mehr an Ländergrenzen.

Deshalb ist es unter der Maxime „Freiheit und Verantwortung“ unsere gemeinsame Aufgabe, die Soziale Marktwirtschaft fit für die Globalisierung zu machen. Ich weiß, dass das leichter gesagt als getan ist. Ich weiß, dass die Ordnung, die wir auf anderen Märkten finden, oft eine andere ist. Ich weiß auch, dass wir nicht einfach sagen können: Es muss überall so sein, wie es bei uns ist. Aber ich glaube schon, dass es ein paar unteilbare Werte gibt – so wie wir das im Bereich der Menschenrechte sagen, müssen wir es auch im Bereich des Wirtschaftens sagen –, um die wir ringen müssen, für die wir kämpfen müssen und für die wir im Übrigen in Europa lange eingetreten sind; auch mit vielen Irrungen und Wirrungen. Wir müssen heute in unserer Überzeugung aber auch zeigen, dass wir diese Werte für richtig befinden und dass wir sie nicht durch jede Form von Beliebigkeit ersetzen können.

Globalisierung geht naturgemäß – das ist ihr Wesen – mit zunehmender internationaler Arbeitsteilung einher. In arbeitsteiligen Wirtschaftssystemen ist Groß- und Außenhandel schlichtweg unverzichtbar. Für Deutschland als Exportweltmeister ist es wohl nicht zu hoch gegriffen, wenn ich sage: Der Groß- und Außenhandel ist gleichsam so etwas wie eine Lebensader, eine wichtige Lebensader unseres Landes als Exportnation. Die Zahlen sprechen im Übrigen eine deutliche Sprache: Der Außenhandel trägt zum Bruttoinlandsprodukt rund ein Drittel bei. Im Jahr 2007 wurden insgesamt Waren von fast 970 Milliarden Euro exportiert. Importiert wurden Waren im Wert von über 770 Milliarden Euro. Das zeigt auch die Finanzdimensionen, in denen Sie agieren. Ich glaube, wir haben gute Chancen, auch 2008 wieder Exportweltmeister zu werden.

Wir sind also „Global Player“ und wir wissen, dass der weltweite Handel für uns die wichtigste Voraussetzung für Wachstum und Beschäftigung ist. Wenn man sich in diesen Tagen einmal die einzelnen Branchen anschaut – zum Beispiel haben wir in der Automobilindustrie Exportraten zwischen 60 und 70 Prozent, im Maschinenbau über 70 Prozent –, dann sieht man, wie eng unsere Arbeitsplätze und unser Wohlstand mit der weltweiten wirtschaftlichen Entwicklung verknüpft sind. Jeder fünfte deutsche Arbeitsplatz ist direkt oder indirekt vom Export abhängig. Deutsche Exporteure sind nicht nur auf den längst etablierten Märkten, sondern auch auf den schnell wachsenden Märkten aktiv – in Osteuropa und in den großen Schwellenländern Russland, China, Indien und Brasilien, um nur einige Beispiele zu nennen.

Die hohe internationale Wettbewerbsfähigkeit, auf die wir stolz sein können, hat viele Ursachen: Die Kraft zur Innovation, die Technologieführerschaft in vielen Bereichen und nicht zuletzt auch die großen Erfahrungen bei der Erschließung neuer Märkte sowie unser Vorgehen, das auch immer auf Vertrauen aufgebaut ist – sowohl in der politischen Kommunikation als auch in den Kontakten zwischen den Wirtschaftspartnern.

So offen unsere Volkswirtschaft ist und so erfolgreich wir als Exportnation sind, so sehr sind wir auch von weltwirtschaftlichen Entwicklungen betroffen. Das ist die Kehrseite dieser Entwicklung. Deshalb geht die weltweite Finanzkrise auch an uns nicht spurlos vorüber. Wir spüren, dass diese Krise mit einer Abkühlung des weltwirtschaftlichen Klimas einhergeht. Das merken auch Sie. Ich bin dennoch dankbar dafür, dass Sie die Lage in optimistischer Art und Weise beschrieben haben. Sie haben auch darauf hingewiesen, Herr Börner, wie finanzierungsabhängig Ihre Branche ist. Deshalb ist es auch verständlich, wenn Sie dafür werben, dass unsere Finanzinstitutionen alles dafür tun müssen, um in dieser Krise nicht nur zu überle-

ben, sondern auch ihrer Aufgabe, ihrer dienenden Aufgabe, wirklich gerecht werden zu können. Denn davon hängt viel für unser Land ab.

Vor zwei Wochen haben wir international abgestimmte, aber doch auf die jeweilige nationale Situation ausgerichtete Maßnahmenpakete verabschiedet. In Deutschland haben wir das „Finanzmarktstabilisierungsgesetz“ auf den Weg gebracht, eine Woche später ist es in Kraft getreten. Es war ein großer Kraftakt in großer gemeinsamer Verantwortung von Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung.

Es geht nicht darum – das will ich hier noch einmal sagen –, Steuergelder einfach in Banken zu pumpen, die selbstverschuldet in eine schwierige Situation geraten sind, aus der sie sich selbst nicht mehr befreien können, sondern es geht im Kern um etwas anderes: Die Bürger unseres Landes brauchen ein intaktes Bankensystem, um ihre Ersparnisse verlässlich anlegen zu können. Und die Unternehmen brauchen ein funktionierendes Finanzsystem, das den Zugang zu Krediten gewährleistet, damit sie weiter wirtschaften können. Ansonsten würde der Wirtschaftsmotor abgewürgt. Ohne Kredite bleiben Investitionen aus, und zwar mit all den negativen Folgen für Wachstum, Arbeitsplätze und soziale Sicherung. Das ist der Zusammenhang.

Unser Maßnahmenpaket dient dazu, die Refinanzierung der Finanzinstitute zu sichern, die Beschaffung von Kapital zu erleichtern und eventuell den Instituten die Möglichkeit der Entlastung von Risikopositionen zu geben. Aber ich sage auch in diesem Zusammenhang: Keine Leistung ohne Gegenleistung. Deshalb wird gerade ein Augenmerk, auf das wir besonders unsere gesamte Kraft richten, sein, dass die Banken zu ihrer Verantwortung stehen und sich an bestimmte Regeln halten. Zum Beispiel ist die Finanzierung des Mittelstandes eine Kernaufgabe, wenn der Staat hilft, und sie ist auch eine Kernbedingung dafür, dass der Staat hilft.

Wir haben den Unternehmen eine weitere Möglichkeit gegeben – das ist auch Teil dieses Pakets –, nämlich eine flexiblere Handhabung der Bilanzierungsregeln. Das ist ein Beitrag dazu, dass im Grunde nicht allein die Kurzfristigkeit die Wertermittlung beherrscht, sondern dass hier auch wieder ein Stück Ruhe und Langfristigkeit hineinkommt. Das heißt also, wir haben alles darangesetzt, die zum Teil irrationalen Abwertungsspiralen zu durchbrechen und existierende Werte nicht sozusagen einer Preisvernichtung preiszugeben. Ich denke, dass es richtig war, auch auf europäischer Ebene die Bilanzierungsregeln an die amerikanischen Regeln anzupassen. Gleiche Wettbewerbsregeln im internationalen Bereich sind das A und O für eine offene und global agierende Wirtschaft. Wir werden natürlich die internationalen Bilanzierungsregeln mit den Kriterien der Transparenz und der Vergleichbarkeit der Abschlüsse immer wieder überprüfen.

All das, was ich bisher hinsichtlich unseres Maßnahmenpakets dargestellt habe, kann natürlich nur ein Baustein auf dem Weg sein. Wir müssen vor allen Dingen miteinander überlegen, welche Lehren wir aus dieser Krise ziehen und wie wir verhindern können, dass es wieder zu einer solchen Situation kommt.

Um den Gefahren weiterer Verwerfungen auf den Finanzmärkten möglichst wirksam begegnen zu können, brauchen wir einen zweiten Baustein, der die neue Finanzmarktverfassung komplett macht: eine Neubestimmung der internationalen Regeln. Hier wird Europa eine führende und auch sehr fordernde Rolle einnehmen. Ich glaube, dass wir handeln müssen. Deshalb muss das Treffen der G 20 auf dem Weltfinanzgipfel – also das Treffen der 20 führenden Wirtschaftsländer – am 14. und 15. November mehr sein, als nur ein Treffen. Es muss ein klares Mandat, so jedenfalls meine Vorstellung, für einen Verhandlungsprozess verabschiedet werden, der nicht länger als ein Jahr dauern sollte, um wirklich zu neuen Regeln zu kommen.

Wir erleben dabei, dass es selbstverständlich ist, dass Schwellenländer wie China, Indien und andere daran teilhaben. Wir wirtschaften in einem gemeinsamen Kreislauf. Wir fühlen uns als Bundesregierung bezüglich unserer eigenen G8-Präsidentschaft im letzten Jahr auch ein Stück weit bestätigt.

Wir haben damals nämlich zwei Dinge gemacht:

Wir haben erstens auf die Notwendigkeit einer stärkeren Regulierung der Finanzmärkte hingewiesen und haben auch konkrete Vorschläge dazu unterbreitet. Das war damals im angelsächsischen Raum nicht ganz so populär wie heute.

Wir haben zweitens einen so genannten Heiligendamm-Prozess in Gang gebracht – ein beständiges Forum der Zusammenarbeit von G 8 plus den wesentlichen Schwellenländern, womit wir auf das vorbereitet sind, was wir heute sehen, nämlich dass die G8-Staaten Wirtschafts- und Finanzregeln nicht mehr allein aufstellen können.

Finanzmärkte schweben nicht im luftleeren Raum. Deshalb geht es jetzt darum, die Auswirkungen der Finanzkrise auf die Wirtschaft so weit wie möglich zu begrenzen. Ich glaube, wir wissen, dass Deutschland in den letzten drei Jahren stark genug geworden ist – stärker, als wir es vor 2005 waren –, um eine solche Krise durchleben zu können. Aber wir wissen auch, dass wir den Unternehmen in unserem Land eine Brücke bauen müssen. Breit gestreute steuer- oder schuldenfinanzierte Konjunkturprogramme wären allerdings, wie ich glaube, der falsche Weg, um eine solche Brücke zu bauen. Sie haben das eben auch gesagt. Ein kurzfristiges Strohfeuer kann uns volkswirtschaftlich nicht helfen. Wir brauchen gezielte und nachhaltig begründete Entscheidungen, die das Vertrauen in unseren Standort stärken, die auf die Zukunft und die Zukunftsfähigkeit unserer Produkte gerichtet sind.

Die Bundesregierung wird – der Bundesfinanz- und der Bundeswirtschaftsminister bereiten das gemeinsam vor – ein solches Paket in der kommenden Woche verabschieden. Es wird sehr gezielt sein. Es wird mutig sein. Es wird vor allen Dingen nachhaltig sein.

Ich will in diesem Zusammenhang auch noch einmal darauf hinweisen, dass wir bereits vor wenigen Wochen einige wichtige Maßnahmen beschlossen haben, die auch in diese Richtung gehen. Ich denke an die Erhöhung von Familienleistungen, an die konstanten sozialen Sicherheitsbeiträge, an die Lohnsatzkosten. Die paritätisch finanzierten Lohnzusatzkosten bleiben unter 40 Prozent, und zwar deutlich unter 40 Prozent. Wir müssen alles daran setzen, dass wir diese erreichten Vorteile eher ausbauen und stärken, als sie wieder zur Disposition zu stellen. Hilfreich ist sicherlich auch die jüngste Leitzinssenkung der Europäischen Zentralbank. Ich glaube aber auch, dass viele Unternehmen auch durch die Erhöhung der Eigenkapitalquote in den letzten Jahren ihre Wettbewerbsfähigkeit gestärkt haben.

Wir haben eine ganze Reihe von Maßnahmen in der vergangenen Zeit getroffen. Die Unternehmensteuerreform ist zum 1. Januar 2008 in Kraft getreten, die Steuerlast von zuvor 39 Prozent konnte deutlich gesenkt werden. Körperschaftsteuer mit Solidaritätszuschlag und Gewerbesteuer führen jetzt zu einer Steuerbelastung von rund 30 Prozent. Damit hat sich Deutschland schon aus dem Kreis der Hochsteuerländer verabschiedet und ist nun in einem vernünftigen Mittelfeld.

Herr Börner hat darauf hingewiesen, dass der Erbschaftsteuer eine große Bedeutung zukommt. Wir wissen um diese Bedeutung. Wir wissen allerdings auch, dass uns das Bundesverfassungsgericht ein Urteil präsentiert hat, das es uns nicht ganz einfach macht, beim Vererben von Substanz anders vorzugehen als beim Vererben von Kapital, weil die Vergleichbarkeit der Bewertungen gewährleistet sein muss. Das war über viele Jahrzehnte in Deutschland nicht der Fall. Wir wussten alle miteinander, dass das vielleicht vor den Augen des Bundesverfassungsgerichts keinen Bestand haben würde. Das Bundesverfassungsgericht hat uns nun den Auftrag gegeben, nur dann Erleichterungen bei der Erbschaftsteuer zuzulassen – aber diese Möglichkeit gibt es immerhin –, wenn damit ein für die gesamte Gesellschaft verbundener Mehrwert deutlich sichtbar wird.

Wie wir das nun in einer möglichst unbürokratischen Form hinbekommen – gleiche Bewertung von zu Vererbendem, gekoppelt mit einer Besserstellung der zu vererbenden Werte, die

dem Gemeinwohl in besonderer Weise dienen –, das ist die nicht ganz triviale Aufgabe, vor der wir stehen, aber zu der wir auch stehen. Darauf können Sie sich verlassen.

Das heißt also, die Entscheidungen müssen in den nächsten Tagen fallen. Ich glaube, es ist machbar. Ich glaube auch, dass Sie informiert sind, dass wir jetzt schon eine ganze Reihe von Verbesserungen gegenüber dem bisherigen Gesetzentwurf diskutiert haben – angefangen bei der Behaltensfrist bis zum so genannten Fallbeileffekt. Da gibt es deutliche Verbesserungen. Ich glaube, dass wir damit ganz nahe an das heranrücken, was wir uns gemeinsam vorgenommen haben. Ich bin jedenfalls zuversichtlich, dass wir zu einem ordentlichen Ergebnis kommen können.

Bei den Lohnnebenkosten möchte ich auch noch einmal daran erinnern, dass wir jetzt alles darangesetzt haben, um die Spielräume wirklich auszuschöpfen. 2006 hatten wir bei der Arbeitslosenversicherung noch einen Beitragssatz in Höhe von 6,5 Prozent, heute von 3,3 Prozent. Wir haben uns entschlossen, ihn langfristig auf 3,0 Prozent und für eine bestimmte Zeit, die wir überschauen können, auf 2,8 Prozent zu senken. Das ist eine Reformdividende, die wir den Beitragszahlern zurückgeben. Ich will nicht verkennen, dass ein Teil davon – aber wirklich nur ein Teil davon – durch die Anhebung der Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung wieder kompensiert wird. Aber ich glaube, dass das Ziel insgesamt, das wir uns vorgenommen haben, erreicht wird. Das ist eine gute Nachricht.

Bei den Krankenversicherungsbeiträgen will ich nur darauf hinweisen: Der von der Bundesregierung verabschiedete durchschnittliche Beitragssatz von 14,6 Prozent ist nicht der erzwungene Beitragssatz, sondern es ist der durchschnittliche Beitragssatz. Jede Krankenkasse hat jetzt die Möglichkeit, im Wettbewerb ihren Versicherten auch etwas zurückzuzahlen, Mehrleistungen anzubieten. Das wird ein bisschen verkannt. Wo immer es diese Spielräume gibt, sollten wir also den Wettbewerbsgedanken durchaus auch in einem Feld wirken lassen, wo er bis jetzt noch nicht so gewirkt hat. Bis jetzt hat jede Krankenkasse ziemlich unscheinbar vor sich hin die Krankenversicherungsbeiträge erhöht. Das hat im letzten Jahr im Übrigen im Durchschnitt zu einer Erhöhung der Krankenversicherungsbeiträge um 0,7 Prozent geführt.

Wir wollen mehr Transparenz in den Krankenversicherungen, auch mehr Nachfragen der Versicherten, was ihnen ihre Krankenkasse bietet, gute Wechselmöglichkeiten und natürlich Krankenkassen, die ein Interesse daran haben, ihren Versicherten gute Leistungen anzubieten, aber das auch zu einem möglichst guten Preis.

Wir wissen, dass die tragende Säule unseres Wirtschaftssystems in Deutschland der Mittelstand ist – der Mittelstand, die Familienunternehmen. Das ist im Übrigen auch eine interessante Lehre aus der Sozialen Marktwirtschaft: Ludwig Erhard musste sich mit dem Bundesverband der Deutschen Industrie schwer anlegen, als er das Wettbewerbsrecht, das Kartellgesetz geschaffen hat, weil die großen Unternehmen natürlich nicht besonders viel Interesse daran hatten, dass es eine fein diversifizierte mittelständische Struktur in Deutschland gibt; ohne Kartellrecht würde es sie auch nicht geben. Das ist ein klassisches Beispiel dafür, wie ein Ordnungsrahmen auch die Kraft einer Wirtschaftsordnung schärft und ermöglicht.

Wir haben in drei „Mittelstandsentlastungsgesetzen“ versucht, dem Mittelstand zu helfen. Wir haben in den Fragen der Statistik, Buchführung und Genehmigungspflichten bisher eine Entlastungswirkung von 1,5 Milliarden Euro geschaffen und die handelsrechtlichen Buchführungs- und Bilanzierungspflichten für Einzelkaufleute abgeschafft, wenn sie bestimmte Schwellenwerte bei Umsatz und Gewinn nicht überschreiten. Das ist auch eine Entlastung von rund 1,2 Milliarden Euro.

Ich glaube, dass es uns insgesamt gelungen ist, mit dem Normenkontrollrat auch eine Kultur einer besseren Rechtsetzung zu schaffen. Denn die Bürokratiekosten müssen jetzt immer ermittelt und transparent gemacht werden. Der Normenkontrollrat schreibt zu jedem neuen Gesetz, das wir machen, eine Stellungnahme.

Ich glaube, dass uns das bei der Rechtsetzung schon ein Stück weit treibt. Interessant war zum Beispiel, dass gerade auch bei der Unternehmensteuerreform die Stellungnahme des Normenkontrollrats im parlamentarischen Bereich dazu geführt hat, einfachere Regelungen zu finden als die, die vorgehen waren.

Wir wissen, dass in dem Bereich, in dem wir innenpolitisch handeln können, natürlich auch viele so genannte weiche Faktoren für den Standort Deutschland von äußerstem Interesse sind. Ich sage voraus, dass das Thema Integration im nächsten Jahrzehnt von zentraler Bedeutung sein wird. Es ist heute schon wichtig. Denn wenn wir uns einmal anschauen, dass heute schon 40 bis 50 Prozent der Menschen im Alter von unter 25 Jahren in den Wirtschaftsregionen Deutschlands einen Migrationshintergrund haben, dann wissen wir, wie wichtig das Thema Integration für die Leistungsfähigkeit unserer Volkswirtschaft ist. Schon jetzt haben wir auch von Fachkräftemangel gesprochen. Wie wird das erst werden, wenn die demografischen Veränderungen zunehmen und wir dann nicht in der Lage sind, auch jenen mit Migrationshintergrund wirklich gleiche Chancen auf Ausbildung und Bildung zu bieten?

Ich bedanke mich bei der deutschen Wirtschaft, die in vielfältiger Weise unseren Nationalen Integrationsplan unterstützt. Wir haben jetzt auf dem Bildungsgipfel auch dafür Sorge getragen, dass die Schnittstellen zwischen den einzelnen Bildungsstufen besser ausgestaltet werden. Natürlich gibt es unterschiedliche Verantwortlichkeiten. Aber was nützt es der Wirtschaft, was nützt es denen, die Fachkräfte brauchen, was nützt es dem jungen Menschen, wenn er aus der Schule kommt und damit der Länderverantwortung entwindet und direkt in die Verantwortung der Bundesagentur für Arbeit hineinkommt und die Bundesagentur als Erstes mit den Beitragsgeldern dafür Sorge tragen muss, dass ein Hauptschulabschluss nachgeholt wird, dass die Ausbildungsfähigkeit hergestellt wird? Deshalb müssen wir an dieser Schnittstelle natürlich enger zusammenarbeiten. Die Bundesregierung wird dieses Thema auch weiter auf der Tagesordnung halten.

Wir haben uns dazu verpflichtet, drei Prozent des Bruttoinlandsprodukts für Innovation, das heißt, für Forschung und Entwicklung auszugeben. All das sind Dinge, von denen wir in diesen Tagen auf gar keinen Fall irgendeinen Abstrich machen dürfen – dazu haben wir uns verpflichtet, auch bei der Ausgestaltung unseres Bundeshaushalts. Denn es wäre sozusagen absolut kontraproduktiv, wenn wir die langfristigen Investitionen in Technologie und in die Köpfe der Menschen jetzt aufgeben würden. Das Gleiche gilt für die Familienpolitik, weil auch gerade hier die Zukunft unserer Gesellschaft gestaltet wird. All das sind gemeinschaftliche Überzeugungen der Bundesregierung.

Ich glaube, beim Bundesverband des Groß- und Außenhandels ist neben der Frage, wie wir eine internationale Finanzmarktverfassung schaffen, auch die Frage, wie faire Handelsbedingungen geschaffen werden können, von allergrößter Bedeutung. Wir arbeiten daran, dass wir die Doha-Runde zu Ende bringen. Das ist extrem schwierig. Trotzdem glaube ich nach wie vor, dass die WTO und das multilaterale Handelssystem die richtige Antwort auf die weltweite Verflechtung sind und nicht lauter bilaterale Handelsabkommen. Auch hier bedanke ich mich für die vielfältige Unterstützung, die wir erfahren haben.

Insgesamt haben wir also eine Zeit, in der Weichen sehr intensiv gestellt werden müssen. Wir haben eine Zeit, in der sich zeigt, dass Wirtschaft, Arbeitnehmer und Staat in gemeinsamer Verantwortung dazu verpflichtet sind, die Zukunft vernünftig zu gestalten. Ich bedanke mich bei Ihnen, Herr Börner, und bei Ihren Kolleginnen und Kollegen ganz herzlich dafür, dass Sie sich dieser Verantwortung stellen und dass Sie damit auch einen Beitrag für die Zukunft unseres Landes leisten. Herzlichen Dank und auf gute Zusammenarbeit.

Deutscher Steuerberaterverband e.V. (DStV), Berlin

„Unternehmen steuern“

31. Deutscher Steuerberatertag in Bonn

Die Anziehungskraft des Deutschen Steuerberatertags vom 20. bis 22. Oktober in Bonn war trotz der aktuellen Turbulenzen an den Finanzmärkten und in der Wirtschaft ungebrochen. Etwa 1000 Teilnehmer – bestehend aus Steuerberatern, Richtern, Wissenschaftlern und Finanzbeamten – trafen sich nunmehr zum 31. Mal, um neue fachliche Impulse zu diskutieren und ihre bestehenden Kontakte zu pflegen.

In seiner Eröffnungsrede würdigte Jürgen Pinne, Präsident des Deutschen Steuerberaterverbandes (DStV), die Verdienste der Steuerberater bei der Modernisierung des Steuerverfahrens. Pinne warnte jedoch davor, Bürokratie nur zu Gunsten der Finanzverwaltung zu bekämpfen. Dem Steuerpflichtigen drohten demgegenüber stetig neue Pflichten. Dabei kritisierte Jürgen Pinne auch die Sicherheitsgesetze, welche die Vertraulichkeit des Mandatsverhältnisses zunehmend aufweichen.

Unter dem Motto „Unternehmen steuern“ stand in den drei Tagen u. a. die Reform der Erbschaftsteuer im Mittelpunkt. „Die den Bürgern zugesagte Übergangsfrist kann nicht mehr eingehalten werden, der Stillstand wird allein auf dem Rücken der Steuerpflichtigen ausgetragen“, kommentierte Präsident Pinne die politische Hängepartie. Der DStV-Präsident plädierte für ein transparentes und systematisches Steuerrecht. Die bestehenden Regelungen würden von der großen Mehrheit der Bevölkerung schon wegen ihrer Kompliziertheit als ungerecht empfunden.

Bei zahlreichen Veranstaltungen, wie zur Abgeltungssteuer, zum Steuerstrafrecht nach dem „Liechtenstein-Schock“ oder zum Rechtsdienstleistungsgesetz standen für alle Interessierten vielfältige Möglichkeiten zum Austausch. Mit der Stadt Bonn kehrte der DStV zeitweilig zu seinem Gründungsort und jahrzehntelangem Sitz zurück.

Rechtsdienstleistungsgesetz kommt insbesondere Steuerberatern zugute

Der Verbandstag unterstrich im weiteren Verlauf, dass es die erklärte Absicht des deutschen Gesetzgebers war, mit dem am 1. 7. 2008 in Kraft getretenen Rechtsdienstleistungsgesetz die Befugnis zur Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch Nichtanwältinnen zu erweitern. Die Gesetzesänderung setzte entsprechende Urteile des Bundesverfassungsgerichts um.

Interessant für Steuerberater seien besonders Rechtsdienstleistungen als Nebenleistung zu steuer- oder wirtschaftsberatenden Hauptleistungen. Anders als früher reiche ein sachlicher Zusammenhang zwischen diesen Tätigkeiten und der Rechtsdienstleistung aus. Erlaubt sei nicht nur eine untrennbar mit der Steuerberatertätigkeit verbundene Minimalberatung, sondern alles, was die Gesamtberatungsleistung „rund“ erscheinen lasse, sofern die Schwierigkeit der enthaltenen Rechtsfragen nicht die Gesamtleistung dominiere. Betriebswirtschaftliche Empfehlungen dürften etwa von Steuerberatern auf ihre Vereinbarkeit mit Arbeits- oder Wettbewerbsrecht geprüft werden, Steuergestaltungsberatung schließe damit zusammenhängende zivilrechtliche Beratung ein.

Nichtanwalt sei hierbei nicht gleich Nichtanwalt. Steuerberatern komme unter nichtanwältlichen Rechtsdienstleistern eine herausragende Rolle zu. Denn bei der Beurteilung, ob eine Rechtsdienstleistung Nebenleistung sei, sei zu berücksichtigen, welche Rechtskenntnisse für die Haupttätigkeit erforderlich sind. Steuerberater hätten eine gesetzlich vorgeschriebene juristische Ausbildung auch im nichtsteuerlichen Bereich. Besonders mit dem Sozialversicherungsrecht seien Steuerberater regelmäßig befasst.

Der DStV empfiehlt Steuerberatern, in Zweifelsfällen mit Rechtsanwälten zu kooperieren und Rücksprache mit ihrer Berufshaftpflichtversicherung zu halten.

Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche Forschung e.V. (gif), Wiesbaden

Braucht der Markt die Verkaufsfläche?

Prominent besetzte Arbeitsgruppe der Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung e. V. (gif) setzt sich mit Definitionsfragen der Verkaufsfläche im Einzelhandel auseinander

Der Begriff der Verkaufsfläche ist ein spezifisch deutschsprachiges Phänomen. Entsprechend verwundert sind gerade Investoren oder Entwickler aus dem angelsächsischen Raum, die gewöhnt sind in Begrifflichkeiten wie Gross Leasable / Lettable Area (GLA) oder Gross Internal Area (GIA) zu denken und zu handeln, wenn sie auf dem deutschen Markt aktiv werden. International übliche Benchmarks für die Bewertung von Einzelhandelsimmobilien müssen dann erst einmal angepasst und vergleichbar gemacht werden.

Aber auch in Deutschland selbst führt der Begriff der Verkaufsfläche und dessen Verwendung immer wieder zu Überraschungen. Dass Verkaufsfläche nicht gleich Verkaufsfläche ist, zeigte sich in der Vergangenheit nicht nur an dem immer wieder zitierten Beispiel jenes Shopping Centers, bei dem vor nicht allzu langer Zeit im Auswahlverfahren der Betreiber mit der „kleineren“ Verkaufsflächendimensionierung den Zuschlag bekam und letztendlich eine größere Fläche realisierte, als der aus diesem Grunde unterlegene Wettbewerber geplant hatte – eben weil eine andere, engere Abgrenzung des Verkaufsflächenbegriffs vorgenommen wurde. Die Beurteilung von Teilflächen ist immer wieder ein Fall für die Rechtsprechung:

- Gehört denn nun die Vorkassenzone in einem Supermarkt beispielsweise noch zur Verkaufsfläche auch wenn dort keine Waren präsentiert oder verkauft werden?
- Zählt bei einer Bäckerei oder Metzgerei der Bereich hinter dem Verkaufstresen noch zur Verkaufsfläche auch wenn diese für den Kunden überhaupt nicht zugänglich ist?
- Zählen Gastronomie- oder Dienstleistungsflächen in einem Einkaufszentrum auch zur Verkaufsfläche? Wenn nein, was ist, wenn diese im Rahmen des Mieterwechsels mit einem Einzelhandelsbetrieb nachbelegt werden?
- Wie sind die Mallbereiche oder Eventflächen in einem Shopping Center zu bewerten?
- Sind Freiverkaufsflächen als nur temporär genutzte Flächen vor einem Gebäude nun im Wortsinne „Verkaufsflächen“ oder nicht?

2005 hat das Bundesverwaltungsgericht in einigen Fragen wichtige Entscheidungen gefällt, im Detail tun sich jedoch auch die Genehmigungsbehörden weiterhin schwer mit der Flächenabgrenzung. Entsprechend einem Runderlass der Bezirksregierung Düsseldorf sind die sog. „Wanzl-Boxen“, das sind die bei

Supermärkten oder Lebensmitteldiscountern meist im Außenbereich oder bei den Parkplätzen untergebrachten Abstellboxen für die Einkaufswagen zur Verkaufsfläche zu zählen. Die Begründung: früher wurden die Einkaufswagen innerhalb des Marktes aufgereiht; die Verlagerung ins Freie habe somit zu einer Verkaufsflächenvergrößerung geführt, welche wieder ausgeglichen werden müsse. So bedeutet im Verständnis der Genehmigungsbehörden Verkaufsfläche in Nordrhein-Westfalen nicht unbedingt dasselbe wie in Baden-Württemberg.

Völlig verwirrend wird es im Grenzraum zu den europäischen Nachbarn, wo die Planung im Rahmen der *Euregio* grenzüberschreitende Abstimmungen vorzunehmen hat. Die Begriffe sind dieselben, nur bedeuten sie je nach Auslegung etwas anderes. Das österreichische Bundesland Tirol hat sich bereits überhaupt von dem Begriff der Verkaufsfläche verabschiedet und redet nur noch von „Kundenfläche“, selbstverständlich mit wiederum eigener Definition. Zu den Auslegungsproblemen der Behörden kommt dann noch die Kreativität verschiedener Entwickler und Betreiber mit einer Vielzahl an Interpretationsvarianten.

Die Vielfalt des Verkaufsflächenbegriffs und dessen ungenaue Definition verleitet nach Erkenntnis von Experten zu Manipulationen der tatsächlichen Größe einer solchen Fläche oder der daraus abgeleiteten Kennzahlen (z. B. Flächenproduktivität). Diese Vielfalt trägt auch zu einer mangelhaften Transparenz des Marktes bei. Gleichzeitig ist der Begriff der Verkaufsfläche für die Vermietungspraxis ohne jede Bedeutung – Mietverträge beziehen sich auf die vermietete Fläche und nicht auf die darin enthaltene Verkaufsfläche.

Experten, wie der bekannte Shopping Center-Consultant Peter Fuhrmann fordern deshalb bereits seit Jahren den Begriff der Verkaufsfläche abzuschaffen und durch die GLA oder die MF-G¹ zu ersetzen. Dem hält die Rechtsprechung entgegen, dass „durch die Genehmigungspraxis und die damit bestehende Verankerung der Verkaufsfläche in tausenden von Bebauungsplänen ein solcher Systemwechsel eine Generationenaufgabe“ sei, wie der Verwaltungsrechtler Raimund Volpert von der Münchner Kanzlei Nörr-Stiefenhöfer-Lutz und der Baurechtler Prof. Dr. Hans-Jörg Birk aus Stuttgart betonen.

Mit einer hochrangig besetzten Arbeitsgruppe will die Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung e.V. (gif) dies nun angehen. Ziel ist es dabei zunächst *nicht* den Verkaufsflächenbegriff zu ersetzen, sondern diesen transparent und nachvollziehbar zu bestimmen und – differenziert nach Branchen- und Betriebstypen – mit Flächendefinitionen für Grund- und Mietfläche vergleichbarer zu machen. Damit sollen insbe-

sondere auch marktgängige Flächendefinitionen wie die GLA bzw. die MF-G sukzessive Eingang in die Genehmigungspraxis finden und so langfristig von der Verwendung des Begriffes Verkaufsfläche zur Terminologie der Mietfläche überleiten.

Erste Ergebnisse der Arbeitsgruppe werden für Ende des Jahres erwartet.

Die Mitglieder der gif-Arbeitsgruppe „Verkaufsfläche“ im Überblick:

Frank Achenbach, Industrie- und Handelskammer Offenbach
 Dr. Thomas Beyerle, DEGI Deutsche Gesellschaft für Immobilienfonds, Eschborn
 Prof. Dr. Hans-Jörg Birk, Eisenmann Wahle Birk Rechtsanwaltskanzlei, Stuttgart
 Mario Bonet, Mideon Area Management GmbH, Aschaffenburg
 Prof. Dr. Bernd Falk, IfG Institut für Gewerbezentren, Starnberg
 Pieter Fraune, RKW Rhode-Kellermann-Wawrowsky Architektur + Städtebau, Düsseldorf
 Dr. Josef Frechen, BulwienGesa GmbH, Hamburg
 Alastair Green, Prime Consulting, Düsseldorf
 Ulrike Hotz, Stadtverwaltung Reutlingen
 Prof. Dr. Gunter Kölz, Planungsgruppe Kölz, Ludwigsburg
 Prof. Dr. Lothar Müller-Hagedorn, ehem. EHI Institut für Handelsforschung, Köln
 Stefan Pfeifer, Pfeifer Immobilienconsulting, Dreieich
 Rüdiger Pleus, GCSC German Council of Shopping Centers, Ludwigsburg
 Paul Vogels, ehem. GMA Gesellschaft für Markt- und Absatzforschung mbH
 Raimund Volpert, Nörr Stiefenhöfer Lutz Rechtsanwaltskanzlei, München
 Dr. Joachim Will, ecostra GmbH, Wiesbaden

Die Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung e.V. wurde am 15. Oktober 1993 gegründet und hat inzwischen über 1100 Mitglieder. Die Gesellschaft strebt die Zusammenarbeit von Theorie und Praxis an und trägt zur Klärung wichtiger immobilienwirtschaftlicher Fragestellungen sowie zur Verbesserung der Markttransparenz bei. Der Verein ist selbstlos tätig und verfolgt ausschließlich gemeinnützige Zwecke.

1) Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für gewerblichen Raum (MF-G), herausgegeben von der Gesellschaft für immobilienwirtschaftliche Forschung e. V. (gif)

Gewerbemiete

§§ 123, 581 BGB

Jagdpacht; Arglist-Anfechtung des Vertrags; Aufklärungspflicht der Jagdgenossenschaft über Planung von Windkraftanlagen im Revier; Schadensersatz c. i. c

Die Jagdgenossenschaft ist verpflichtet, dem an der Jagdpacht Interessierten die Umstände der Planung von Windkraftanlagen auf dem Gebiet der vertraglich zu vereinbarenden Jagdpacht zu offenbaren.

Der Schadensersatzanspruch bei Arglistanfechtung der Jagdpacht schließt die den Gepflogenheiten unter Jägern geschuldeten verlorenen Aufwendungen für jagdliche Einrichtungen ein.

(LG Neuruppin, Urteil vom 8. 4. 2008 – 2 O 286/07)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten über die Beendigung eines Jagdpachtvertrages.

Die Parteien schlossen am 29. 3. 2006 einen „Jagdpachtvertrag“ über den Teiljagdbezirk „M. L. II“ mit einer vereinbarten Laufzeit bis zum 31. 3. 2018. Als Entgelt für das vom 1. April bis zum 31. März des Folgejahres laufende Pachtjahr vereinbarten die Parteien einen jeweils bis zum 10. Werktag eines Pachtjahres im Voraus zu entrichtenden Betrag von 6650,00 €. Die danach von dem Kläger zu leistenden Jahresentgelte für die Pachtjahre 2006 und 2007 zahlte er jeweils an die Beklagte [= Jagdgenossenschaft]. Mit anwaltlichem Schreiben vom 6. 7. 2007 teilte der Kläger gegenüber der Beklagten mit, er habe nunmehr erfahren, es sollten auf dem Gebiet seiner Jagdpacht bis zu zwanzig Windkraftträder errichtet werden, wovon

fast $\frac{1}{3}$ der Pachtfläche betroffen sei. Er befürchte dadurch einen erheblichen Rückgang des Wildbestandes und Einschränkungen bei der Jagd selbst. Der Windpark werde gemäß Rückfrage beim Landkreis O. bereits seit den 90er Jahren geplant. Er gehe deshalb davon aus, dass diese Umstände der Beklagten bei Abschluss des Vertrages bekannt gewesen und von ihr arglistig verschwiegen worden seien. Sollte sich eine einvernehmliche Lösung nicht im Rahmen einer Rückantwort bis zum 31. 7. 2007 abzeichnen, werde er den Pachtvertrag kündigen oder anfechten. Nach Zugang des Schreibens bei der Beklagten kam es zunächst zu telefonischen Gesprächen, in deren Folge eine gütliche Einigung nicht zustande kam. Mit anwaltlichem Schreiben vom 20. 7. 2007 erklärte der Kläger daraufhin gegenüber der Beklagten, er erkläre „die Anfechtung der auf Abschluss (sic!) des im Betreff genannten Jagdpachtvertrages gerichteten Willenserklärung gemäß § 123 BGB“. Daneben forderte er die Beklagte – ausgehend von einer Vertragsbeendigung zum 23. 7. 2007 – in dem Schreiben zur anteiligen Rückzahlung des für das laufende Pachtjahr im Voraus geleisteten Entgelts von 4631,42 € sowie zur Erstattung der ihm bisher entstandenen Rechtsanwaltskosten von 837,52 € auf. Das Schreiben ging der Beklagten am 21. 7. 2007 zu. Eine Zahlung leistete die Beklagte daraufhin nicht. Mit Schreiben vom 24. 7. 2007 teilte die Beklagte durch ihre Vorstandsmitglieder M. und S. mit, sie weise den Vorwurf der arglistigen Täuschung zurück, weil die Jagdverpachtung nicht von ihr, sondern von dem Kläger ausgegangen sei. Sie sei davon ausgegangen, der Kläger habe sich selbst „umfassend über das Revier informiert“. Der Beklagten war zur Zeit des Vertragsschlusses die geplante Einrichtung eines Windparks „M.-L.“ mit bis zu 20 Windkraftträdern bereits aus Anhörungen im Genehmigungsverfahren bekannt. Eine erneuerte Baugenehmigung für den Windpark mit insgesamt zwanzig Windrädern mit einer Nabenhöhe von jeweils 85 m wurde zwischenzeitlich am 21. 5. 2007 von der zuständigen Baubehörde erteilt. Drei Windräder waren bereits seit längerer Zeit vorhanden. Ein gegen die Vollziehung der Baugenehmigung eingereicherter Eilantrag des insoweit als Drittwiderspruchsführer handelnden Amtes T. wurde durch das Verwaltungsgericht Potsdam zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde wurde von dem Oberverwaltungsgericht noch nicht beschieden.

Der Kläger ist der Auffassung für die Wirksamkeit der Arglistanfechtung komme es nicht darauf an, ob er durch die unmittelbar bevorstehende Errichtung der Windkraftträder einen wirtschaftlichen Schaden erleiden werde. Davon gehe er zwar aus, zumal er auch bei Rückgang der Abschusszahlen weiterhin verpflichtet sei, den Landwirten der Umgebung etwaig entstandene Wildschäden zu ersetzen. Dies sei für die Arglistanfechtung jedoch nicht entscheidend, weil er den Jagdpachtvertrag bei Kenntnis von der Bauplanung nicht geschlossen hätte. Er meint, die Beklagte habe ihn insoweit durch das Verschweigen des seit langem schwebenden Genehmigungsverfahrens arglistig getäuscht. Er behauptet, er habe von dem Bauvorhaben erst Anfang Juli 2007 im Zuge von Vermessungsarbeiten auf dem Jagdgebiet erfahren.

Der Kläger beantragt, festzustellen, dass der Jagdpachtvertrag vom 29. 3. 2006 durch die Anfechtungserklärung vom 20. 7. 2007 rückwirkend beendet wurde, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 4631,42 € nebst Zinsen zu zahlen, festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihm sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihm aus der vorzeitigen Beendigung des Jagdpachtvertrages entstehen, die Beklagte daneben zu verurteilen, an ihn vorprozessuale Kosten der Rechtsverfolgung in Höhe von 837,52 € nebst Zinsen zu zahlen.

Die Beklagte ist der Auffassung, der Kläger hätte sich selbst umfassend über die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse des Jagdbezirks informieren müssen. Wenn er dies unterlassen habe, könne er sich nunmehr nicht auf eine arglistige Täuschung berufen. Sie behauptet, der Kläger habe nicht erst Anfang Juli 2007 von dem Bauvorhaben erfahren; die dazu von dem Kläger vorgetragenen Umstände bestreite sie mit Nichtwissen. Sie meint, unabhängig davon könne sich der Kläger nicht auf eine

Arglistanfechtung berufen, weil durch die Windkraftanlagen keine Auswirkungen auf den Wildbestand und die darauf bezogene Jagdausübung zu erwarten seien. Immaterielle Interessen an der Jagdausübung, wie etwa der ungestörte Naturgenuss, seien von dem Regelungsinhalt des streitgegenständlichen Jagdpachtvertrages nicht erfasst.

Aus den Gründen: Die Klage ist insgesamt zulässig und begründet.

Dies gilt insbesondere für den von dem Kläger verfolgten Feststellungsantrag zu 1. Die besonderen Prozessvoraussetzungen der Feststellungsklage liegen hierfür vor. Gemäß § 256 Abs. 1 ZPO ist eine Feststellungsklage statthaft, wenn das Bestehen oder Nichtbestehen eines gegenwärtigen Rechtsverhältnisses festgestellt werden soll und der Kläger ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung hat. Bei einem Jagdpachtvertrag handelt es sich um ein solches Rechtsverhältnis, das noch gegenwärtig ist, da sein Bestehen oder Nichtbestehen gerade von der Wirksamkeit der von dem Kläger erklärten Anfechtung abhängt. Der Kläger hat auch ein Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO. Ein solches ist gegeben, wenn eine tatsächliche Unsicherheit das Rechtsverhältnis gefährdet und wenn die begehrte Feststellung geeignet ist, diese Gefährdung zu beseitigen. Indem die Beklagte die Wirksamkeit der von dem Kläger erklärten Anfechtung bestreitet, besteht die danach zu verlangende Unsicherheit für das streitgegenständliche Rechtsverhältnis fort.

Dem Kläger steht der mit dem Antrag zu 1. verfolgte Anspruch auf Feststellung der Beendigung des Jagdpachtvertrages vom 29. 3. 2006 auch in der Sache zu, denn er hat diesen Vertrag mit vorgerichtlichem Anwaltsschreiben vom 20. 7. 2007 nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB wirksam angefochten.

Nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB kann derjenige, der durch arglistige Täuschung zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt worden ist, die Erklärung anfechten. Die wirksame Anfechtung bewirkt gemäß § 142 BGB, dass ein durch die Erklärung zustande gekommenes Rechtsgeschäft als von Anfang an (ex tunc) nichtig anzusehen ist.

Diese Voraussetzungen liegen in Ansehung der von dem Kläger zu dem streitgegenständlichen Jagdpachtvertrag vom 29. 3. 2006 abgegebenen (Annahme-)Erklärung vor. Unstreitig setzte die Beklagte den Kläger anlässlich der Vertragsverhandlungen nicht darüber in Kenntnis, dass auf dem Gebiet der in dem Vertrag vereinbarten Jagdpacht das Landesumweltamt Brandenburg bereits einmal mit – zwischenzeitlich überholtem – Bescheid vom 7. 7. 2004 den Bau von insgesamt zwanzig Windkraftanlagen genehmigt hatte, was hier unter Berücksichtigung des auch danach weiterhin schwebenden Genehmigungsverfahrens einerseits und der von dem Kläger dargelegten Motivationslage für den Vertragsschluss andererseits eine Arglistanfechtung des Jagdpachtvertrages gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 BGB begründet.

Denn unter Würdigung des von den Parteien mitgeteilten Sachverhaltes sowie der ergänzenden Anhörung der Parteien im Verhandlungstermin steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der Kläger bei Kenntnis von diesem Bauvorhaben den streitgegenständlichen Jagdpachtvertrag nicht abgeschlossen hätte. Entgegen der Auffassung der Beklagten kommt es für die danach begründete Arglistanfechtung nicht darauf an, ob der Kläger durch den irrtumsbedingten Vertragsabschluss bereits einen Vermögensschaden erlitten hat. Dieses Erfordernis kennt der Wortlaut des § 123 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht, welcher allein auf die Kausalität der Irrtumserregung abstellt. Zu verlangen ist ein subjektiver Vermögensschaden in Sachverhaltskonstellationen wie der vorliegenden nur, wenn die Vertragsaufhebung – zulässig anspruchskonkurrierend – auf ein Verschulden bei Vertragsverhandlungen (culpa in contrahendo) gestützt wird. Denn dort korreliert den niedrigeren Verschuldensanforderungen (einfache Fahrlässigkeit) nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der notwendige Nachweis eines zumindest sub-

jektiven Vermögensschadens (vgl. BGH, NJW 1998, 302 ff. [= WuM 1998, 88]). Vor diesem Hintergrund kommt es auf die zwischen den Parteien streitige und nach dem derzeitigen Kenntnisstand der Wissenschaft wohl kaum entscheidbare Frage (vgl. LG Hildesheim, Urt. v. 22. 4. 2004 – Az.: 4 O 472/03), ob die Errichtung von Windkraftanlagen zu reduzierten Abschusszahlen von Schwarz- oder Schalenwild führen kann, nicht an.

Die Beklagte hat den Kläger durch die anlässlich der Vertragsverhandlung unterlassene Offenbarung des geplanten Windparks auch arglistig i. S. d. § 123 Abs. 1 Satz 1 getäuscht. Als mögliche Täuschungshandlung im Rahmen des § 123 BGB kommt nicht nur das Vorspiegeln falscher oder das Erstellen oder Verschweigen bestehender Tatsachen trotz Aufklärungspflicht in Betracht (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB-Kommentar, 66. Aufl., § 123 Rn. 3 ff.). Als Handlungsvariante der arglistigen Täuschung kommt darüber hinaus jedes andere Verhalten in Betracht, sofern es geeignet ist, beim Gegenüber einen Irrtum hervorzurufen und den Entschluss zur Abgabe der gewünschten Willenserklärung zu beeinflussen. So reicht es aus, wenn der Handelnde sich darüber bewusst ist, dass sein Verhalten jedenfalls in der Gesamtschau aller Einzelakte geeignet ist, den anderen in die Irre zu führen. Er muss insoweit nur mit der Möglichkeit rechnen, der Gegner würde bei Kenntnis aller Umstände die begehrte Willenserklärung nicht oder nicht mit dem erhofften Inhalt abgeben (vgl. BGH, VersR 1985, 156; BGH, NJW 1982, 2863 m.w.N.), wobei ein bedingter Vorsatz beim Täuschungswilligen für die Annahme eines „arglistigen“ Verhaltens im Sinne des § 123 BGB ausreicht (vgl. BGH, NJW-RR 1998, 904).

Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Unstreitig hatte die Beklagte vor Abschluss des Vertrages umfassende Kenntnis von dem bereits seit 1998 betriebenen Genehmigungsverfahren für den Windkraftpark „M.-L.“. Ebenso unstreitig hat sie dieses Bauvorhaben gegenüber dem Kläger im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht erwähnt. Weder ihre Einlassung, sie habe dieses Bauvorhaben mit Blick auf den angebotenen Jagdpachtvertrag für bedeutungslos erachtet, noch ihre Behauptung, der Kläger hätte sich darüber selbst aus der Tagespresse informieren können, vermag vor diesem Hintergrund einen entsprechenden Irrtum des Klägers auszuschließen.

Dass die – auch nur geplante – Errichtung von mindestens zwanzig Windkraftanlagen auf dem Jagdgebiet für jeden potentiellen Jagdpächter eine erhebliche Bedeutung haben kann, liegt nach Auffassung des Gerichts auf der Hand. Zwar sind immaterielle Aspekte, wie etwa ein ungestörter Naturgenuss, grundsätzlich nicht Gegenstand der wie hier gemäß § 1 des Jagdpachtvertrages und auch sonst in aller Regel auf das Recht zur Jagdausübung beschränkten Jagdpacht, weshalb sie nach hier vertretener Auffassung auch nicht zu einer Pachtzinsminderung berechtigen würden (ebenso AG Gelnhausen, Urt. v. 1. 8. 2003 – Az.: 53 C 1532/02; LG Hildesheim, Urt. v. 22. 4. 2004 – Az.: 4 O 472/03; a. A. hierzu wohl OLG Hamm, Urt. v. 25. 8. 1998 – Az.: 29 U 25/98). Dies kann aber dahinstehen, weil unabhängig davon jeder durchschnittliche Jäger jedenfalls den erstmaligen Entschluss, einen Jagdpachtvertrag abzuschließen, zumindest auch von der „immateriellen Qualität“ des betreffenden Jagdgebiets abhängig machen wird. Anzunehmen, ein Jäger interessiere sich allein deshalb für eine Jagdpacht, um auf dem betreffenden Gebiet „irgendeiner“ Jagdausübung nach den Anforderungen des Bundesjagdgesetzes nachkommen zu dürfen, geht an der Lebenswirklichkeit vorbei. Das gesteht die Beklagte selbst ein, wenn sie sich bereits vorprozessual mit ihrem Schreiben vom 24. 7. 2007 und auch in diesem Rechtsstreit dahingehend einlässt, sie „konnte und durfte davon ausgehen, dass ein potentieller Revierpächter sowohl die tatsächlichen als auch die rechtlichen Verhältnisse des Jagdbezirks umfassend recherchiert“. Damit gibt die Beklagte zu erkennen, dass die geplante Errichtung des Windparks auch aus ihrer Sicht ein Umstand war, der für die tatsächlichen Verhältnisse des Jagdreviers im Rahmen eines Jagdpachtvertrages vernünftigerweise von Be-

deutung war. Wenn sie allerdings der Meinung ist, solche für den Vertragsschluss bedeutsamen Informationen, die sich einem Interessenten nicht unmittelbar, sondern erst nach umfassender Recherche erschließen, müsse sich dieser selbst beschaffen, irrt sie. Denn damit verkennt sie, dass die Informationsverschaffung über nicht für jedermann sofort offenkundige Umstände in ihre Sphäre fällt, als mit den Grundstücksverhältnissen bestens vertraute Verpächterin.

Insoweit kommt es nicht darauf an, ob die Errichtung von – wie hier – insgesamt zwanzig Windkraftanlagen objektiv-nachweisbar eine Beeinträchtigung der Jagd bedeutet. Entscheidend ist für die durch § 123 Abs. 1 BGB geschützte Entschließungsfreiheit nur, ob der die Erklärung Anfechtende die Erklärung bei rechtzeitiger Kenntnis der ihm später bekannt gewordenen Umstände nicht abgegeben hätte, hier mithin, ob der Kläger subjektiv eine Beeinträchtigung der Jagd befürchtet hätte und die Unkenntnis darüber für seine Entscheidung, die Erklärung abzugeben, daher zumindest mitursächlich war (vgl. Palandt/Heinrichs, a. a. O., Rn. 24 m.w.N.).

Allein letzteres reicht aus und ist hier für den Kläger anzunehmen. Seine entsprechenden Befürchtungen hat er in nachvollziehbarer Weise dargelegt. Es ist auch kein anderer Grund ersichtlich oder von der Beklagten vorgetragen, aus welchem Grunde der Kläger – wenn nicht wegen der Errichtung der Windkraftanlage – sich sonst von dem streitgegenständlichen Jagdpachtvertrag lösen wollte. Wegen der damit verbundenen Umstände im Zusammenhang mit den unterhaltenen jagdlichen Einrichtungen – notwendige Übergabe an einen Nachpächter oder Demontage und Abtransport – ist dies sogar eher fernliegend. Dass der Kläger die avisierte Errichtung eines Windparks als vermeintlichen (Anfechtungs-)Grund nur vorschob, er also auch in Kenntnis dieses Bauvorhabens den Vertrag geschlossen hätte, kann daher nicht angenommen werden. An dieser Beurteilung ändert sich auch dann nichts, wenn zur Zeit des Vertragsschlusses bereits drei Windkrafttrader errichtet waren, wie die Beklagte andeutet. Zum einen ist nicht ohne Weiteres davon auszugehen, dass diese dem Kläger zur Zeit des Vertragsschlusses bekannt waren, zum anderen – und das ist entscheidend – stellt es einen wesentlichen Unterschied dar, ob auf einem Jagdgebiet von ca. 950 ha drei vereinzelt Windkrafttrader stehen oder ein Windpark mit zwanzig Anlagen mit einer Nabenhöhe von jeweils 85 Metern. Es ist jedenfalls bereits im Wege eines Anscheinsbeweises zu bejahen, dass das täuschungsbedingte Informationsdefizit des Klägers nach der Lebenserfahrung geeignet war, seine Erklärung wie behauptet zu beeinflussen (vgl. Palandt/Heinrichs, a. a. O., § 123 Rn. 24 m.w.N.).

Es ist entgegen der Auffassung der Beklagten ferner nicht entscheidend, ob der Kläger seinerseits die im geschäftlichen Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet respektive hinsichtlich seines unvollständigen Informationsstandes selbst fahrlässig handelte. Denn anders als die Irrtumsanfechtung (§ 119 BGB) hat die Arglistanfechtung (§ 123 BGB) gemäß ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung nach ihrem Normzweck – dem Schutz der rechtsgeschäftlichen Entschließungsfreiheit – gerade nicht zur Voraussetzung, dass der Getäuschte bei vollständiger Handhabung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben würde (vgl. nur BGHZ 33, 302, 310; BGH NJW 1971, 1795, 1798; BGH NJW 1989, 287, 288; Palandt/Heinrichs, BGB, 66. Aufl., § 123 Rn. 24). Es kann mithin auch derjenige anfechten, der dem Täuschenden die Irreführung leicht gemacht hat (BGH NJW-RR 2005, 1082, 1083).

Der Zugang des Anfechtungsschreibens vom 20. 7. 2007 respektive der Zugang der darin enthaltenen einseitigen empfangsbedürftigen Anfechtungserklärung bei der Beklagten ist gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB mit dem Einwurf in den Briefkasten anzunehmen, welcher unstreitig am 21. 7. 2007 erfolgt ist. Vor dem Hintergrund, dass der Kläger unwiderlegt erst Anfang Juli 2007 von dem Bauvorhaben erfahren hat, ist damit die gemäß § 124 BGB erst ab Kenntniserlangung der Täuschungsumstände anlaufende Jahresfrist unproblematisch eingehalten.

Das pauschale Bestreiten der Beklagten der von dem Kläger ausführlich dargelegten Umstände seiner erstmaligen Kenntniserlangung, nämlich im Zuge von Vermessungsarbeiten des als Zeugen benannten Herrn L. Anfang Juli 2007, ist unsubstantiiert. Unabhängig davon hätte es ohnehin der Beklagten obliegen, eine frühere Kenntniserlangung des Klägers darzulegen auch ggf. zu beweisen (Palandt/Heinrichs, a. a. O., § 124 Rn. 5).

Gemäß § 142 BGB ist der angefochtene Jagdpachtvertrag als von Anfang an nichtig anzusehen, was gemäß dem dahingehend formulierten Antrag zu 1. entsprechend festzustellen ist.

Die von dem Kläger mit dem Antrag zu 2. begehrte Rückzahlung der im Voraus für das Pachtjahr (1.4.2007 bis 31.3.2008) entrichteten Pacht in Höhe des für die Zeit ab dem 23.7.2008 als überzahlt anzusehenden (Teil-)Betrages von 4631, 42 € rechtfertigt sich aus dem Gesichtspunkt der Leistungskondition gemäß §§ 812 ff. BGB. Es kann für den hier zu entscheidenden Streitfall dahinstehen, ob sich der Rückforderungsanspruch nach Anfechtung wegen der Rechtswirkung des § 142 BGB richtigerweise aus *condictio indebiti* oder aus *condictio ob causam finitam* ergibt (vgl. Palandt/Sprau, a. a. O., § 812 Rn. 75). Den Rückzahlungsbetrag hat der Kläger der Höhe nach – unter nicht gebotener Berücksichtigung einer Fristberechnung für den Kündigungszugang nach § 193 BGB – jedenfalls schlüssig dargelegt. Erhebliche Einwendungen hat die Beklagte dazu nicht vorgebracht.

Der von dem Kläger zu 3. erhobene Feststellungsantrag ist ebenfalls zulässig und begründet.

Das Feststellungsinteresse hierfür ist gegeben. Insbesondere hat der Kläger plausibel dargelegt, dass er den für ihn infolge des Vertragsschlusses entstandenen Schaden noch nicht abschließend beziffern könne, weil dessen Entstehen und Höhe letztendlich davon abhängen, ob und ggf. zu welchem Übernahmepreis er die von ihm unterhaltenen jagdlichen Einrichtungen – entsprechend den unter Jägern üblichen Gepflogenheiten – einem von der Beklagten zu benennenden Nachpächter überlassen könne. Aus den damit dargelegten Umständen folgt zugleich, dass die insoweit erhobene Feststellungsklage nicht aus dem Gesichtspunkt des grundsätzlichen Vorrangs der Leistungsklage unzulässig ist. Denn der Grundsatz vom Vorrang der Leistungsklage findet keine Anwendung, wenn sich der anspruchsbegründete Sachverhalt – wie hier – noch in der Entwicklung befindet. In diesem Fall wird nach zutreffender Auffassung die Feststellung eines Anspruchs in seinem ganzen Umfang nicht einmal durch die Möglichkeit einer Leistungsklage bezüglich eines Teils des Anspruchs ausgeschlossen (vgl. BGH, NJW-RR 1986, 1026).

Der auf Feststellung eines Zukunftsschadens gerichtete Feststellungsantrag ist auch begründet. Der Kläger hat einen Anspruch gegen die Beklagte auf Feststellung, dass ihm diese zum Ersatze sämtlicher Schäden verpflichtet ist, welche ihm durch das Vertrauen auf den Abschluss des vorzeitig beendeten Jagdpachtvertrages noch entstehen, und zwar aus dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen (*culpa in contrahendo*) gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB.

Ein Feststellungsantrag ist begründet, wenn die sachlichen und rechtlichen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches vorliegen, also ein haftungsrechtlich relevanter Eingriff gegeben ist, der zu möglichen künftigen Schäden führen kann. Die Anspruchsgrundlage für künftige Schäden des Klägers im Zusammenhang mit etwaig ungünstig verlaufenden Übergabeverhandlungen mit einem Nachpächter und einem dadurch entstehenden wirtschaftlichen Verlust bezüglich der von dem Kläger bisher unterhaltenen jagdlichen Einrichtungen ergibt sich hier aus *culpa in contrahendo*. Aus *culpa in contrahendo* kann der Kläger jedenfalls den Ersatz des negativen Interesses verlangen (Palandt/Heinrichs, a. a. O. § 311 Rn. 57), ist also von der Beklagten wirtschaftlich so zu stellen, wie er stünde, wenn er den Vertrag bei richtiger Auskunftserteilung der Beklagten nicht abgeschlossen hätte (vgl. Palandt/Heinrichs, a. a. O., Vorb v

§ 249 Rn. 17). Dazu hat der Kläger unwiderlegt ausgeführt, er habe für die Übernahme jagdlicher Einrichtungen vom Vorpächter 3500.000 € verauslagt und in etwa noch einmal die gleiche Summe für weitere jagdliche Einrichtungen. Der von dem Kläger formulierte Feststellungsantrag, der sprachlich auch ein positives Schadensersatzinteresse umfassen würde, ist dieser Rechtslage entsprechend durch den Zusatz „infolge von zuvor getätigten Investitionen für jagdliche Einrichtungen“ ausdrücklich auf das negative Interesse zu begrenzen. Darin liegt indes kein kostenerhebliches Teilunterliegen des Klägers, weil diese Auffassung mit seinem wahren Begehren übereinstimmt. Die Beschränkung ergibt sich im Wege der gebotenen Antragsauslegung unter Berücksichtigung der in der Klageschrift zu dem Feststellungsantrag zu 3. dargelegten Begründung. Dort hat der Kläger selbst zutreffend dargelegt, dass die Frage, ob er auch das positive Interesse verlangen dürfte, offen bleiben könne, weil er ohnehin nur das negative Interesse geltend mache, indem er so gestellt werden wolle, „als sei der Pachtvertrag, welchen er ohne die ausführlich dargelegte arglistige Täuschung durch die Beklagte nicht abgeschlossen hätte, gar nicht zustande gekommen“ wäre. Denn dann „hätte er sich die vorstehend näher dargelegten Aufwendungen erspart“.

Das für einen Schadensersatzanspruch erforderliche Verschulden der Beklagten, welches hier unter Berücksichtigung der objektiv pflichtwidrig zurückgehaltenen Informationen gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB von der Beklagten widerlegt werden müsste, bedarf nach obigen Ausführungen zur Arglistanfechtung an dieser Stelle keiner gesonderten Begründung.

Der Kläger hat für den in Rede stehenden Teil seines Begehrens auch die nach dem derzeitigen Stand nicht auszuschließende Möglichkeit eines späteren (subjektiven) Vermögensschadens überzeugend dargelegt. Für die festzustellende Einstandsverpflichtung von Zukunftsschäden genügt bereits die nicht unwahrscheinliche Möglichkeit eines Schadenseintritts. Insoweit sind an die Begründetheit eines Feststellungsanspruchs keine strengen Anforderungen zu stellen (vgl. OLG Saarbrücken, OLGR 2000, 452 ff.). Ausreichend ist, dass eine nicht fernliegende Möglichkeit künftiger Verwirklichung der Schadensersatzpflicht besteht (vgl. BGH, NJW 2001, 1431; NJW-RR 2007, 601). Das ist mit Blick auf die von dem Kläger geschilderten wirtschaftlichen Unwägbarkeiten im Zusammenhang mit dem ungeklärten Verbleib der jagdlichen Einrichtungen (Übernahme/Demontage), die der Kläger ohne den Vertragsschluss dort nicht errichtet respektive unterhalten hätte, zu bejahen.

Die daneben begehrten Rechtsanwaltskosten stehen dem Kläger aus dem Gesichtspunkt vorgerichtlich notwendiger Kosten der Rechtsverfolgung ebenfalls aus §§ 280 Abs. 1, 249 ff. BGB zu. [wird ausgeführt].

Mitgeteilt von RA Dr. Otto, Witten

**§§ 123, 142, 812, 818 BGB; § 1 UStG
Geschäftsraummiete; Anfechtung wegen arglistiger
Täuschung neben fristloser Kündigung;
Umsatzsteuer bei Anspruch auf Wertersatz**

a) Die Anfechtung eines Mietvertrages über Geschäftsräume wegen arglistiger Täuschung ist auch nach Überlassung der Mieträume und Beendigung des Mietvertrages neben der Kündigung zulässig.

Sie wirkt gemäß § 142 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück.

b) Der in Höhe der ortsüblichen Miete bestehende Anspruch auf Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB unterliegt bei nichtigem Mietvertrag wie ein Mietzinsanspruch der Umsatzsteuer (Fortführung Senatsurteil vom 22. Oktober 1997 – XII ZR 142/95 – NZM 1998, 192 [= WuM 1999, 161]).

(BGH, Urteil vom 6.8.2008 – XII ZR 67/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über die Abwicklung eines inzwischen beendeten, von der Beklagten nachträglich wegen arglistiger Täuschung angefochtenen Mietvertrages über Wohn- und Geschäftsräume.

2 Die Klägerin verlangt von der Beklagten Zahlung restlicher Miete und rückständiger Nebenkosten. Sie hatte zunächst von der Beklagten und den früheren weiteren Beklagten zu 2 und 3 Räumung und Herausgabe des Mietobjekts verlangt. Insofern war der Rechtsstreit von den Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 28. August 2002 übereinstimmend für erledigt erklärt worden.

3 Die Klägerin schloss am 30. Juli 1997 mit der Beklagten für die Zeit vom 1. August 1997 bis zum 31. Juli 2002 einen Mietvertrag über „Büroräume im Souterrain, Hochparterre und 2. Obergeschoss“ (§ 1 Ziff. 1 des Mietvertrages) in einer von ihr 1996/1997 sanierten Altbauvilla. Beide Parteien konnten den Mietvertrag durch einmalige Option um fünf Jahre verlängern (§ 2 Ziff. 2 des Mietvertrages). Laut § 1 Ziff. 2 des Mietvertrages wurden die Mieträume in vollständig renoviertem und für den vertragsgemäßen Gebrauch nutzbaren Zustand übergeben.

4 Der monatliche Staffelmietzins wurde zunächst mit 8200 DM sowie 60 DM für den Kfz-Stellplatz jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart. Die monatliche Betriebs- und Nebenkostenvorauszahlung sollte 1341 DM betragen (§ 4 Ziff. 3 des Mietvertrages).

5 Die Beklagte vermietete mit Zustimmung der Klägerin die Räume im Souterrain und im Hochparterre als Büroräume zum Betrieb einer Anwaltskanzlei an die früheren Beklagten zu 2 und zu 3. Das zweite Obergeschoss vermietete sie an die frühere Beklagte zu 3 als Wohnraum.

6 Die Beklagte zahlte wegen verschiedener behaupteter Mängel seit November 1997 zeitweise lediglich eine geminderte Miete und gekürzte Nebenkostenvorauszahlung. Die Klägerin veranlasste verschiedene Mängelbeseitigungsmaßnahmen.

7 Wegen der Zahlungsrückstände erklärte die Klägerin am 8. Februar 2000 und in der Folgezeit wiederholt die fristlose Kündigung des Mietvertrages.

8 Mit Schreiben vom 27. Dezember 2001 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie die Wohnräume im zweiten Obergeschoss zum 31. Dezember 2001 geräumt an die Klägerin herausgeben werde und übe vorsorglich das vertraglich vereinbarte Optionsrecht zur Verlängerung des Mietvertrages um weitere fünf Jahre aus. Mit weiterem Schreiben vom 24. Juli 2002 erklärte sie der Klägerin, sie werde im Hinblick darauf, dass der Mietvertrag am 31. Juli 2002 vertragsgemäß ende, das Mietobjekt an diesem Tag geräumt an die Klägerin herausgeben.

9 Das Landgericht Potsdam hat der gegen die Beklagte zuletzt auf Zahlung von 76 599,27 € gerichteten Klage in Höhe von 48 696,49 € stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Es hat der Beklagten und den früheren Beklagten zu 2 und zu 3 gemäß § 91 a ZPO die Kosten der Räumungsklage auferlegt. Gegen dieses Urteil haben die Klägerin, die Beklagte und die früheren Beklagten zu 2 und zu 3 Berufung eingelegt. In zweiter Instanz hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 6. August 2004 die Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung erklärt und Hilfswiderklage auf Rückzahlung der geleisteten Kaution zuzüglich Zinsen in Höhe von insgesamt 15 320,69 € sowie Stufenwiderklage auf Abrechnung der Mietkaution von 12 761,85 € nebst angefallenen Zinsen und Zahlung des sich danach ergebenden Betrages an die Beklagte erhoben.

10 Das Berufungsgericht [OLG Brandenburg] hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen und die Klägerin auf die Hilfswiderklage verurteilt, an die Beklagte 12 761,85 € zu zahlen. Im Übrigen hat es die Hilfswiderklage der Beklagten abgewiesen und deren Stufenwiderklage als unzulässig zurückgewiesen. Die Berufungen der Klägerin und der früheren Beklagten zu 2 und zu 3 hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Gegen die Zurückweisung ihrer Berufung und ihre

Verurteilung zur Zahlung richtet sich die Revision der Klägerin, die der Senat dahin auslegt, dass die Klägerin das Berufungsurteil nur angreift, soweit es sie beschwert.

11 Das Berufungsgericht hat die Revision zur Klärung der Fragen zugelassen, ob die Anfechtung eines Mietvertrages nach Überlassung der Mietsache neben der Kündigung – gegebenenfalls mit Rückwirkung – zulässig ist, ferner ob ein steuerbares Geschäft im Hinblick auf den Nutzungsersatzanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung anzunehmen ist.

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

13 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Klägerin habe keinen Zahlungsanspruch gegen die Beklagte wegen der Nutzung der Mieträume. Mietvertragliche Ansprüche bestünden schon deshalb nicht, weil die Beklagte den Mietvertrag wirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten habe.

14 Die Klägerin habe die Beklagte arglistig über die Gebrauchstauglichkeit der Souterrainräume als vollwertige Büroräume getäuscht. Aufgrund des eindeutigen Wortlauts des schriftlichen Mietvertrages und der Anhörung der Parteien stehe zur Überzeugung des Berufungsgerichts fest, dass die Parteien übereinstimmend eine Vermietung des Souterrains zur Nutzung als vollwertige Büroräume gewollt hätten und Hinweise auf eine etwaige eingeschränkte Benutzbarkeit durch die Klägerin auch nicht erteilt worden seien. Die Räume im Souterrain seien jedoch öffentlich-rechtlich nur zur Nutzung als Nebenflächen, in denen ein dauernder Aufenthalt von Menschen nicht gestattet sei, zugelassen und hätten deshalb – ungeachtet ihrer tatsächlichen Nutzbarkeit – nicht als Büroräume genutzt werden dürfen. Die Klägerin habe somit der Beklagten im Souterrain Räume vermietet, die für den vertragsgemäß vorausgesetzten Zweck, nämlich zur Nutzung als vollwertige Büroflächen, nicht geeignet gewesen seien. Hierüber sei die Beklagte getäuscht worden. Denn sie habe die eingeschränkte Nutzungsmöglichkeit bei Abschluss des Mietvertrages weder gekannt noch kennen müssen. Die Klägerin habe die Beklagte auch arglistig getäuscht. Nach der Beweisaufnahme stehe zur Überzeugung des Berufungsgerichts fest, dass die Klägerin die eingeschränkte Nutzbarkeit des Souterrains gekannt und bewusst gegenüber der Beklagten verschwiegen habe. Dies ergebe sich aus den Aussagen der Zeugen K.-von K. und von B., die übereinstimmend bekundet hätten, die Klägerin sei schon in der Planungsphase der Sanierungsarbeiten davon in Kenntnis gesetzt worden, dass insbesondere im Hinblick auf den Fußbodenaufbau die Souterrainräume nicht als vollwertige Büroräume hergestellt werden könnten. Dementsprechend sei mit dem Bauantrag in Abstimmung mit der Klägerin auch nur eine Genehmigung zur Nutzung der Räume im Souterrain als Nebenfläche beantragt worden. Diese Aussagen der Zeugen stünden im Einklang mit den von der Klägerin gestellten Anträgen und Eingaben im Baugenehmigungsverfahren, in denen die Räume im Souterrain stets als Büronebenräume bezeichnet gewesen seien. Schließlich habe die Klägerin bei ihrer Anhörung selbst eingeräumt, die Räume im Souterrain seien als Nebenflächen im Bauantrag deklariert worden, um leichter eine Baugenehmigung zu erhalten. Sie habe folglich billigend in Kauf genommen, dass die vertragsgemäß vorgesehene Nutzung bauordnungsrechtlich nicht zulässig gewesen sei. Darin liege jedenfalls eine bedingt vorsätzliche Täuschung der Beklagten durch das Verschweigen entscheidungserheblicher Tatsachen für die Nutzung der Mieträume. Diese Täuschung sei auch für den Abschluss des Mietvertrages kausal gewesen. Es habe auf der Hand gelegen, dass die Beklagte den Mietvertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn sie gewusst hätte, dass die Räume im Untergeschoss nur als Nebenflächen genutzt werden dürften. Der Klägerin sei zudem klar gewesen, dass bei fehlender Nutzbarkeit als vollwertige Büroräume insgesamt nur ein niedriger Mietpreis zu erzielen gewesen sei.

15 Die Beklagte habe die Anfechtung auch binnen der Jahresfrist des § 124 BGB erklärt. Sie habe von der mangelnden Nutzbarkeit der Räume im Souterrain als Bürovollflächen erst am 24. März 2004 im Verhandlungstermin beim Oberlandesgericht in dem Rechtsstreit der Klägerin gegen ihren Architekten K.-von K. Kenntnis erlangt. In diesem Termin habe der Zeuge K.-von K. erklärt, eine Nutzung der Souterrainräume als Büroräume sei von vornherein nicht in Betracht gekommen, weil hierfür umfangreiche Baumaßnahmen hätten durchgeführt werden müssen, welche die Klägerin nicht habe vornehmen wollen. Eine frühere Kenntnis der Beklagten könne nicht positiv festgestellt werden.

16 Der Anfechtung stehe auch nicht entgegen, dass der Mietvertrag tatsächlich durchgeführt und zwischenzeitlich sogar längst beendet worden sei. Dies habe nicht zur Folge, dass die Wirkung der Anfechtung entgegen § 142 Abs. 1 BGB keine Nichtigkeit des Mietverhältnisses von Anfang an nach sich ziehe, sondern ausnahmsweise nur eine Nichtigkeit mit Wirkung ab Zugang der Anfechtungserklärung eintrete. Diese Rechtsfragen zur Anfechtbarkeit von Mietverträgen seien in der Literatur seit längerer Zeit umstritten. Das Berufungsgericht folge der Auffassung, wonach es beim Mietvertrag bei den allgemeinen Wirkungen der Anfechtung, insbesondere der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts von Anfang an, bleibe. Die Regeln über die Anfechtung im Allgemeinen Teil des BGB hätten grundsätzlich für alle Verträge Geltung. Ein hinreichender Grund für einen gänzlichen Ausschluss der Anfechtung oder eine Abweichung von der gesetzlichen Rechtsfolge des § 142 Abs. 1 BGB sei nicht gegeben. Die in den Bereichen des Gesellschafts- und Arbeitsrechts angestellten Überlegungen seien auf die Geschäftsraummieta nicht übertragbar. Die sich dort aus sozialen Erwägungen ergebenden Einschränkungen könnten allenfalls im Wohnungsmietrecht, nicht aber im Gewerbemietrecht herangezogen werden, weil vergleichbare soziale Verbundenheiten wie im Arbeits- und Gesellschaftsrecht bei der Gewerbemiete nicht vorlägen. Es handele sich dabei vielmehr um ein schlichtes, auf Austausch angelegtes Dauerschuldverhältnis ohne die Begründung irgendwie gearteter persönlicher Beziehungen. Die teilweise erwähnten Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung in Vollzug gesetzter Mietverhältnisse rechtfertigten nicht das Abweichen von gesetzlichen Vorschriften. Die Rückabwicklung sei rechtlich und tatsächlich möglich und könne nach den Regeln des Bereicherungsausgleichs durchgeführt werden.

17 Auch die Gewährleistungsregeln in §§ 536 ff. BGB ersetzen die Regeln über die Anfechtung nicht. Eine Parallele zum Kaufrecht könne nicht zur Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten im Mietrecht herangezogen werden. Zum einen sei auch im Kaufrecht eine derartige Einschränkung umstritten, zum andern sei die Interessenlage dort eine andere als im Mietrecht.

18 Da das Mietverhältnis aufgrund der Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen sei, könne die Klägerin entsprechend ihrer Hilfsbegründung gegen die Beklagte Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen. Der Klägerin stehe als Eigentümerin der Räume ein Anspruch auf Wertersatz aus §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, 818 Abs. 1, Abs. 2 BGB zu. Zu ersetzen sei der objektive Verkehrswert der Gebrauchsvorteile, welche die Beklagte erlangt habe. Dabei seien die Wohn- und Büroräume sowie der Pkw-Stellplatz zu berücksichtigen. Zwar könnten grundsätzlich auch verbrauchsabhängige Nebenkosten zu den erlangten Vorteilen gehören. Hierzu habe die Klägerin allerdings unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung nicht schlüssig vorgetragen. Hinsichtlich der Jahre bis 2000 seien Nebenkostenabrechnungen erstellt worden und in eine Gesamtabrechnung eingeflossen. Diese beinhalte zu erheblichen Teilen verbrauchsunabhängige Bestandteile (z. B. 30% Grundkosten für Heizung und Warmwasser, Versicherungen, Grundsteuer), die nach Bereicherungsrecht nicht verlangt werden könnten, weil es sich nicht um Gebrauchsvorteile oder gezogene Nutzungen handele. Dem Vortrag der Klägerin könne nicht entnommen werden, hinsichtlich welcher konkreten

Nutzungsvorteile eine Bereicherung der Beklagten noch vorliegen solle. Die vorgelegten Abrechnungen sprächen im Gegenteil eher für eine Überzahlung durch die Beklagte. Von den Ansprüchen der Klägerin seien die von der Beklagten im Laufe der Jahre auf das nichtige Mietverhältnis erbrachten Leistungen in Abzug zu bringen. Nach einer Saldierung der gegenseitigen Ansprüche verbleibe kein Überschuss zu Gunsten der Klägerin. Damit sei die Hilfsaufrechnung der Beklagten mit dem Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Kautionsgegenstandslos.

19 Der Beklagten stehe gegen die Klägerin der mit der Hilfswiderklage erhobene Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Mietkaution aus Bereicherungsrecht zu. Die Klägerin habe aufgrund des anfechtungsbedingten Wegfalls des Mietvertrages keinen Anspruch auf die Kautions. Die gegenüber dem Rückzahlungsanspruch erklärte Hilfsaufrechnung der Klägerin mit Schadensersatzansprüchen wegen Ausübung der Verlängerungsoption durch die Beklagte greife nicht durch. Ein vertraglicher Schadensersatzanspruch scheide schon deshalb aus, weil der Mietvertrag als Grundlage für etwaige Ansprüche insgesamt nach der Anfechtung entfallen sei. Es sei auch keine andere Rechtsgrundlage gegeben.

20 II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

21 1. Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Klägerin die Beklagte arglistig darüber getäuscht hat, dass es sich bei den Räumen im Souterrain – ungeachtet ihrer tatsächlichen Nutzbarkeit – um Büronebenflächen gehandelt hat, die zum dauernden Aufenthalt von Menschen nicht zugelassen waren und damit als vollwertige Büroräume nicht genutzt werden durften.

22 Der dagegen gerichtete Einwand der Revision, das Berufungsgericht verstoße gegen Denkgesetze und allgemeine Erfahrungssätze, wenn es aus der rechtlichen Unzulässigkeit der Nutzung schließe, die Räume seien auch tatsächlich nicht als Büroräume nutzbar gewesen, greift nicht. Zum einen hat das Berufungsgericht diesen Schluss nicht gezogen. Zum anderen steht es der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht entgegen, dass die Räume von der Beklagten tatsächlich als Büroräume genutzt worden sind. Für die Anfechtbarkeit der auf Abschluss des Mietvertrages gerichteten Willenserklärung ist vielmehr entscheidend, ob die Klägerin durch positives Tun oder Unterlassen gegenüber der Beklagten das Vorhandensein eines Umstandes vorgespiegelt hat, der für deren Willensbildung, den Mietvertrag abzuschließen, von wesentlicher Bedeutung war.

23 Davon ist nach den getroffenen Feststellungen auszugehen. Die Klägerin hat es unterlassen, die Beklagte über den Umstand in Kenntnis zu setzen, dass die Souterrainräume aufgrund ihres baulichen Zustands für den dauernden Aufenthalt von Menschen bauordnungsrechtlich nicht genehmigt und auch nicht genehmigungsfähig waren, und damit nicht als vollwertige Büroräume genutzt werden durften. Dieser Umstand war, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, für die Entscheidung der Beklagten, den Mietvertrag abzuschließen, von wesentlicher Bedeutung. Denn sie wollte die Souterrainräume zur Nutzung als Büroräume mieten. Im Hinblick darauf, dass bei einer bauordnungswidrigen Nutzung mit einer behördlichen Nutzungsuntersagung gerechnet werden musste, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beklagte den Mietvertrag, wie geschehen, abgeschlossen hätte, wenn sie Kenntnis von der insoweit fehlenden Genehmigung gehabt hätte.

24 Das Berufungsgericht hat weiter rechtsfehlerfrei und von der Revision nicht beanstandet aufgrund der Aussagen der Zeugen K.-von K. und von B. sowie des von der Klägerin selbst unterzeichneten, am 2. Februar 1996 eingereichten Antrags auf Baugenehmigung angenommen, dass die Klägerin bei Abschluss des Mietvertrages, am 30. Juli 1997, die eingeschränkte Nutzbarkeit des Souterrains gekannt und diese der Beklagten bewusst verschwiegen hat.

25 Die Klägerin hat somit die Beklagte durch arglistige Täuschung zum Abschluss des Mietvertrages veranlasst. Die hierauf gestützte, von der Beklagten mit Schriftsatz vom 6. August 2004 erklärte, der Klägerin am 12. August 2004 zugestellte Anfechtung des Mietvertrages ist nach den unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts auch binnen der Jahresfrist des § 124 Abs. 1 BGB erfolgt und damit wirksam.

26 2. Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, dass die Anfechtung nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil der Mietvertrag zum Zeitpunkt der Anfechtung tatsächlich durchgeführt und sogar beendet war.

27 Während nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur eine Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung vor Übergabe der Mietsache uneingeschränkt zulässig ist und gemäß § 142 Abs. 1 BGB Nichtigkeitswirkung von Anfang an entfaltet, besteht Uneinigkeit darüber, ob und gegebenenfalls mit welcher Rechtsfolge eine Anfechtung des Mietvertrages wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB auch nach Übergabe der Mietsache möglich ist.

28 a) Teilweise wird vertreten, das Recht zur Anfechtung wegen arglistiger Täuschung werde, sobald der Mietvertrag durch Überlassung der Mietsache vollzogen sei, durch das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund gemäß § 543 BGB verdrängt, soweit sich der Willensmangel auf verkehrswesentliche Eigenschaften des Mietobjekts selbst beziehe (Roquette Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches vor §§ 537 bis 542 Rdn. 16, 20; Sternel Mietrecht 3. Aufl. I Rdn. 245; Bub in: Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. II Rdn. 673; offen gelassen in Senatsurteil BGHZ 137, 255, 266 [= WuM 1998, 93]). Die Verdrängung der Anfechtungsmöglichkeit durch die Gewährleistungs- und Kündigungsvorschriften benachteilige den Anfechtungsberechtigten nicht, weil diese ihm einerseits wie bei der Anfechtung die Möglichkeit gäben, das Vertragsverhältnis aufzulösen, andererseits die Rückabwicklung erleichterten. Habe der Anfechtungsberechtigte die Vertragsleistung der Gegenseite in Anspruch genommen, so verdiene er es nicht, besser gestellt zu werden als bei einer fristlosen Kündigung (Sternel a. a. O.).

29 b) Nach der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur kann zwar eine auf Abschluss eines Mietvertrages gerichtete Willenserklärung auch nach Überlassung der Mietsache wegen arglistiger Täuschung stets angefochten werden (RGZ 157, 173, 174; KG NZM 2002, 21; LG Mannheim ZMR 1990, 303; Emmerich/Sonnenschein/Rolfs Mietsache 9. Aufl. § 542 BGB Rdn. 82; Soergel/Heintzmann BGB 12. Aufl. vor § 542 Rdn. 2; Hübner/Griesbach/Schreiber in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete Kap. 14 Rdn. 214; Kraemer in: Bub/Treier a. a. O. Kap. III Rdn. 1326; MünchKomm/Häublein BGB 5. Aufl. vor § 536 Rdn. 24). Umstritten ist jedoch, ob die nach Überlassung der Mietsache erfolgte Anfechtung den Mietvertrag gemäß § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend (ex tunc) oder nur mit Wirkung ab Zugang der Anfechtungserklärung (ex nunc) vernichtet (offen gelassen in Senatsurteil BGHZ 137, 255, 266 [= WuM 1998, 93] und BGH Urteil vom 10. Juli 1968 – VIII ZR 180/66 – WPM 1968, 1306, 1307).

30 aa) Die Ansicht, die die Anfechtung vollzogener Mietverträge wegen arglistiger Täuschung entgegen § 142 Abs. 1 BGB nur mit Wirkung ab Zugang der Anfechtungserklärung (ex nunc) zulässt, beruft sich zur Begründung zum einen darauf, dass ein bereits vollzogenes Mietverhältnis nur unter Inkaufnahme großer Schwierigkeiten abgewickelt werden könne und deshalb eine Beendigung ex nunc sachgerechter sei (Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 9. Aufl. vor § 535 BGB Rdn. 7; Staudinger/Rolfs BGB <2006> § 542 Rdn. 179). Zum anderen stellt sie darauf ab, dass eine einmal begonnene Dauerleistung nur beendet, nicht aber rückgängig gemacht werden könne (vgl. Roquette a. a. O. vor §§ 537 bis 542 Rdn. 17; LG Nürnberg-Fürth MDR 1966, 1003, 1004). Schließlich verweist sie darauf, dass mit Bezug der Mieträume ein sozialer Tatbestand geschaffen werde, der einen Bestands- und Vertrauensschutz begründe (für

die Wohnraummiete: Hille WuM 1984, 292, 293) und in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Gesellschafts- und Arbeitsrecht für die Zulassung einer Anfechtung mit Wirkung ex nunc spreche.

31 bb) Die Auffassung, die auch bei der Anfechtung in Vollzug gesetzter Mietverträge wegen arglistiger Täuschung von der in § 142 Abs. 1 BGB geregelten rückwirkenden Vernichtung des Rechtsgeschäfts ausgeht (RGZ 86, 334; 102, 225, 226; 157, 173, 174; KG MDR 1967, 404; KG NZM 2002, 21; Soergel/Heintzmann a. a. O. vor § 542 Rdn. 2; Erman/Jendrek BGB 12. Aufl. vor § 536 Rdn. 20; Schmid DWW 1985, 302; Fischer NZM 2005, 567, 571; Emmerich NZM 1998, 692, 694 f.) verweist darauf, dass für Mietverträge kein Anlass bestehe, von der gesetzlichen Bestimmung des § 142 Abs. 1 BGB durch Richterrecht abzuweichen. Es handele sich bei Mietverträgen um „normale“ schuldrechtliche Verträge, für die grundsätzlich die Vorschriften des allgemeinen Teils des BGB Geltung hätten. Es sei nicht ersichtlich, was bei der Rückabwicklung eines fehlerhaften Mietvertrages nach den bereicherungsrechtlichen Vorschriften erschwert sein solle.

32 Auch sei beim Mietvertrag eine dem Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag vergleichbare Interessenlage, die eine Einschränkung der Anfechtungswirkung rechtfertigen könne, nicht gegeben. Im Gegensatz zum Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag werfe die Rückabwicklung beim Mietvertrag auch keine besonderen Schwierigkeiten auf, weil es sich um ein einfach strukturiertes synallagmatisches Austauschverhältnis handele (Hille WuM 1984, 292; Emmerich NZM 1998, 692, 695; Fischer NZM 2005, 567, 570; Weimar MDR 1966, 1004). Soweit die Rückwirkung damit abgelehnt werde, der Vollzug des Mietverhältnisses habe einen sozialen Tatbestand geschaffen, der nur noch für die Zukunft beseitigt werden könne, könne diese Überlegung im Bereich des Gesellschafts- und Arbeitsrechts berechtigt sein. Jedenfalls für das Gebiet der Geschäftsraummiete lasse sich ein die Rückabwicklung ausschließender sozialer Einschlag jedoch nicht erkennen (KG NZM 2002, 21).

33 3. Der Senat schließt sich in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht der letzteren Ansicht an.

34 a) Das Recht zur Anfechtung der auf Abschluss des Mietvertrages gerichteten Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung wird auch nach Vollzug des Mietvertrages nicht durch die mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften (§§ 536 ff. BGB) und das Recht zur fristlosen Kündigung gemäß § 543 BGB verdrängt, weil die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung einerseits und die Gewährleistungs- sowie die Kündigungsvorschriften andererseits unterschiedliche Sachverhalte regeln und unterschiedliche Schutzzwecke haben.

35 Während die Anfechtung nach § 123 Abs. 1 BGB die rechtsgeschäftliche Entschließungsfreiheit schützt und deren Beeinträchtigung durch rückwirkende Vernichtung der Erklärung beseitigt, ist Gegenstand der Gewährleistungsrechte und der außerordentlichen Kündigung eine aktuelle Leistungsstörung, der durch Minderung und Schadensersatz bzw. durch Beendigung des Vertrages Rechnung getragen wird (vgl. Staudinger/Rolfs a. a. O. § 542 BGB Rdn. 179). Diese unterschiedlichen Schutzzwecke lassen es nicht zu, dass das Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung nach Überlassung der Mietsache durch das Recht zur außerordentlichen Kündigung verdrängt wird.

36 b) Eine Abweichung von der gesetzlichen Regelung des § 142 Abs. 1 BGB ist nach Ansicht des Senats bei der Geschäftsraummiete nicht gerechtfertigt.

37 aa) Die Schwierigkeiten, die sich bei der Rückabwicklung vollzogener Dauerschuldverhältnisse aufgrund des Zeitablaufs und der Anzahl der rückabzuwickelnden Leistungen ergeben, rechtfertigen keine Ausnahme von der gesetzlichen Regelung. Die gleichen Schwierigkeiten bestehen bei Mietverträgen, die gemäß § 105 BGB oder §§ 134, 138 BGB nichtig sind, ohne dass

dort an einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsmöglichkeit gezweifelt wird (Hille WuM 1984, 292; Fischer NZM 2005, 567, 570).

38 bb) Besonderheiten, die bei in Vollzug gesetzten Arbeits- und Gesellschaftsverträgen dazu geführt haben, dass von der Rückwirkung abgegangen wurde, liegen bei der Geschäftsraummiete nicht vor. Weder besteht – wie beim Arbeitsverhältnis – eine besonders intensive Leistungsbeziehung mit starkem Persönlichkeitsbezug und mit Eingliederung in eine soziale Organisation, noch ist – wie beim Gesellschaftsverhältnis – ein erhöhtes Verkehrsschutzbedürfnis für Gläubiger vorhanden, die durch eine rückwirkende Anfechtung ihr Haftungssubjekt verlieren würden. Vielmehr handelt es sich bei dem Mietvertrag – anders als beim Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag – um ein einfach strukturiertes synallagmatisches Austauschverhältnis, bei dem die Rückabwicklung keine besonderen Schwierigkeiten aufwirft.

39 cc) Zur Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeiten wegen arglistiger Täuschung kann für das Mietrecht auch keine Parallele zum Kaufrecht herangezogen werden. Denn durch die Gewährleistungsvorschriften vor allem der §§ 434 ff. BGB beim Kauf wird nur die Irrtumsanfechtung (§ 119 Abs. 2 BGB), nicht aber die Anfechtung nach § 123 BGB ausgeschlossen. Dem Käufer stehen dieses Anfechtungsrecht und Ansprüche aus Gewährleistung, sofern ihre jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind, wahlweise zu (MünchKomm/Kramer BGB 5. Aufl. § 123 Rdn. 35).

40 dd) Entgegen der Ansicht der Revision spricht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Ausschluss des Rücktritts vom Mietvertrag nach Überlassung der Mietsache in Fällen, in denen eine Auflösung des Vertrages durch fristlose Kündigung möglich ist (BGHZ 50, 312, 315), nicht dafür, dass auch die Anfechtung von Mietverträgen nur für die Zukunft wirkt. Der Bundesgerichtshof hat die Einschränkung der Rücktrittsmöglichkeit darauf gestützt, dass bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen eine Rückabwicklung nach § 346 ff. BGB in der Regel nicht den Interessen der Parteien entspreche und angesichts der insbesondere bei längerer Vertragsdauer entstehenden erheblichen Durchführungsschwierigkeiten zu Unzuträglichkeiten führe. Von einer solchen Interessenlage kann bei einer Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht ausgegangen werden. Die Partei, die aufgrund der arglistigen Täuschung zu einer Willenserklärung veranlasst worden ist, die sie bei Kenntnis der Umstände nicht abgegeben hätte, hat ein schutzwürdiges Interesse an der rückwirkenden Vernichtung ihrer Willenserklärung. Diesem Interesse trägt § 142 Abs. 1 BGB Rechnung. Demgegenüber regelt der auf Nichterfüllung gestützte Rücktritt, ebenso wie die mietrechtlichen Gewährleistungsansprüche und die Kündigung aus wichtigem Grund, die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen.

41 ee) Auch das Argument, die Rückgängigmachung der vollzogenen Vermieterleistung sei mit der Ingebrauchnahme der Mietsache durch den Mieter nicht mehr möglich (Roquette vor §§ 537 bis 542 Rdn. 17), trägt nicht. Das Bereicherungsrecht sieht für den Fall, dass die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich ist, gemäß § 818 Abs. 2 BGB vor, dass der Wert zu ersetzen ist.

42 ff) Schließlich lassen sich bei der Geschäftsraummiete in der Regel auch keine sozialen Belange feststellen, die ggf. einen erhöhten Bestandsschutz in Vollzug gesetzter Mietverträge und deshalb eine Einschränkung der Wirkung der Anfechtung auf den Zeitpunkt des Zugangs der Anfechtungserklärung erforderlich machen könnten.

43 4. Die Anfechtung des Mietvertrages durch die Beklagte ist auch nicht nach Treu und Glauben als unzulässige Rechtsausübung ausgeschlossen. Eine solche Einschränkung der Anfechtung greift ein, wenn die Rechtslage des Getäuschten durch die arglistige Täuschung nicht oder nicht mehr beeinträchtigt ist (Staudinger/Looschelders/Olzen BGB <2005> § 242 Rdn. 444 m.w.N.).

44 Davon kann hier nicht ausgegangen werden.

Die Beklagte hat zwar die Mieträume bis zu dem vertraglich vereinbarten Ablauf, am 31. Juli 2002, als Büroräume genutzt, ohne dass die Nutzung durch ein Einschreiten der Baubehörde beeinträchtigt gewesen wäre. Insoweit hat sich die arglistige Täuschung der Klägerin zum Zeitpunkt der Anfechtung nicht mehr nachteilig ausgewirkt. Die arglistige Täuschung der Klägerin wirkt aber dadurch weiter zu Lasten der Beklagten, weil diese für die Souterrainräume einen Mietpreis vereinbart hat, der auf der fehlerhaften Annahme beruhte, es handele sich um vollwertige Büroräume, die als solche öffentlich-rechtlich genehmigt seien. Tatsächlich waren die Räume jedoch nur als Büronebenräume, in denen ein dauernder Aufenthalt von Menschen nicht gestattet war, genehmigt und genehmigungsfähig. Das Fehlen einer Genehmigung zur Nutzung als Büroraum stellt – unabhängig von der tatsächlichen Nutzbarkeit der Räume – einen wertbildenden Faktor dar. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Beklagte, hätte sie von der fehlenden Genehmigung Kenntnis gehabt, für die Räume im Souterrain jedenfalls nicht den im Mietvertrag festgelegten, sondern einen geringeren für Nebenräume angemessenen Mietzins vereinbart hätte.

45 Soweit die Revision darauf verweist, das Berufungsgericht habe festgestellt, die Parteien hätten im Hinblick auf die Lage der Räumlichkeiten im Souterrain und die eingeschränkten Lichtverhältnisse bereits einen geringeren Mietzins vereinbart, lässt sie außer Acht, dass nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Parteien den Mietpreis ausgehend von einer vollwertigen Büronutzung vereinbart haben. Dass die Beklagte keinen niedrigeren Mietzins vereinbart hat, ist Folge der arglistigen Täuschung der Klägerin. Der daraus entstandene Nachteil war zum Zeitpunkt der Anfechtung nicht entfallen. Bei einer Einschränkung der Wirkung der Anfechtung auf eine solche ex nunc würde er der Klägerin zugute kommen, die die Mehreinnahmen, die sie aufgrund der arglistigen Täuschung bis zu diesem Zeitpunkt erzielt hat, behalten dürfte (vgl. Erman/Jendrek a. a. O. vor § 536 Rdn. 20).

46 5. Die Beklagte hat auch auf das Recht zur Anfechtung nicht dadurch verzichtet, dass sie mit Schreiben vom 27. Dezember 2001 die vertraglich vorgesehene Verlängerungsoption ausgeübt hat. Denn zu diesem Zeitpunkt hatte sie noch keine Kenntnis von dem Anfechtungsgrund. Erst am 24. März 2004 hat sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts Kenntnis von der arglistigen Täuschung der Klägerin erlangt.

47 6. Infolge der wirksamen Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist der Mietvertrag als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 142 Abs. 1 BGB).

48 Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) hat das Berufungsgericht zutreffend nach den Grundsätzen der Saldotheorie vorgenommen, indem es durch Vergleich der durch den Bereicherungsvorgang hervorgerufenen Vor- und Nachteile ermittelt hat, ob sich für die Klägerin ein Überschuss (Saldo) ergibt (BGH Urteil vom 10. Februar 1999 – VIII ZR 314/97 – NJW 1999, 1181). Eine Einschränkung der Saldotheorie zum Schutz des arglistig Getäuschten ist hier, wie das Berufungsgericht zu Recht annimmt, nicht geboten. Denn die Klägerin verlangt als Täuschende Bereicherungsausgleich, so dass Gegenansprüche der getäuschten Beklagten ohne weiteres als Abzugspositionen in die Saldierung einzubeziehen sind.

49 a) Herauszugeben ist gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB das durch die Leistung der Klägerin Erlangte. Das ist hier die von der Klägerin gewährte Gebrauchsüberlassung der Räume. Da die Herausgabe der Gebrauchsüberlassung wegen ihrer Beschaffenheit nicht möglich ist, hat die Beklagte als gutgläubige Bereicherungsschuldnerin nach § 818 Abs. 2 BGB deren Wert zu ersetzen. Dessen Höhe richtet sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nach dem objektiven Verkehrswert des rechtsgrundlos Erlangten, somit hier nach der Miete, die auf dem örtlichen Markt für vergleichbare Objekte

erzielt wird (Senatsurteil vom 22. Oktober 1997 – XII ZR 142/95 – NZM 1998, 192, 194 [= WuM 1999, 161]; BGHZ 132, 198, 207; 168, 220, 239).

50 Neben diesem Anspruch auf Ersatz des objektiven Mietwerts für die Gebrauchsüberlassung ist ein Anspruch auf Herausgabe eines durch die Untervermietung evtl. erzielten Gewinns nicht gegeben. Mit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung des fehlgeschlagenen Mietvertrages im Wege der Leistungskondition sollen die gegenseitigen, von den Parteien aufgrund des unwirksamen Mietvertrages vorgenommenen Vermögensverschiebungen rückabgewickelt werden. Die Gewinne der Beklagten aus der Untervermietung beruhen jedoch nicht auf einer rückabzuwickelnden Leistung der Klägerin, sondern auf der eigenen vermögensmäßigen Disposition der Beklagten. Ihr stand es frei, den Bereicherungsgegenstand – die Gebrauchsüberlassung – selbst, gar nicht oder durch Untervermietung zu nutzen. Mit der Erstattung des objektiven Mietwerts für die Gebrauchsüberlassung wird erschöpfender Ersatz für den Wert des erlangten Gebrauchsvorteils geleistet (vgl. für bereicherungsrechtliche Ansprüche bei Verletzung gewerblicher Schutzrechte: BGHZ 82, 299, 307 f.; 99, 244, 248 f.).

51 Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Klägerin auch nach Treu und Glauben daran gehindert gewesen wäre, von der Beklagten einen etwaigen Gewinn aus der Untervermietung herauszuverlangen, weil sie die Beklagte durch arglistige Täuschung zum Vertragsabschluss veranlasst hat.

52 b) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht allerdings angenommen, dass verbrauchsunabhängige Nebenkosten grundsätzlich nicht nach Bereicherungsrecht verlangt werden könnten, weil es sich dabei nicht um Gebrauchsvorteile handele.

53 Der nach § 818 Abs. 2 BGB zu ersetzende Wert der erlangten Gebrauchsvorteile bestimmt sich nach dem ortsüblichen Mietzins. Dieser beinhaltet in dem Umfang, in dem verbrauchsunabhängige Nebenkosten ortsüblich als Teil des Mietzinses mit vereinbart werden, auch diese Nebenkosten. Da bei der Geschäftsraummiete der vereinbarte Mietzins abweichend von der gesetzlichen Bestimmung in § 535 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB in der Regel die Grundmiete und verbrauchsunabhängige Nebenkosten enthält, spricht eine Wahrscheinlichkeit dafür, dass auch im örtlichen Bereich der hier im Streit befindlichen Räume üblicherweise bestimmte verbrauchsunabhängige Nebenkosten vom Mieter zu tragen sind. Ob und in welchem Umfang dies hier der Fall ist, wird erforderlichenfalls durch Sachverständigenfeststellungen festzustellen sein.

54 c) Ferner sind, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, im Rahmen des Bereicherungsanspruchs der Klägerin die verbrauchsabhängigen Nebenkosten nur zu berücksichtigen, wenn der Vermieter sie konkret darlegt.

55 Für die Jahre bis 2000, in denen die Klägerin Nebenkostenabrechnungen erteilt hat, ergeben sich die verbrauchsabhängigen Kosten hinreichend substantiiert aus den Abrechnungen, wenn die dort enthaltenen verbrauchsabhängigen Kosten ortsüblich sind. Für die Jahre 2001 und 2002, für die die Klägerin keine Nebenkostenabrechnungen erstellt hat, hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise verbrauchsabhängige Nebenkosten nicht berücksichtigt. Die Klägerin hat konkrete Ansprüche insoweit nicht geltend gemacht. Das Berufungsgericht war auch nicht gehalten, sich aus Anlagen mögliche verbrauchsabhängige Kosten herauszusuchen.

56 d) Zu Recht hat das Berufungsgericht bei dem Bereicherungsanspruch der Klägerin die auf den Wertersatz entfallende Mehrwertsteuer in Ansatz gebracht.

57 Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG liegt ein steuerbarer Umsatz vor, wenn ein Unternehmer im Inland eine Lieferung oder sonstige Leistungen im Rahmen seines Unternehmens ausführt. Ob es sich bei dem Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB um nicht steuerbaren Schadenersatz oder um eine steuerbare sonstige Leistung handelt, hängt davon ab, ob die Zahlung des Wertersatzes mit einer Leistung des Steuerpflichtigen in Wechselbeziehung

steht und damit ein Leistungsaustausch stattgefunden hat. Davon ist bei einem Wertersatzanspruch, der gemäß § 818 Abs. 2 BGB bei der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines Mietvertrages entsteht, auszugehen. Denn er tritt im Rahmen der Abwicklung eines gegenseitigen Leistungsverhältnisses an die Stelle der vereinbarten Vergütung und ist deshalb umsatzsteuerpflichtig (vgl. Senatsurteil vom 22. Oktober 1997 – XII ZR 142/95 – NZM 1998, 192, 194 f. [= WuM 1999, 161]; BGHZ 175, 118 [= GuT 2008, 229]).

58 7. Das Berufungsgericht ist weiter zu Recht davon ausgegangen, dass die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung des Kautionsbetrages aus ungerechtfertigter Bereicherung hat. Die Klägerin hat aufgrund des anfechtungsbedingten Wegfalls des Mietvertrages keinen Anspruch auf die Kautionszahlung.

59 Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht auch die gegenüber dem Anspruch auf Rückzahlung der Kautionszahlung die Hilfsaufrechnung der Klägerin mit Schadensersatzansprüchen wegen Ausübung der Verlängerungsoption durch die Beklagte für unbegründet gehalten. Ein vertraglicher Schadensersatzanspruch scheidet, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, aus, nachdem der Mietvertrag aufgrund der Anfechtung als von Anfang an nichtig anzusehen ist. Eine andere Rechtsgrundlage ist nicht gegeben.

60 8. Da es noch tatsächlicher Feststellungen dazu bedarf, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe auch verbrauchsunabhängige Kosten zur ortsüblichen Miete für vergleichbaren Gewerberaum gehören, ist die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif und deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 535, 550, 542 BGB; § 91a ZPO
Gewerberaum; Großküche; Krankenhaus;
Altenheim; Schriftformmangel; Kündigung;
Amortisation der Investition**

Soll ein Mietvertrag auf unbestimmte Dauer vor Ablauf einer Mindestlaufzeit nicht ordentlich kündbar sein, bedarf diese Vereinbarung der Schriftform.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 9. 7. 2008 – XII ZR 117/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin betrieb seit 1995 in M. ein Krankenhaus mit eigener Küche. Der Beklagte errichtete in der Nachbarschaft des Krankenhauses ein Altenheim ohne eigene Küche. Nach einer Besprechung, deren Ergebnis zwischen den Parteien streitig ist, und Errichtung eines unterirdischen Verbindungsganges zwischen dem Krankenhaus und dem Altenheim übernahm der Beklagte den Betrieb der Krankenhausküche und versorgte von dort sowohl das Krankenhaus als auch das Altenheim.

2 Zum 31. Dezember 2003 legte die Klägerin das Krankenhaus still. Der Beklagte benutzte die Küchenräume der Klägerin weiter für sein Altenheim. Mit Schreiben vom 7. April 2005 kündigte die Klägerin das Vertragsverhältnis gegenüber dem Beklagten fristlos und hilfsweise ordentlich zum nächstmöglichen Zeitpunkt und verlangte die Räumung und Herausgabe der Küche. Das Landgericht Landshut hat die Räumungsklage abgewiesen mit der Begründung, die Parteien hätten bei Beginn des Vertragsverhältnisses die ordentliche Kündigung ausgeschlossen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Das Berufungsgericht [OLG München] hat das zwischen den Parteien bestehende Nutzungsverhältnis als Mietvertrag angesehen, bei dem die ordentliche Kündigung erst nach Amortisation der vom Beklagten vorgenommenen Investitionen zulässig sein sollte. Das Berufungsgericht ging von einer Amortisationsdauer von ca. 20 Jahren aus und hat dementsprechend die ordentliche Kündigung während dieses Zeitraumes für ausgeschlossen angesehen. Der Senat hat die Revision der Klägerin

mit Beschluss vom 5. Dezember 2007 zugelassen. Mit Schriftsatz vom 26. März 2008 hat die Klägerin den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Der Beklagte hat mit Schriftsatz vom 11. April 2008 der Erledigungserklärung zugestimmt.

3 **Aus den Gründen:** II. Nachdem die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist über die Kosten des Rechtsstreits nach § 91 a ZPO zu entscheiden. Die Bestimmung findet Anwendung, weil übereinstimmende Erledigungserklärungen auch in der Revisionsinstanz noch zulässig sind (BGHZ 106, 359, 368 und 123, 264, 265 f.). Die Kostenentscheidung ergeht nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes. Danach sind die Kosten dem Beklagten aufzuerlegen, weil er voraussichtlich unterlegen wäre.

4 a) Zutreffend und unangefochten sind die Tatgerichte davon ausgegangen, dass die Krankenhausküche der Klägerin dem Beklagten für einen langen Zeitraum zur Nutzung zur Verfügung stehen sollte. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe von der Errichtung einer Küche abgesehen, weil er von der Möglichkeit einer langfristigen Nutzung der Krankenhausküche habe ausgehen dürfen, ist naheliegend; ebenso die Wertung, die ordentliche Kündigung sei deshalb bis zur Amortisation der vom Beklagten getätigten Investition ausgeschlossen worden.

5 b) Das Berufungsgericht hat aber übersehen, dass der Abschluss der ordentlichen Kündigung nicht wirksam vereinbart worden ist, weil die Schriftform des § 550 BGB nicht eingehalten ist. Wird nämlich ein Mietvertrag für längere Zeit als ein Jahr nicht in schriftlicher Form abgeschlossen, so gilt er für unbestimmte Zeit und kann – frühestens zum Ablauf eines Jahres nach Überlassung – ordentlich gekündigt werden. Zwar haben die Parteien keine bestimmte Laufzeit vereinbart. In Rechtsprechung und Literatur besteht aber Einigkeit, dass die Bestimmung auch auf Mietverträge mit unbestimmter Dauer Anwendung findet, wenn die Parteien die ordentliche Kündigung über ein Jahr hinaus ausschließen (BGH, Urteil vom 8. Dezember 1959 – VIII ZR 164/58 – NJW 1960, 475 f.; OLG Köln ZMR 2001, 963, 966; Schmidt-Futterer/Lammel Mietrecht 9. Aufl. § 550 BGB Rdn. 20; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummieta Kap. 6 Rdn. 16; Staudinger/Emmerich BGB <2003> § 550 Rdn. 8; Emmerich/Sonnenschein Mieta 9. Aufl. § 550 Rdn. 5; Herrlein/Kandelhard Mietrecht 3. Aufl. § 550 Rdn. 28; Palandt/Weidenkaff BGB 67. Aufl. § 550 Rdn. 7). Damit war die ordentliche Kündigung der Klägerin wirksam und der Beklagte hätte zur Räumung und Herausgabe verurteilt werden müssen. Das Herausgabeverlangen verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben. Zwar hat die Rechtsprechung unter engen Voraussetzungen eine Berufung auf den Schriftformmangel als treuwidrig angesehen (vgl. Emmerich a. a. O. Rdn. 29 m. w. N.). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor.

6 III. Der Streitwert der Räumungsklage (§ 41 Abs. 2 GKG) hat sich durch die übereinstimmende Erledigungserklärung nicht verändert, da die bis zur Erledigungserklärung entstandenen Kosten des Rechtsstreits den Streitwert nach § 41 Abs. 2 GKG übersteigen und der Streitwert nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GKG durch den Wert des Streitgegenstandes der ersten Instanz begrenzt ist.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 535, 557a BGB

**Gewerberaummieta; Laden; Änderungsschneiderei;
Wohnnutzung weiterer Mietflächen;
Mischmietverhältnis; Staffelmiete**

Bei der Vermietung von mit einem Laden verbundenen Räumlichkeiten liegt der Schwerpunkt des Mietverhältnisses im gewerblichen Bereich, wenn die Räume zum Betrieb einer Änderungsschneiderei vermietet und auch genutzt werden und das Gewerbe zum Lebensunterhalt dienen soll; dies gilt selbst dann, wenn der größere Teil der Mietfläche zu Wohnzwecken genutzt wird.

(OLG Stuttgart, Urteil vom 31. 3. 2008 – 5 U 199/07)

Zum Sachverhalt: Die Parteien streiten um Mietzinsansprüche.

Der Kläger ist Eigentümer des Gebäudes. Mit schriftlichem Mietvertrag vom 26. 1. 2002 vermietete der Kläger an den Beklagten Räumlichkeiten im Erdgeschoss links dieses Gebäudes (4 Zimmer einschließlich Bad/WC nebst Flur) sowie je einen Kellerraum im 1. und 2. UG (vgl. dazu die Planzeichnung des Erdgeschosses). Die Mietfläche im Erdgeschoss beläuft sich auf ca. 70–75 m². Die Vertragsurkunde ist als „Mietvertrag für gewerbliche Räume“ bezeichnet. Nach Ziff. 2. 2 des Mietvertrages wurden Mieträume zum Betrieb einer Änderungsschneiderei vermietet. Das Mietverhältnis sollte am 1. 2. 2002 beginnen und zum 31. 1. 2010 enden (Ziff. 3. 2 des Mietvertrages). Als monatlicher Mietzins wurde ein Betrag in Höhe von 610,- € zzgl. Nebenkosten vereinbart; zusätzlich kamen die Parteien überein, dass der Beklagte die Grundsteuer an den Kläger zu entrichten hat (Ziff. 4). Gem. Ziff. 19 erhöht sich die Kaltmiete ab dem 1. 9. 2002 auf 815,- € und ab dem 1. 1. 2003 auf 865,- €. Darüber hinaus findet sich in Ziff. 19 u. a. folgende Regelung:

„Der Mieter kann den Geschäftszweck nur mit Zustimmung des Vermieters ändern. Die Renovierung für die Ausübung des Gewerbes übernimmt der Mieter. Die Vermietung erfolgt im jetzigen Zustand. Die Mietanpassung wurde wie oben geregelt. Der Mieter kann einzelne Räume als auch Wohnladen nutzen.“

Anfang des Jahres 2003 traten Zahlungsrückstände des Beklagten auf. In der Folge unterzeichnete der Beklagte ein undatiertes Schriftstück in griechischer Sprache, wonach sich der Zahlungsrückstand für den Zeitraum Februar 2003 bis Mai 2004 einschließlich der Grundsteuer für die Jahre 2003 und 2004 in Höhe von jeweils 288,- € auf insgesamt 4556,- € beläuft. Am 14. 1. 2005 zahlte der Beklagte die Grundsteuer für die Jahre 2003 und 2004.

Unstreitig beträgt der auf der Basis der Bestimmungen des Mietvertrages kalkulierte Zahlungsrückstand des Beklagten für den Zeitraum 1. 2. 2003 bis 30. 11. 2006 incl. der Grundsteuer für die Jahre 2005 und 2006 insgesamt 9469,75 €.

Der Beklagte hat das Mietobjekt geräumt und an den Kläger herausgegeben.

Der Kläger hat den Beklagten auf Zahlung des vorerwähnten Zahlungsrückstandes nebst Zinsen und auf Erstattung vorgerichtlicher angefallener Rechtsanwaltskosten in Höhe von 389,64 € mit der beim Landgericht Stuttgart erhobenen Klage in Anspruch genommen. Die gewerbliche Nutzung des Mietobjektes habe bei Vertragsschluss im Vordergrund gestanden. Vor der Vermietung an den Beklagten sei im Mietobjekt ein Reisebüro betrieben worden, wobei lediglich ein Raum von der damaligen Mieterin zu Wohnzwecken genutzt worden sei. Dies sei dem Beklagten bei Anmietung bekannt gewesen. Er, der Kläger, habe deswegen Wert auf den Abschluss eines Gewerberaummietvertrages gelegt, um die öffentlich-rechtliche Genehmigung für eine gewerbliche Nutzung nicht zu verlieren. Der Beklagte habe ihm vor Vertragsschluss lediglich mitgeteilt, seine Ehefrau werde eine Änderungsschneiderei eröffnen. Er habe nicht gewusst, dass der Beklagte mit seiner Ehefrau und seinen 3 Kindern habe einziehen wollen. Vor dem Abschluss des schriftlichen Vertrages sei der Mietgegenstand einmal mit dem Beklagten ohne dessen Ehefrau besichtigt worden. Dabei habe der

Dokumentation, Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn

Beklagte die Schlüssel erhalten. Dieser habe einen langfristigen Gewerbemietvertrag über 10 Jahre gewünscht. Er, der Kläger, habe einen schriftlichen Vertragsentwurf fertigen sollen. Dieser sei am 26.1.2002 im „Café P...“ unterschrieben worden. Der Beklagte habe einen Betrag von 4556,- € bereits anerkannt. Die Änderungsschneiderei sei von Anfang an und bereits vor der 2. Jahreshälfte 2005 in zwei Räumen des Erdgeschosses betrieben worden. Er habe keine regelmäßigen Besuche beim Beklagten vorgenommen.

Der Beklagte ist der Klage mit der Begründung entgegen getreten, es sei ein Mietverhältnis über Wohnraum zustande gekommen. Ende 2000/Anfang 2001 habe der Kläger die streitgegenständlichen Räumlichkeiten mit einem Schild im Fenster zur Vermietung angeboten, wonach eine Wohnung mit Geschäftsraum zu vermieten sei. Bereits beim ersten Gespräch habe er dem Kläger mitgeteilt, dass er eine Wohnung für seine 5-köpfige Familie suche. Der Wohnbedarf sei auch Gesprächsthema bei der ersten Besichtigung gewesen. Dabei habe der Kläger erwähnt, der erste Raum mit dem Zugang zur H...straße könne als Änderungsschneiderei genutzt werden. Der zweite Besichtigungstermin habe in Anwesenheit seiner Frau stattgefunden. Den schriftlichen Vertrag habe er wegen unzureichender Deutschkenntnisse nicht verstanden. Bis zur 2. Jahreshälfte 2005 sei die Änderungsschneiderei lediglich in dem Raum mit der Tür zur H...straße betrieben worden, danach auch in dem angrenzenden zweiten Raum. Die übrigen Räume seien stets zu Wohnzwecken genutzt worden. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses habe der Wohnzweck überwogen. Alle drei Räume im Erdgeschoss (neben dem Bad/WC) seien jeweils ca. 20–25 m² groß. Dem Kläger sei die überwiegende Wohnnutzung nach Abschluss des Mietvertrages aufgrund regelmäßiger Besuche bekannt geworden. Einwände hiergegen habe der Kläger nicht erhoben.

Der Beklagte ist der Auffassung, dass die vor dem Landgericht erhobene Klage unzulässig sei. Die Vereinbarung einer Staffelmiete sei unwirksam. Grundsteuer werde vom Beklagten nicht geschuldet. Er habe daher im Jahr 2002 820,- € zu viel an Miete an den Kläger entrichtet, für den Zeitraum 1.1.2003 bis 31.7.2006 5341,25 €.

Das Landgericht hat nach Vernehmung der Zeugin A. der Klage stattgegeben. Die sachliche Zuständigkeit ergebe sich aus §§ 23 Nr. 2a, 71 Abs.1 GVG, da ein Mischmietverhältnis vorliege und der Schwerpunkt der Nutzung auf dem gewerblichen Zweck liege. Aus dem schriftlichen Mietvertrag lasse sich diesbezüglich ein eindeutiger Wille der Parteien entnehmen, da das Vertragsverhältnis in der Urkunde als „Mietvertrag für gewerbliche Räume“ bezeichnet und als Mietzweck ausdrücklich der Betrieb einer Änderungsschneiderei genannt sei, während die Nutzung zu Wohnzwecken keinerlei Berücksichtigung gefunden habe. Zudem sei dem Beklagten in Ziff. 19 lediglich die Befugnis übertragen worden, einzelne Räume als Wohnladen zu nutzen. Hätte der Beklagte eine (überwiegende) Wohnraumnutzung gewollt, wäre eine ausdrückliche Fixierung dieses Nutzungszwecks im Mietvertrag zu erwarten gewesen. Dass die gewerbliche Nutzung überwiege, ergebe sich darüber hinaus aus den räumlichen Gegebenheiten des Mietgegenstandes, da ein direkter Zugang zur H...straße bestehe, eine Küche fehle und lediglich ein kleines WC vorhanden sei, jedoch kein Bad. Entsprechend sei das Mietobjekt auch vor der Vermietung an den Beklagten schwerpunktmäßig genutzt worden. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger das Mietobjekt als „Wohnung mit Laden“ angepriesen habe.

Die vom Beklagten behauptete mündliche Absprache über die Anmietung des Mietgegenstandes zu Wohnzwecken habe dieser nicht zu beweisen vermocht. Die Zeugin sei weder bei den Vertragsverhandlungen noch beim Vertragsabschluss anwesend gewesen. Deren Angabe, mit dem Kläger besprochen zu haben, dass nur ein Raum (mit Ladentüre) als Änderungsschneiderei dienen solle, sei nicht glaubhaft. Auf diesen Punkt sei die Zeugin selbst anfänglich nicht zu sprechen gekommen. Erst nach mehrfacher Nachfrage über Abreden habe sie sich ent-

sprechend eingelassen. Die Angaben der Zeugin seien oft sehr vage und teilweise unverständlich gewesen. Insbesondere bestünden Zweifel an dem Erinnerungsvermögen der Zeugin. Diese habe als Ehegattin des Beklagten ein Eigeninteresse am Ausgang des Rechtsstreits. Die Zeugin habe einen unsicheren und nervösen Eindruck hinterlassen und mehrfach ausweichend geantwortet. Der im Schriftsatz des Beklagten vom 2.11.2007 enthaltene Sachvortrag sei verspätet i. S.v. § 296a ZPO.

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 20.12.2007 den Tatbestand des Urteiles ergänzt.

Der Beklagte verfolgt mit seinem form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Rechtsmittel seinen Klageabweisungsantrag weiter. Er habe nicht über ein ausreichend großes Sprachverständnis verfügt, um den Formularmietvertrag und die Bedeutung der einzelnen Vertragsklauseln verstehen zu können. Aus diesem Grunde habe er nicht auf einer Modifizierung gedrungen. Das Landgericht habe die erhobenen Beweise fehlerhaft gewürdigt. Erweiterungen der Angaben im Rahmen von Zeugenvernehmungen seien als Realitätskriterium zu werten. Dass die Zeugin erst nach wiederholter Fragestellung den für die Familie des Beklagten zentralen Gesichtspunkt erwähnt habe, spreche nicht gegen ihre Glaubwürdigkeit. Das Gericht habe nicht näher ausgeführt, in welchen beweisrelevanten Punkten die Aussagen der Zeugin vage bzw. unverständlich geblieben seien. Die Zeugin habe unter Stress gestanden. Aus der falschen Angabe zum Zeitpunkt des Bezugs der Wohnung könne ebenfalls nicht auf ihre Unglaubwürdigkeit geschlossen werden. Gleiches gelte für eine denkbare Entlastungsmotivation. Die körpersprachlichen Signale und die Nervosität der Zeugin könnten nicht als geeignete Kriterien für die Prüfung der Glaubwürdigkeit einer Zeugenaussage heran gezogen werden. Bereits schriftsätzlich sei vorgetragen worden, dass der Kläger den Mietgegenstand als „Wohnung mit Laden“ beworben habe. Eine zutreffende Beweiswürdigung müsse zum Ergebnis führen, dass das Schwergewicht zu Beginn des Mietverhältnisses auf der Nutzung zu Wohnzwecken gelegen habe und der Kläger hiermit einverstanden gewesen sei.

Das Landgericht habe das Vorbringen im Schriftsatz vom 2.11.2007 zu Unrecht unberücksichtigt gelassen. Durch die vorgelegte Quittung über die Bezahlung der Miete für die Monate Januar und Februar am 13.1.2002 sei ein Vertragsschluss zu diesem Zeitpunkt belegt. Der Inhalt des schriftlichen Mietvertrages könne deshalb für die Frage, wo der Schwerpunkt der Nutzung liege, nicht maßgeblich sein. Für eine Qualifizierung als Wohnraummietverhältnis spreche zudem, dass die gewerbliche Nutzung erst ab Oktober 2002 begonnen habe, was durch die Einvernahme der Zeugen T₁, T₂ und T₃ bewiesen werden könne. Das Landgericht sei aus diesen Gründen sachlich unzuständig.

Der Kläger verteidigt das angegriffene Urteil und hebt hervor, der Inhalt der Mietvertragsurkunde zum Nutzungszweck sei eindeutig. Eine Einigung auf eine Nutzung als Wohnung vor Unterzeichnung des schriftlichen Mietvertrages sei nicht erfolgt. Die vom Landgericht vorgenommene Beweiswürdigung sei nicht zu beanstanden. Der Vortrag des Beklagten im Schriftsatz vom 2.11.2007 sei nach Schluss der mündlichen Verhandlung und damit verspätet angebracht worden.

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

1. Ob für den Rechtsstreit eine sachliche Zuständigkeit des Landgerichts gegeben war oder nicht, ist in der Berufungsinstanz nicht mehr zu überprüfen. Nach § 513 Abs. 2 ZPO kann die Berufung nicht darauf gestützt werden, dass das LG seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat. Dies gilt auch dann, wenn eine ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichts betroffen ist (RGZ 110, 57; OLG Köln ZMR 2001, 963; Zöller/Gummer/Heßler, 26. Aufl., Rn. 7 zu § 513 ZPO).

2. Dem Kläger steht gem. §§ 535 Abs. 2, 557a Abs. 2 BGB i.V.m. der vereinbarten Staffelmiete ein Zahlungsanspruch in

Höhe von 9469,75 € für den Zeitraum 1. 2. 2003 bis 30. 11. 2006 gegen den Beklagten zu. Ein Zahlungsrückstand des Beklagten in diesem Umfang ist rechnerisch unstreitig. Es liegt ein Mischmietverhältnis mit Schwerpunkt auf der gewerblichen Nutzung vor. Die Vereinbarung einer Staffelmiete ist daher wirksam. § 557a Abs. 2 BGB gilt nur für Wohnraummietverhältnisse (Börstinghaus in Schmidt-Futterer, 9. Aufl., Rn. 21 vor §§ 557–557b BGB).

a) Bei der Frage, ob bei einem einheitlichen Mietvertrag mit gemischter Nutzung von einem Wohnraum- oder einem Gewerberaummietverhältnis auszugehen ist, kommt es entscheidend darauf an, in welchem Bereich das Mietverhältnis seinen Schwerpunkt hat. Maßgeblich hierfür ist in erster Linie der Parteiwille, also die gemeinsamen und übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien darüber, wie der Mieter das Objekt nutzen will und welche Art der Nutzung im Vordergrund steht (BGH ZMR 1986, 278 [= WuM 1986, 274]). Ausschlaggebend ist insoweit nicht, ob die Parteien in der Vertragsurkunde das Mietverhältnis als Wohn- oder Geschäftsraummietverhältnis bezeichnen; vielmehr kommt es auf den wirklichen Willen der Parteien an. Im Zweifelsfall können die Parteien aber durch eine vertragliche Regelung klar stellen, nach welchem Recht das Mietverhältnis beurteilt werden soll. Als Indiz für eine derartige Vereinbarung kann angesehen werden, wenn die Parteien zur Regelung ihrer Beziehung ein für die Wohnraummiete gedachtes Formular verwenden (Blank in Schmidt-Futterer, 9. Aufl., Rn. 98 vor § 535 BGB). Das Verhältnis der Wohnfläche zur gewerblich genutzten Fläche ist ebenso von untergeordneter Bedeutung wie der jeweilige Mietwert. Selbst dann, wenn ein Mietobjekt aus einem kleinen Laden und einer großen Wohnung besteht, ist das Mietverhältnis dann als Geschäftsraummietverhältnis zu bewerten, wenn der Mieter aus dem Betrieb des Ladens seinen Lebensunterhalt bestreitet (KG GE 1995, 1205; Blank in Schmidt-Futterer, 9. Aufl., Rn. 98 vor § 535 BGB). Gleiches gilt, wenn ein Rechtsanwalt in den gemieteten Räumen sowohl wohnt als auch seine Kanzlei betreibt (BGH NJW-RR 1986, 877 [= WuM 1986, 274]) oder wenn ein Zahnarzt eine Wohnung auch zum Zwecke der Berufsausübung nutzen darf (OLG Köln ZMR 2001, 963). Entsprechend der Qualifizierung des Mietverhältnisses nach der von den Parteien getroffenen Zweckbestimmung kommt es auf die tatsächliche Nutzung der Räume nicht an. Werden zu gewerblichen Zwecken vermietete Räume später zu Wohnzwecken genutzt, bleibt der Vertrag, soweit die Parteien den Nutzungszweck nicht einvernehmlich ändern, Geschäftsraummiet (BGH MDR 1969, 657; Reinstorf in Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Kap. I Rn. 98).

b) Vor diesem rechtlichen Hintergrund liegt im vorliegenden Fall eine überwiegende gewerbliche Nutzung und damit ein Gewerberaummietverhältnis vor.

aa) Das Mietobjekt war nach seinem Zuschnitt und nach der bei der Anmietung vorhandenen Einrichtung ersichtlich auf den Betrieb eines Ladens ausgerichtet. Dafür spricht bereits das Vorhandensein eines Raumes mit Schaufenster nebst Türe in Richtung H...straße sowie der Umstand, dass nach dem Beklagtenvortrag ursprünglich nur eine kleine „Teeküche“ vorhanden war und im Bad erst noch ein WC eingebaut werden musste. Wegen der verhältnismäßig geringen Platzverhältnisse war das Objekt außerdem von vornherein für eine nicht nur vorübergehende Wohnnutzung für die Familie des Beklagten wenig geeignet. Wenn von der vorhandenen Grundfläche von 70–75 m² für die Änderungsschneiderei ca. 20 m², für das große Bad (so die Zeugin A.) weitere ca. 10 m² und für den Flur nochmals ca. 10 m² abgezogen werden, verbleiben zwei Zimmer mit ca. 35 m² zuzügl. der Galeriebereiche für 5 Personen zum Wohnen. Dementsprechend wurde das Objekt zuvor überwiegend auch nicht als Wohnung, sondern zum Betrieb eines Reisebüros genutzt.

bb) Nach dem Inhalt des schriftlichen Mietvertrages vom 26. 1. 2002 ging der übereinstimmende Parteiwille dahin, dass die Nutzung als Gewerbeobjekt im Vordergrund stand. Unter Berücksichtigung des darin aufgeführten Vertragszwecks bleibt

für eine andere Interpretation kein Raum. Die schriftliche Vertragsurkunde kann die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich in Anspruch nehmen. Dass der schriftliche Mietvertrag u.U. erst nach dem Einzug und der ersten Mietzahlung unterzeichnet wurde, ist im Hinblick auf §§ 154 Abs. 2, 550 BGB unerheblich.

cc) Entscheidend ist weiter, dass mit der (geplanten) Änderungsschneiderei der Ehefrau des Beklagten der Lebensunterhalt der Familie bestritten werden sollte. Bereits seit 1998 war der Beklagte, wie er im Rahmen der informatorischen Anhörung im Termin vor dem Senat vom 3. 3. 2008 angegeben hat, auf Grund eines Unfalles nicht mehr beruflich als Kraftfahrer tätig. Im Anschluss an den Unfall bezog der Beklagte Krankengeld, später eine Unfallrente und Arbeitslosengeld. Somit waren sowohl der Beklagte als auch dessen Ehefrau, die bereits in Griechenland als Schneiderin tätig war, im Januar 2002 bei der Anmietung des streitgegenständlichen Mietgegenstandes ohne Anstellung bzw. regelmäßige Einkünfte. Schon deswegen lag nach der angeführten Rechtsprechung unabhängig vom Verhältnis der Wohnfläche zur gewerblich genutzten Fläche der Schwerpunkt auf der Gewerbenutzung, die die Existenz sichern sollte. Diese Betrachtungsweise wird durch die regelmäßigen Öffnungszeiten des Geschäftes und die – nach der Darstellung des Beklagten – später vorgenommene Erweiterung des Geschäftsbetriebes auf 2 Räume sowie die zusätzliche Aufnahme einer Reinigungsannahme bestätigt.

Demgegenüber kann die Argumentation des Beklagten, die Erträge der Änderungsschneiderei seien zu gering gewesen, um damit den Lebensunterhalt der Familie decken zu können, nicht verfangen. Darauf, welchen tatsächlichen wirtschaftlichen Erfolg der Betrieb erzielt hat, kann im Streitfall bei der Frage, ob der gewerbliche Zweck bei Abschluss des Vertrages im Vordergrund stand oder nicht, nicht abgestellt werden. Der Geschäftsbetrieb hätte durchaus, wie zahlreiche vergleichbare Unternehmungen belegen, den Unterhalt der Familie sichern können und war hierauf auch angelegt, wie die normalen Öffnungszeiten und die vorerwähnten Erweiterungstendenzen zeigen. Eine andere Möglichkeit, den notwendigen Lebensunterhalt zu bestreiten, stand dem Beklagten mit seiner Familie gar nicht zur Verfügung. Deshalb war der Beklagte von Anfang an darauf angewiesen, dass dieser mit der Änderungsschneiderei erwirtschaftet wird. Hierauf war sein rechtsgeschäftlicher Wille ausgerichtet, was zur Bejahung eines gewerblichen Mietverhältnisses ausreicht.

dd) Offen bleiben kann bei dieser Sach- und Rechtslage, ob der Kläger nach Abschluss des Mietvertrages den Beklagten besucht hat und welche tatsächliche Nutzung zu diesem Zeitpunkt überwogen hat. Die Parteien haben sich nicht nachträglich auf eine andere Nutzung einvernehmlich geeinigt. Die Änderungsschneiderei diente stets als einzige Erwerbsquelle der Familie des Beklagten.

3. Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der vom Landgericht getroffenen Feststellungen bestehen nicht (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Eine ergänzende Beweisaufnahme ist nicht veranlasst.

a) Darauf, was zwischen dem Kläger und dem Beklagten vor bzw. nach dem Vertragsabschluss besprochen worden ist, kommt es für die zu treffende Entscheidung nicht an. Bei beiden Mietvertragsparteien stand, wie bereits dargelegt worden ist, die gewerbliche Nutzung eindeutig im Vordergrund. Daher war dem Antrag des Beklagten auf erneute Vernehmung der Zeugin A. nicht zu entsprechen.

b) Unerheblich ist ferner, ob die Ehefrau des Beklagten erst im Oktober 2002 ihre Tätigkeit als Schneiderin begonnen hat. Dass von Anfang an eine Änderungsschneiderei geplant war, ist unstreitig und ergibt sich aus dem Mietvertrag. Die Staffelmiete hat der Kläger dabei nachvollziehbar damit begründet, dass dem Beklagten und seiner Frau eine Anlaufphase eingeräumt werden sollte, bis die Schneiderei läuft, was wiederum für den gewerblichen Vertragscharakter spricht.

Ohne rechtliche Relevanz ist die weitere, im Schriftsatz vom 2. 11. 2007 enthaltene (streitige) Behauptung des Beklagten, erst im letzten Jahr vor dem Auszug sei die gewerbliche Nutzung auf den mittleren Raum erweitert worden. Dieser Vortrag vermag selbst dann, wenn er als wahr unterstellt wird, eine andere rechtliche Beurteilung nicht zu rechtfertigen. Denn der Wille, eine Änderungsschneiderei zur Sicherung des gemeinsamen Lebensunterhaltes zu betreiben, bestand von allem Anfang an. Aus diesem Grunde erübrigt sich eine Vernehmung der vom Beklagten benannten Zeugen T1, T2 und T3.

4. Die in Ziff. 19 des Mietvertrages enthaltene Vereinbarung, wonach der Beklagte die Grundsteuer zu tragen hat, ist unabhängig davon wirksam, ob das Mietverhältnis als gewerbliches Mietverhältnis zu qualifizieren ist oder nicht. Nach § 2 Nr. 1 der Betriebskostenverordnung gehören die laufenden öffentlichen Lasten, insbesondere die Grundsteuer, zu den umlagefähigen Betriebskosten (vgl. dazu Langenberg in Schmidt-Futterer, a. a. O., Rn. 103 zu § 556 BGB).

5. Gegen die Verurteilung zur Erstattung von vorgerichtlichen Anwaltsgebühren in Höhe von 389,64 € hat der Beklagte keine zusätzlichen Angriffe geführt. Nach der jüngeren Rechtsprechung des BGH (NJW 2007, 2049 [= WuM 2007, 329]) vermindert sich dann, wenn nach der Vorbemerkung 3 Abs. 4 zu Nr. 3100 VV RVG eine wegen desselben Gegenstands entstandene Geschäftsgebühr anteilig auf die Verfahrensgebühr des gerichtlichen Verfahrens anzurechnen ist, nicht die bereits entstandene Geschäftsgebühr, sondern die in dem anschließenden gerichtlichen Verfahren anfallende Verfahrensgebühr. Danach schuldet der Beklagte mindestens den titulierten Betrag.

III. [...] Die Revision wird nicht zugelassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Fragen von einer über den vorliegenden Einzelfall hinausgehenden Bedeutung sind nicht ersichtlich. Die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht.

§§ 307, 535 BGB

Ladengeschäft im Einkaufszentrum EKZ; Regelung der Öffnungszeiten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen AGB des Mietvertrags; Transparenzgebot; Änderung des Ladenschlussgesetzes

Zur Transparenz von Klauseln in AGB, die die Öffnungszeiten von Ladengeschäften in Einkaufszentren regeln.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 7. 5. 2008 – XII ZR 5/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten darüber, wie lange die Beklagte ihr in einem Einkaufszentrum gelegenes Geschäft an Samstagen geöffnet halten muss.

2 Die Rechtsvorgängerin der Klägerin war Vermieterin der Gewerbeflächen des Einkaufszentrums „N.“ in C. Mit Vertrag vom 27. September 1993 vermietete sie der Beklagten eine Ladenfläche von ca. 2400 m² und eine Nebenfläche von 582,86 m² für die Dauer von 15 Jahren. Die Beklagte betreibt dort einen Einzelhandel mit Schwerpunkt Textilien, Bekleidung und Randsortimente.

3 § 8 d des Mietvertrages lautet:

„Das Geschäftslokal ist im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen mindestens so lange offen zu halten, wie die überwiegende Anzahl aller Mieter ihre Geschäfte offen hält. Der Mieter hat das Recht, die gesetzlichen Ladenöffnungszeiten voll auszuschöpfen. Aus einer bloßen Duldung abweichender Öffnungszeiten durch den Vermieter kann der Mieter keine Rechte herleiten. Zeitweise Schließungen (z. B. aus Anlass von Mittagspausen, Ruhetagen, Betriebsferien, Inventuren u. a.) sind nicht zulässig.“

4 Der von der Vermieterin zunächst vorgesehene Vertragstext enthielt als Satz 2 noch folgende Regelung:

„Dem Vermieter bleibt die abschließende Festlegung der Ladenöffnungszeiten vorbehalten.“

5 Diese Bestimmung wurde auf Verlangen der Mieterin vor Abschluss des Mietvertrages gestrichen.

6 Nach Abschluss des Mietvertrages änderte sich das Ladenschlussgesetz. Die Öffnungszeiten wurden 1996 von Montag bis Freitag auf 20.00 Uhr und an Samstagen bis 16.00 Uhr ausgeweitet. Die weitere Änderung des Ladenschlussgesetzes im Jahre 2003 erlaubt die Öffnung von Montag bis Samstag bis jeweils 20.00 Uhr.

7 Die Mehrheit der Geschäfte im Einkaufszentrum wird auf kleineren Verkaufsflächen betrieben. In den Verträgen mit diesen Mietern (sog. Kleinmietern) ist folgende Klausel enthalten (§ 7 e):

„Der Mieter wird das Geschäftslokal im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen so lange offen halten, wie die überwiegende Anzahl aller Mieter ihre Geschäfte offen hält. Dem Vermieter bleibt die abschließende Festlegung der Ladenöffnungszeiten vorbehalten.“

8 Mit Schreiben vom 27. Mai 2003 forderte die Klägerin die Mieter auf, ab dem 1. Juni 2003 auch an Samstagen bis 20.00 Uhr zu öffnen. 32 der insgesamt 49 Mieter sind der Aufforderung gefolgt und halten ihre Geschäfte bis 20.00 Uhr geöffnet. Die Beklagte hält sich dazu nicht für verpflichtet und schließt ihr Geschäft, außer in der Adventszeit, an Samstagen jeweils um 18.00 Uhr.

9 Die Klägerin begehrt von der Beklagten, das gemietete Ladenlokal auch Samstags bis 20.00 Uhr zu öffnen. Das Landgericht Chemnitz hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten blieb überwiegend erfolglos. Dagegen wendet sich die Beklagte mit der vom Berufungsgericht [OLG Dresden] zugelassenen Revision.

10 **Aus den Gründen:** Das Rechtsmittel hat Erfolg. Es führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage.

11 1. Das Berufungsgericht hat, soweit für die Revision noch von Bedeutung, ausgeführt: Die in § 8 d des Mietvertrages enthaltene Klausel sei wirksam. Dass eine Betriebspflicht des Mieters auch in Formularverträgen festgelegt werden könne, entspreche allgemeiner Auffassung. Es komme deshalb nicht darauf an, ob nach Verhandlung und Streichung des zunächst vorgesehenen Satzes 2, der in den Verträgen mit den Kleinmietern enthalten geblieben sei, auch Satz 1 nach den Bestimmungen der §§ 305 f. BGB zu beurteilen sei oder die gesamte Regelung dieses Absatzes als „ausgehandelt“ i. S. des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB gelten könne. Allerdings würde die Streichung einzelner Sätze oder Teile der Klausel wohl nicht ausreichen, um dem verbleibenden Rest den Charakter von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu nehmen. Dem Vorbringen der Klägerin zufolge habe die Beklagte zwar gegen die Klausel betreffend die Betriebspflicht seinerzeit Vorbehalte geäußert, über die verhandelt worden sei. Den Darlegungen lasse sich aber nicht entnehmen, dass auch über die übrigen Bestandteile von § 8 d in der von der Rechtsprechung geforderten Weise tatsächlich verhandelt worden sei. Die Frage könne aber dahinstehen. Auch wenn § 8 d Satz 1 des Vertrages als eine von der Vermieterin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen wäre, wäre die Klausel nicht unwirksam.

12 Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liege nicht vor. Die Klausel sei klar und verständlich. Danach sei der Mieter verpflichtet, sein Geschäft mindestens so lange zu öffnen wie die überwiegende Anzahl aller Mieter des Centers. Der einzelne Mieter habe sich also an die Öffnungszeiten der Mehrheit der Mieter zu halten. Er wisse, dass er ggf. sein Geschäft auch dann öffnen müsse, wenn der Betrieb für ihn nicht lukrativ sei.

Er könne der Klausel auch entnehmen, wann die Verpflichtung eintrete, nämlich dann, wenn mehr als die Hälfte der insgesamt vorhandenen Mieter länger offen hielten.

13 Ein Mangel an Transparenz ergebe sich auch nicht daraus, dass die Klausel keine Regelung über das Zustandekommen der Mehrheitsentscheidung enthalte. Zu Recht gehe das Landgericht davon aus, dass die Meinung der Beklagten, die überwiegend praktizierten Öffnungszeiten müssten im Wege der Abstimmung zwischen den Mietern festgelegt werden, in der fraglichen Klausel keine Grundlage finde. Die vertragliche Regelung stelle nur auf die tatsächlichen Öffnungszeiten ab. Wie diese zustande kämen, müsse unter dem Aspekt der Transparenz nicht festgelegt werden. Hätte die Beklagte Zweifel über die Modalitäten bei der Festlegung der Öffnungszeiten gehabt, hätte sie durch Nachfrage für Klärung sorgen können.

14 § 8 d Satz 1 bis 3 des Mietvertrages stelle auch keine unangemessene Benachteiligung der Mieter gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB dar. Aufgrund der damals wirksamen Regelung folge die Verpflichtung der Beklagten, auch an Samstagen bis 20.00 Uhr zu öffnen, daraus, dass die überwiegende Anzahl der Centermieter ihre Geschäfte geöffnet hielten. Ohne Erfolg mache die Beklagte geltend, dass die Klägerin die Öffnungszeiten für die anderen Mieter unter Berufung auf die Klausel deshalb durchgesetzt habe, weil ihr die „abschließende Festlegung“ der Öffnungszeiten vorbehalten sei. Diese Regelung verstoße nicht gegen das Bestimmtheitsgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB. Ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht könne sich der Vermieter vorbehalten, wenn dies bei unsicherer Entwicklung der Verhältnisse als Instrument der Anpassung notwendig sei und die Richtlinien der Ausübung – wie hier – möglichst konkret angegeben seien.

15 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

16 § 8 d Satz 1 des Mietvertrages wird dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht gerecht.

17 a) Die Bestimmung ist eine Formularvereinbarung. Zwar hat es das Berufungsgericht offen gelassen, ob es sich bei der in § 8 d Satz 1 geregelten Betriebspflicht um eine Formularklausel oder um eine Individualvereinbarung handelt. Indes kann der Formularcharakter der Klausel bei Zugrundelegung des unstreitigen Parteivorbringens nicht zweifelhaft sein. Der Vortrag der Klägerin, im ursprünglichen Vertrag sei – wie in allen Verträgen – die Klausel „dem Vermieter bleibt die abschließende Festlegung der Ladenöffnungszeiten vorbehalten“ enthalten gewesen, auf Wunsch der Beklagten aber gestrichen worden, bedeutet nicht, dass auch Satz 1 zu einer Individualvereinbarung geworden ist. Eine für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Klausel wird nicht bereits dadurch zu einer Individualregelung, dass die Parteien über die Regelung reden. Erforderlich ist vielmehr, dass der Klauselsteller die von ihm vorgesehene Klausel ernsthaft zur Disposition stellt (vgl. BGHZ 85, 305, 308; 104, 232, 236). Das behauptet die Klägerin selbst nicht. Im Gegenteil hat sie in den Instanzen und in ihrer Revisionserwiderung – wenn auch in anderem Zusammenhang – selbst darauf hingewiesen, dass ihr Konzept nur gelingen kann, wenn sich alle Mieter an ihre Vorgaben halten und ihr Geschäft so lange geöffnet halten wie die Mehrheit der Mieter. Es ist deshalb fern liegend, dass die Klägerin Satz 1 des Mietvertrages ernsthaft zur Disposition gestellt und damit das System eines einheitlichen Ladenschlusses für das gesamte Einkaufszentrum gefährdet hat.

18 b) Der Senat hat – nach Erlass des Berufungsurteils – für eine weitgehend identische Fallgestaltung entschieden, dass die formularmäßige Verpflichtung zur Offenhaltung des Ladenlokals bis 20.00 Uhr wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam ist (Senatsurteil vom 16. Mai 2007 – XII ZR 13/05 – NJW 2007, 2176, 2177 [= GuT 2007, 205]) und eine Verpflichtung der Mieter zur Öffnung ihrer Geschäfte aus dieser Klausel nicht hergeleitet werden kann. Nach dem Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sind Verwender Allge-

meiner Geschäftsbedingungen entsprechend den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten ihrer Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Dazu gehört auch, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen wirtschaftliche Nachteile und Belastungen so weit erkennen lassen, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (vgl. nur BGHZ 164, 11, 16; 165, 12, 21 f. m.w.N.). Abzustellen ist bei der Bewertung der Transparenz auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (BGHZ 165, 12, 22).

19 aa) Nach dem Wortlaut der Klausel kommt es für den Umfang der Betriebspflicht des Mieters darauf an, wie lange „die überwiegende Mehrzahl aller Mieter ihre Geschäfte offen hält“. Durch diese Regelung wird der Anschein erweckt, eine Ausweitung der Betriebspflicht hänge nicht vom Willen des Vermieters, sondern allein von der Mehrheit der übrigen Mieter des Einkaufszentrums ab. Dem ist aber nicht so.

20 bb) Tatsächlich können die meisten Mieter nicht frei entscheiden, wie lange sie ihr Geschäft offen halten wollen. Die Klägerin (= Vermieterin) hatte nämlich die überwiegende Mehrzahl der Mieter (sog. Kleinmieter) des Einkaufszentrums bei der Festlegung der Öffnungszeiten ihren Vorgaben unterworfen. Nach § 7 e Satz 2 der mit den „Kleinmietern“ geschlossenen Formularverträge „bleibt dem Vermieter die abschließende Festlegung der Ladenöffnungszeiten vorbehalten“. Die Vermieterin kann damit die Öffnungszeiten der Mehrzahl aller von ihr vermieteten Ladenflächen einseitig bestimmen und damit die Voraussetzungen für eine Ausweitung der Betriebspflicht nach § 8 d Satz 1 herbeiführen.

21 cc) Mit einem solchen Weisungsrecht der Vermieterin gegenüber anderen Mietern rechnet der durchschnittliche Adressat bei der Lektüre des § 8 d Satz 1 nicht. Er wird aufgrund der Formulierung der Klausel vielmehr davon ausgehen, dass die Betriebspflicht bei den anderen Mietern wie in § 8 d Satz 1 seines eigenen Vertrages geregelt ist. Das Ausmaß seiner Verpflichtung wird durch die gewählte Formulierung verschleiert. Während er nach dem Wortlaut mit einer Änderung der Öffnungszeiten nur rechnen muss, wenn sich die Mehrheit aller Mieter des Einkaufszentrums dafür ausspricht, kann in Wirklichkeit die Vermieterin allein die Öffnungszeiten bestimmen, weil die Kleinmieter wegen § 7 e ihrer Mietverträge die Geschäfte so lange offen halten müssen, wie es die Klägerin will. Damit kann letztlich die Klägerin allein entscheiden, wie lange die Beklagte ihr Geschäft öffnen muss.

22 dd) Die Beklagte musste auch nicht damit rechnen, dass die Öffnungszeiten letztlich durch die Klägerin festgelegt werden. Zwar ist das Transparenzgebot im Geschäftsverkehr mit Unternehmen nicht mit gleicher Strenge wie gegenüber Verbrauchern anzuwenden. Insbesondere kann bei Unternehmen aufgrund ihrer Geschäftserfahrung sowie aufgrund der Maßgeblichkeit von Handelsgewohnheiten und Handelsbräuchen von einer besseren Erkenntnis- und Verständnismöglichkeit ausgegangen werden (Wolf/Horn/Lindacher AGB 4. Aufl. § 9 Rdn. 147 m.w.N.). Die von der Klägerin gewählte Formulierung in § 8 d Satz 1 gab der Beklagten aber keinen Anlass zu zweifeln, dass die Mehrheit der Mieter und nicht die Vermieterin über die Öffnungszeiten entscheidet.

23 ee) Die Intransparenz der Regelung besteht darin, dass bei der Mieterin der Eindruck erweckt wird, nicht die Vermieterin, sondern die Mieter würden über die Öffnungszeit entscheiden.

24 Deshalb kann auch nicht von Bedeutung sein, ob die Festsetzung der Betriebszeiten durch die Vermieterin selbst (oder durch eine Werbegemeinschaft) in Einkaufszentren „durchaus üblich“ sei. Die Mieterin wird durch die gewählte Formulierung nicht lediglich im Unklaren gelassen, sondern regelrecht in die Irre geleitet.

25 ff) Ob eine Mehrheit der Mieter des Einkaufszentrums die verlängerte Samstagsöffnungszeit selbst wünscht und praktiziert, ohne dass die Klägerin von ihrem Bestimmungsrecht be-

züglich der Ladenöffnungszeiten bei den Kleinmietern Gebrauch macht, ist nicht entscheidungserheblich. Eine freiwillige Offenhaltung ihrer Geschäfte durch die Mehrheit der Mieter vermag an der mangelnden Transparenz von § 8 d Satz 1 des Mietvertrages nichts zu ändern. Die Bestimmung ist unwirksam und kann deshalb auch dann nicht verpflichten, wenn die übrigen Mieter nicht auf Veranlassung der Vermieterin, sondern freiwillig ihre Geschäfte Samstag bis 20.00 Uhr geöffnet halten. Auch sonst ist keine Verpflichtung der Beklagten zur Offenhaltung ihres Geschäftes ersichtlich.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 535, 536a, 539 BGB; § 522 ZPO
Gewerberaumiete;
Darlegungspflicht zur Betriebskostenvereinbarung;
Investitionen des Mieters; Herausgabe der Bereicherung

1. Der Mieter hat darzulegen, dass der von ihm vereinbarungsgemäß geschuldete und an den Vermieter gezahlte Betrag neben der Miete auch Betriebskostenvorauszahlungen enthält, wenn der Mieter die variablen Betriebskosten seit geraumer Zeit selbst entrichtet.

2. Für das Mietobjekt aufgewendete Investitionen kann der Mieter allenfalls nach Bereicherungsgrundsätzen vom Vermieter erstattet verlangen, wenn sie zu einer Ertragswertsteigerung geführt haben.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. 6. 2008 – I-24 U 159/07)

Aus den Gründen: I. Das Rechtsmittel hat keine Erfolgsaussicht, § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Das Landgericht Kleve hat die Beklagte zu Recht zur Zahlung von insgesamt 17 511,92 EUR (nebst Zinsen), nämlich Miete und Nutzungsentschädigung für die Zeit vom 1. Juni 2005 bis 10. April 2006 (12 845,25 EUR) sowie Schadensersatz (4666,67 EUR) verurteilt. Die vorgebrachten Berufungsgründe rechtfertigen keine günstigere Entscheidung.

1. Die Beklagte kann gegenüber der Miete/Nutzungsentschädigung weder mit einem Betriebskostenguthaben noch mit jetzt zurückgeforderten Betriebskostenvorauszahlungen aufrechnen noch hat sie ein Zurückbehaltungsrecht an der eingeklagten Miete/Nutzungsentschädigung.

a) Das Landgericht hat zu Recht erkannt, dass die Beklagte nicht den Beweis erbracht hat, dass in dem monatlich unstreitig geschuldeten Betrag (1773,67 EUR) eine Betriebskostenvorauszahlung enthalten ist. Dafür spricht auch nicht die (einmalig gebliebene) Betriebskostenabrechnung vom 24. März 2001 für das Jahr 2000, und zwar selbst dann nicht, wenn noch zu jener Zeit Vorauszahlungen von monatlich 440 DM (224,97 €) geschuldet wurden. Maßgeblich ist jetzt, dass es die Beklagte erstinstanzlich vermieden hat, die eine mündlich vereinbarte Vertragsabänderung aufzeigende Behauptung der Klägerin zu bestreiten, sie (die Klägerin) und vor ihr schon die Voreigentümerin hätten neben den Aufwendungen für Grundsteuer und Gebäudeversicherung keine sonstigen Betriebskosten für das von der Beklagten allein bewirtschaftete Grundstück (die Wohnung wurde von Mietern der Beklagten als Untermietern bewohnt) verauslagt, vielmehr seien alle variablen (in der Abrechnung vom 24. März 2001 noch als vom Vermieter verauslagt dargestellten) Betriebskosten neben der Miete von der Beklagten selbst bezahlt worden.

b) Diesem Vortrag ist die Beklagte weder ausdrücklich noch sinngemäß im Sinne des § 138 Abs. 3 ZPO entgegen getreten. Das wäre aber in substantzierter Weise erforderlich gewesen.

aa) Denn einerseits beruhte das Vertragsverhältnis auf mündlichen Vereinbarungen, an denen (im Gegensatz zur Klägerin) der Geschäftsführer der komplementär haftenden Gesellschaft der Beklagten persönlich beteiligt gewesen ist. Andererseits indiziert die von der Beklagten zugestandene und mehrjährig unbeanstandet hingenommene Vertragspraxis, dass sie eben nicht

auf einem Versehen beruht. Dies wäre bei der nach kaufmännischen Grundsätzen betriebenen Handelsgesellschaft der Beklagten auch nicht verständlich. Demgemäß entspricht dieses Verhalten der Parteien dem aktuellen Vertragsstatus (vgl. dazu BGH NJW-RR 1998, 259 m.w.N.; NJW 2003, 2748 sub II. 2b).

bb) Um diesbezüglich die Darlegungs- und Beweislast wieder auf die Klägerin zurückzuverlagern (vgl. BGH NJW 1962, 1354 = JZ 1963, 32, 33 m. Anm. Scheuerle; BGH NJW 2000, 3286, 3287 sub Nr. II. 1. m.w.N.; WPM 2001, 1517, 1518 und jüngst NJW 2003, 3564, 3565; Senat OLGR Düsseldorf 2006, 741; Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., § 138 Rn 8 m.w.N.), hätte es detaillierten Vortrags der Beklagten zur dargestellten Vertragspraxis bedurft und welche Bedeutung sie für die Absprachen der Mietvertragsparteien haben soll. Statt dessen ist die Beklagte ausdrücklich nur dem weiteren Vortrag der Klägerin entgegengetreten, sie habe die geänderte Vertragshandhabung von der Voreigentümerin erfahren. Darüber indes brauchte das Landgericht keinen Beweis zu erheben; denn woher die Klägerin diese Information und unter welchen Umständen sie sie erhalten hatte, ist für die Entscheidung des Rechtsstreits ohne jede Bedeutung.

c) Der Senat folgt daher der vom Landgericht in verfahrensrechtlich nicht zu beanstandender Weise gezogenen Schlussfolgerung (§§ 138 Abs. 3, 286 ZPO), dass die von der Beklagten zuletzt gezahlte Miete (1773,67 €) keine Betriebskostenvorauszahlung enthält.

2. Die Beklagte hat auch nicht den von ihr gemäß § 362 Abs. 1 BGB zu führenden Beweis erbracht, dass die von der Klägerin geforderte Nutzungsentschädigung für den Monat Dezember 2005 in Höhe eines Teilbetrags von 485 EUR durch Zahlung der Untermieter erloschen ist. Die Berufungsbegründung bringt dazu keine neuen Gesichtspunkte.

3. Die Beklagte kann schließlich auch nicht mit angeblich vorgenommenen Investitionen in behaupteter Höhe von 15 000 EUR gegen die Miete/Nutzungsentschädigung aufrechnen.

Dem Grunde nach scheidet eine solche Aufrechnung bereits an §§ 539, 536, 536a Abs. 2 BGB (§§ 547, 537, 538 Abs. 2 BGB a. F.). Die Beklagte übersieht, dass vom Mieter veranlasste bauliche Maßnahmen nur dann zu einem Aufwendungsersatzanspruch gegen den Vermieter führen, wenn sie der Beseitigung eines Mietmangels dienen und der Mieter dem Vermieter den Mangel angezeigt hatte. Sodann müsste dieser entweder mit der Beseitigung eines Mangels im Verzug gewesen sein oder eine umgehende Beseitigung ohne Benachrichtigung des Vermieters erforderlich gewesen sein. Schließlich kann bedeutsam sein, ob der Vermieter durch diese Maßnahme ungerechtfertigt bereichert worden ist. Keine der genannten rechtlichen Voraussetzungen liegt im Streitfall vor.

a) Die Beklagte trägt nicht vor, dass die von ihr behaupteten Investitionen (Erneuerung der Elektroinstallation, TV-SAT-Empfang, Fußbodenerneuerung, Rolltoreinbau, Baderneuerung etc.) der Beseitigung von Mängeln der Mietsache im Sinne des § 536 BGB gedient haben. Regelmäßig fehlt nämlich derartigen Modernisierungsdefiziten der Charakter von Mängelbeseitigungsmaßnahmen (vgl. BGH NJW 2005, 218, 219 [= WuM 2004, 715] m.w.N.). Auch hatte sich die (damals) vermietende Vertragspartei weder mit der Beseitigung von ihr angezeigten Mängeln in Verzug befunden, bevor die baulichen Maßnahmen ausgeführt worden sind (§ 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB) noch ist dargelegt, dass die umgehende Beseitigung von Mängeln im Sinne des § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB erforderlich war, um die Mietsache zu erhalten oder wiederherzustellen (vgl. BGH NJW 2008, 1216 [= WuM 2008, 147 = GuT 2008, 156 KL, 289 KL]).

b) Da nicht feststeht, dass die Beklagte durch die behaupteten Investitionen Mängel im Sinne der §§ 536, 536a Abs. 2 BGB beseitigt hat, steht ihr auch kein Aufwendungsersatz gemäß §§ 539, 677 BGB zu (vgl. BGH a. a. O. S. 1216 f).

Im Übrigen übersieht die Beklagte, dass der hier in Rede stehende Aufwendungsersatzanspruch bereits im Zeitpunkt der Verwendungen entsteht (vgl. BGHZ 5, 197, 199) und sich des-

halb bei einem Eigentumswechsel, wie er sich hier im Jahre 2004 vollzogen hat, gemäß §§ 578 Abs. 1, 566 Abs. 1 BGB gegen denjenigen Vermieter richtet, der im Zeitpunkt der Vornahme der Verwendungen Eigentümer der Mietsache gewesen ist und nicht gegen den (neuen) Vermieter, der erst nach deren Vornahme in das Mietverhältnis eingetreten ist (vgl. BGH NJW-RR 2006, 294, 295 sub I. 3a = MDR 2006, 505 [= GuT 2006, 32]). Die Beklagte behauptet nicht, die in Rede stehenden Verwendungen erst nach dem Eigentumswechsel vorgenommen zu haben; dem Zusammenhang ihres Vortrags kann vielmehr entnommen werden, dass sie vollständig vor dem Eigentumswechsel gemacht worden sind, so dass die Klägerin nicht passiv legitimiert ist.

c) Schließlich hat die Beklagte gegen die Klägerin auch keinen Anspruch auf Bereicherungsausgleich gemäß §§ 812 Abs. 1 Satz 1, 818 Abs. 2 BGB. Ein solcher Bereicherungsausgleich kommt in Betracht, wenn durch Investitionen des Mieters in die Mietsache deren Ertragswert gesteigert ist, eine Kompensation – wie hier festgestellt – weder als Mangelbeseitigung noch als Verwendungsersatz rechtlich in Betracht kommt und der Vermieter durch Auflösung des Mietvertrags in stande ist, die im Ertragswert gesteigerte Mietsache (etwa durch anderweitige Vermietung oder Eigennutzung) vorzeitig zu verwerten (vgl. BGH NJW 1985, 313, 315 sub II c; Urt. v. 25.10.2000, Az. XII ZR 136/98 sub 4b zit. nach juris, red. LS in NJW-RR 2001, 727; BGH NJW-RR 2006, 294, 295 sub I. 3c m. w. N. = MDR 2006, 505 [= GuT 2006, 32]).

aa) Zwar ist richtig, dass sich Ansprüche des Mieters wegen Investitionen in die Mietsache, soweit sie in der rechtlichen Gestalt von Bereicherungsansprüchen in Betracht kommen, erst im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung entstehen. Denn der jetzige, nicht der frühere Eigentümer kommt ggf. in den Genuss der im Ertragswert gesteigerten Mietsache, so dass die Klägerin wegen solcher Ansprüche durchaus passiv legitimiert ist (BGH NJW-RR 2006, 294, 295 sub I. 3a m. w. N. = MDR 2006, 505 [= GuT 2006, 32]).

bb) Aber ganz abgesehen davon, dass die Beklagte nur zum angeblichen Investitionsaufwand, jedoch nichts zur allein maßgeblichen Ertragswertsteigerung vorträgt (BGH a. a. O.), ist die Klägerin nach der fristlosen Kündigung des Mietvertrags durch Erklärung vom 27. August 2005 in feststellbarer Weise auch nicht „vorzeitig“ wieder in den Besitz der Mietsache gelangt. Vielmehr hat sie deren Besitz mangels unverzüglicher Räumung erst nach Ablauf des 10. April 2006 wieder erlangt. Zu diesem Zeitpunkt wäre das Mietverhältnis aber schon durch eine am 27. August 2005 ordentlich erklärte Kündigung beendet gewesen, nämlich gemäß § 580a Abs. 2 BGB bereits mit Ablauf des 31. März 2006. Damit bedarf es nicht mehr der Erörterung der Frage, ob die hier referierte höchstrichterliche Rechtsprechung ohnehin nur auf befristete Mietverhältnisse anwendbar ist, für die sie entwickelt worden ist. Bei unbefristeten Mietverträgen kann der Vermieter den Besitz „vorzeitig“ nur vor Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist erlangen (vgl. BGH a. a. O.). Unerheblich ist auch, ob der Mieter bei einem unbefristeten Mietverhältnis, wie es hier vorliegt, bereicherungsrechtlich nur für die Dauer der ordentlichen Kündigungsfrist, gerechnet ab Mietbeginn, geschützt ist. Dafür spricht allerdings mit Blick auf die vertragliche Risikoverteilung bei unbefristeten Mietverhältnissen einig.

II. Auch die weiteren Voraussetzungen für eine Entscheidung im Beschlussverfahren liegen vor. Die Rechtssache hat nämlich weder eine grundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO), noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats im Urteilsverfahren (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO).

III. Der Senat weist darauf hin, dass die Berufungsrücknahme vor Erlass einer Entscheidung nach § 522 Abs. 2 ZPO gemäß GKG KV 1222 S. 1 und 2 kostenrechtlich privilegiert ist; statt vier fallen nur zwei Gerichtsgebühren an.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§§ 535, 280, 281 BGB; § 522 ZPO
Gewerberaumiete; Schadensersatzanspruch wegen unterlassener Schönheitsreparaturen, Rückbauverpflichtungen oder Mängelbeseitigungen; endgültige Erfüllungsverweigerung

Zieht ein Mieter aus, ohne Schönheitsreparaturen auszuführen, liegt in diesem Verhalten dann keine endgültige Erfüllungsverweigerung, wenn dieser zuvor ein Vermieterschreiben erhalten hat, nach dessen Inhalt er davon ausgehen konnte, dass der Vermieter nach der vollständigen Räumung gesondert an ihn herantreten werde, wenn Schönheitsreparaturen auszuführen sein sollten.

(KG, Beschluss vom 9. 6. 2008 – 12 U 183/07)

Aus den Gründen: Das Landgericht [Berlin] hat die Klage betreffend auf Grund der Erwägung abgewiesen, dass der Kläger die Voraussetzungen der Entstehung eines Schadensersatzanspruches wegen unterlassener Schönheitsreparaturen bzw. Mängelbeseitigung nicht dargelegt hat.

a. Dabei hat das Landgericht richtig ausgeführt, dass die Entstehung eines Anspruchs auf Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280, 281 BGB auch im Fall von unterlassenen Schönheitsreparaturen grundsätzlich die Aufforderung des Schuldners zur Erbringung der Leistung und die Setzung einer Frist voraussetzt. Dies sieht auch die Berufung nicht anders.

Soweit die Berufung die Auffassung vertritt, eine Aufforderung zur Leistungserbringung mit Fristsetzung sei im vorliegenden Fall ausnahmsweise deshalb entbehrlich gewesen, weil der Beklagte unmissverständlich zum Ausdruck gebracht habe, dass er jegliche Arbeiten ablehne, kann der Senat dem nicht folgen.

Neben den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts auf S. 5, 6 des angegriffenen Urteils ist zu berücksichtigen, dass an die Voraussetzungen der allein ausreichenden ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung nach ständiger Rechtsprechung strenge Anforderungen zu stellen sind (vgl. Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraumiete, 2006, Kap. 16, Rn 163). Diese sind nur gegeben, wenn der Mieter durch seine Erklärung bzw. sein Verhalten eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommen und es deshalb ausgeschlossen erscheint, dass er sich von einer Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung umstimmen ließe (vgl. Langenberg, Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau, 3. Aufl., 2008, 1. Teil, Rn. 484 m. w. N.).

Eine derartige Erfüllungsverweigerung kann zwar auch im Auszug des Mieters liegen, allerdings nur dann, wenn der Mieter ohne jegliche Renovierungsarbeiten auszieht, obwohl das Mietobjekt derart offensichtlich völlig verwohnt und in einem abgewirtschafteten, katastrophalen Zustand ist, dass sich der Auszug ohne die Vornahme irgendwelcher Arbeiten nur als Erfüllungsverweigerung darstellen kann (vgl. Langenberg, a. a. O., Rn 488; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, a. a. O. Rn. 171).

Ob ein derartiger Fall vorliegend gegeben ist, erscheint unter Berücksichtigung des Vorbringens des Klägers in dem selbständigen Beweisverfahren zu dem Zustand des Mietobjektes eher zweifelhaft, kann aber im zu beurteilenden Einzelfall letztlich dahinstehen.

Entscheidend dafür, dass dem Verhalten des Beklagten keine endgültige Erfüllungsverweigerung entnommen werden kann, ist nämlich Folgendes:

Die Hausverwaltung des Klägers hatte dem Beklagten unmittelbar nach Eingang vor dessen Kündigungsschreiben mit ihrem Schreiben vom 29. Oktober 2008 Folgendes mitgeteilt:

„Nach erfolgter Räumung der Räumlichkeiten dürfen wir Sie zu gegebener Zeit bitten, mit unserem Büro rechtzeitig telefonisch einen Termin zur Übernahme durch uns zu vereinbaren.“

Wegen weitergehender Ansprüche, insbesondere auf Ausführung von Schönheitsreparaturen, behalten wir uns für unseren Auftraggeber Feststellungen vor, sobald die vollständig geräumten Räumlichkeiten von uns besichtigt werden konnten.“

Nach dieser Ankündigung musste der Beklagte davon ausgehen, dass der Kläger bzw. seine Hausverwaltung nach der vollständigen Räumung gesondert an ihn herantreten wird, sofern diese der Meinung sein sollten, dass weitergehende Ansprüche, insbesondere auf Ausführung von Schönheitsreparaturen bestehen sollten. In dem Auszug des Beklagten kann deshalb ohne weitere Erklärung eine Erfüllungsverweigerung nicht gesehen werden, da dieser nach dem Erhalt des Schreibens davon ausgehen konnte und musste, dass seinem Auszug ohne weiteres Tätigwerden jedenfalls nicht der Erklärungs Wert entnommen würde, dass er die Durchführung von Schönheitsreparaturen verweigert.

Eine Besichtigung des Mietobjektes ist nach dem eigenen Vorbringen des Klägers auch erst nach dem Auszug des Beklagten erfolgt, worauf das Landgericht in dem angegriffenen Urteil zu Recht hingewiesen hat.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem weiteren Schreiben der Hausverwaltung des Klägers vom 27. April 2004, welches lediglich Ausführungen dazu enthält, dass der Beklagte bestimmte Rückbauarbeiten vornehmen solle.

Soweit die Berufung schließlich vorbringt, im letzteren Schreiben sei eine Aufforderung hinsichtlich der Durchführung der Rückbauarbeiten zu sehen, ist es einerseits den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts nicht entgegen getreten, dass das Schreiben keine Fristsetzung enthält. Im Übrigen ist dem vom Kläger betriebenen selbständigen Beweisverfahren zu entnehmen, dass durchaus Rückbauarbeiten durchgeführt wurden, der Kläger jedoch sachverständig geklärt wissen wollte, ob diese Arbeiten unvollständig seien und keinen ordnungsgemäßen Rückbau darstellten. In diesem Fall hätte es dem Kläger obliegen, den Beklagten unter Fristsetzung zu genau bezeichneten Arbeiten aufzufordern. Hat der Mieter vor seinem Auszug Schönheitsreparaturen vorgenommen und erhebt der Vermieter Beanstandungen, so muss der Vermieter konkrete Mängel darlegen und den beanstandeten Zustand beschreiben, damit der Mieter erkennen kann, inwieweit der Vermieter den Vertrag als nicht erfüllt ansieht (vgl. Senat, Urteil vom 24. April 2003 – 12 U 275/01 – KGR 2003, 233, GE 2003, 952 [insoweit in GuT 2003, 145 nicht abgedruckt]).

b. Soweit der Kläger mit der Berufung vorträgt, eine Fristsetzung sei letztlich nach Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens mit Schreiben vom 20. März 2006 erfolgt, kann dem nicht gefolgt werden. Bei dem fraglichen Schreiben, Anlage K 9, handelt es sich um die Aufforderung zur Zahlung eines Kostenvorschusses. Eine Aufforderung zur Ausführung von Schönheitsreparaturen/Rückbau liegt darin ersichtlich nicht. In eine solche Aufforderung kann das Schreiben auch nicht umgedeutet werden. Dies schon deshalb, weil die erforderliche Aufforderung dem Zweck dient, dem Mieter anzuzeigen, welche Mängel der Vermieter beanstandet und welche Arbeiten der Mieter erledigen muss, damit der Vermieter das Mietobjekt als mangelfrei akzeptiert (vgl. Langenberg, a. a. O., Rn 450). Beides ist dem in Bezug genommenen Schreiben nicht zu entnehmen.

Mitgeteilt von VRiKG Grieb, Berlin

§§ 535, 536 BGB

Gewerberaumiete; Gaststättenräume; Mängel der Fenster; Minderung; Instandsetzung

Regenwasser und Zugluft durch undichte Fenster in Küche und Gastzimmer der gemieteten Gaststättenräume bewirken einen Mangel der Mietsache, der den Mietzins mindert und dessen Beseitigung der Mieter fordern kann.

(AG Landsberg am Lech, Urteil vom 24. 4. 2008 – 3 C 375/07)

Zum Sachverhalt: Der Kläger macht mit der Klage Ansprüche auf restlichen Mietzins aus dem zwischen den Parteien bestehenden Mietverhältnis über Gaststättenräume geltend. Der Beklagte begehrt Klageabweisung und mit der Widerklage Instandsetzung der Mietsache.

Die vom Beklagten zu zahlende monatliche Gesamtmiete beläuft sich auf 1558,- EUR. In den Monaten Mai 2007 und Juni 2007 minderte der Beklagte die Miete um jeweils 158,- EUR.

Mit der Widerklage begehrt der Beklagte die Verurteilung des Klägers, die beiden im Mietobjekt befindlichen Fenster auf der Gebäudewestseite des Anwesens fachmännisch abdichten zu lassen, so dass weder Regenwasser, noch ein kalter Luftzug durch die geschlossenen Fenster nach innen eindringen kann, und die vier Fenster im Mietobjekt auf der Gebäudesüdseite des Anwesens ebenfalls so abdichten zu lassen, dass durch diese Fenster im geschlossenen Zustand weder Regen noch kalte Zugluft in das Gebäudeinnere eindringen kann.

Der Beklagte trägt vor, das Fenster auf der Westseite der Küche sei so undicht geworden, dass es bei von Westen kommenden Regenfällen ständig zu Wassereintritten komme. Während der kälteren Jahreszeit oder bei kühler Witterung dringe außerdem ständig kühle Luft in das Innere des Mietobjekts ein. Auch am linken Küchenfenster auf der Südseite des Mietobjekts käme es bei Regen zu ständigen Regenwassereintritten. Ebenso dringe während der kälteren Jahreszeit oder bei kühler Witterung ständig kühle Luft in das Innere des Mietobjekts ein. Auch die Fenster im Gastraum/Schankbereich auf der Westseite, in der Küche auf der Südseite von innen rechts und im Speiseraum Südseite rechts, seien regenundicht. Dort regne es nicht immer herein, sondern nur bei entsprechendem Schlagregen. Auch durch diese Fenster käme es bei kühlem Wetter oder in der kälteren Jahreszeit ständig zum Eintritt kalter Zugluft in das Innere des Mietobjekts. Dasselbe gelte für die weiteren Fenster auf der Südseite im Gastraum.

Der Kläger trägt hierzu vor, der Beklagte habe bei Einzug in die Räumlichkeiten gewusst, dass die Fenster älteren Datums sind. Der Zustand der Fenster sei ordnungsgemäß und entspreche den technischen Möglichkeiten, die zum Zeitpunkt des Einbaus der Fenster bauseits möglich waren.

Aus den Gründen: I. Die zulässige Klage ist unbegründet.

Der Anspruch des Klägers auf Mietzahlung gem. § 535 Abs. 2 BGB war im streitgegenständlichen Zeitpunkt gem. § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB in Höhe von monatlich 158,- EUR gemindert. Während der Mietzeit entstand ein Mangel an der Mietsache, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch minderte.

Nach der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass sich die vom Beklagten bemängelten Fenster in einem schlechten Allgemeinzustand befinden, der sich unmittelbar auf die Dichtigkeit gegen Schlagregen und Winddruck bzw. Zugluft auswirkt, so dass es zu einem Eintritt von Regenwasser und Zugluft kommt. Aus dem Sachverständigengutachten ergibt sich im Hinblick auf die Fenster der Küche, dass diese funktionale Mängel aufweisen, die bei entsprechenden Versuchen zu einem Wassereintritt führten. Gleiches gilt für die Fenster im Gastraum. Dort entstand lediglich beim südseitigen Fenster rechts kein Wassereintritt. Der Sachverständige geht jedoch davon aus, dass in naher Zukunft auch hier der Eintritt von Wasser stattfinden wird.

Die Feststellungen des Sachverständigen wurden durch die Zeugen bestätigt. [...]

Mieträume müssen so beschaffen sein, dass sie bei gewöhnlichen, der örtlichen Lage entsprechenden Wasserverhältnissen gegen Eindringen des Wassers geschützt sind (Eisenschmid in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Auflage, 2007, § 536 Rn 145). Das Mietobjekt ist damit mangelhaft.

Der Kläger dringt mit dem Einwand, der Zustand der Fenster entspreche dem vertragsgemäßen Zustand, da die Fenster

den technischen Möglichkeiten, die zum Zeitpunkt ihres Einbaus bauseits möglich gewesen wären, entsprechen würden, nicht durch.

Zum einen ergibt sich die negative Abweichung der Beschaffenheit der Fenster vom ursprünglichen vertraglichen Zustand bereits aus den Aussagen der Zeugen, die übereinstimmend angaben, dass es erst im Laufe der Zeit zu Wassereintritten an den Fenstern kam. Darüber hinaus ergibt sich auch aus dem Sachverständigengutachten, dass der Zustand der Fenster in keiner Weise ordnungsgemäß oder entsprechend den technischen Möglichkeiten zum Zeitpunkt des Einbaus ist.

Die Tauglichkeit zur Verwendung der gemieteten Räume als Gaststätte ist auch nicht lediglich unerheblich beeinträchtigt (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB). Die Minderung ist auch nicht gem. § 536 c Abs. 2 BGB ausgeschlossen, da die Mängel an den Fenstern gegenüber dem Kläger angezeigt wurden.

Unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls minderte sich die Miete aufgrund der Mängel in Höhe von 10% (§ 536 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 287 ZPO; vgl. auch LG Hamburg, Urteil v. 31. 7. 1997, WuM 1997, 488; LG Kassel, Urteil v. 30. 7. 1997, WuM 1988, 108; LG Potsdam, Urteil v. 4. 8. 1997, WuM 1997, 677).

Mangels Hauptanspruch besteht damit auch kein Anspruch des Klägers auf Zahlung von Verzugszinsen.

II. Die zulässige Widerklage ist begründet.

Es besteht ein Anspruch des Beklagten auf Instandsetzung der mangelhaften Fenster gem. § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Wie bereits dargelegt, steht nach der Beweisaufnahme zur Überzeugung des Gerichts fest, dass sowohl die beiden westseitigen, als auch die vier südseitigen Fenster des Anwesens mangelhaft sind. Es besteht deshalb ein Anspruch des Beklagten auf Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustands.

Mitgeteilt von RAen Osterried und Kollegen, Schwabmünden

§§ 535, 536 BGB

Gewerberaumiete; Mangel; Wirtschaftlichkeit der Heizungsanlage bei Fernwärme-Lieferung; Modernisierungsanspruch des Mieters; Mindeststandard der Mietsache

Nur wenn ungewöhnlich hohe Heizkosten auf einem Fehler der Heizungsanlage beruhen, kann ein Mangel der Mietsache vorliegen. Ob aber eine Fehler der Heizungsanlage vorliegt, ist nach dem Stand der Technik zur Zeit des Einbaus der Heizungsanlage zu beurteilen; der Vermieter ist – ohne besondere Rechtsgrundlage – nicht verpflichtet, die Anlage ständig auf dem neuesten Stand zu halten und schuldet keine Verbesserung der dem technischen Stand zur Zeit der Gebäudeerrichtung entsprechenden Wärmedämmung. Er schuldet allerdings einen Mindeststandard, den der Mieter bei Vertragsschluss erwarten durfte.

(KG, Urteil vom 28. 4. 2008 – 12 U 6/07)

Zum Sachverhalt: Die Beklagte mietete am 7. 12. 2001 Büro- und Lagerräume auf dem Grundstück von der Klägerin. Die monatliche Miete war mit 14 550 DM zuzüglich 3316 DM Betriebskostenvorschuss, insgesamt 17 876 DM, vereinbart. § 23 Ziffer 1 des Mietvertrags sieht vor, dass die Mietfläche von der GASAG mit Wärmeenergie versorgt wird, mit der der Mieter einen Wärmeversorgungsvertrag abschließt.

Die Klägerin schloss am 1. 9. 2000 mit der GASAG einen Rahmenvertrag zur Versorgung des Grundstücks mit Wärme, wobei die jeweiligen Lieferungsverträge mit den Mietern geschlossen werden sollten. Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe am 26. 6. 2002 einen Wärmeversorgungsvertrag mit der GASAG abgeschlossen. Die Klägerin nimmt die Beklagte u. a. auf Zahlung restlicher Miete für Februar und April bis August 2006 in Anspruch.

Die Beklagte behauptet, sie habe mit der GASAG eine Entschädigung für die Nutzung der Wärmeenergie vereinbart, nachdem sie eine Abrechnung vom 2. 3. 2005 für die Jahre 2002 und 2003 erhalten habe. Der von der GASAG berechnete hohe Energieverbrauch sei auf das veraltete und mangelhaft isolierte Leitungsnetz des Grundstücks zurückzuführen, das zu Verlusten von mehr als einem Drittel führe. Diese Verluste seien der Klägerin bekannt gewesen. Außerdem sei nur ein Zähler am Eingang des Gebäudes vorhanden gewesen, so dass das Rohrleitungsnetz zu trennen und ein weiterer Wärmezähler einzubauen gewesen wäre. Die Klägerin habe diesen Arbeiten gegenüber der GASAG zunächst nicht widersprochen, jedoch dann mit Schreiben vom 20. 1. 2006 den Rückbau verlangt und zusätzliche Mietsicherheiten gefordert. Hierauf habe sie mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 23. 1. 2006 eine Mietminderung von 10% der Bruttomiete angekündigt.

Die Beklagte nimmt die Klägerin mit der Widerklage auf Rückzahlung von Minderungsbeiträgen für die Jahre 2002 bis 2005 in Anspruch.

Aus den Gründen: II. Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht die Beklagte verurteilt und die Widerklage abgewiesen.

1. Unzutreffend ist allerdings die Ansicht des Landgerichts, die Mieträume seien ohne Heizungsanlage vermietet worden. Die Heizungsanlage ist Bestandteil der Mieträume und wurde zusammen mit diesen mitvermietet. § 23 des Mietvertrages betrifft lediglich den Abschluss eines Wärmelieferungsvertrages zwischen der Beklagten und der GASAG, nicht die Bereitstellung der Heizkörper und der Zuleitungen.

Einen Anspruch auf Wärmelieferung hat die Beklagte deshalb nicht gegen die Klägerin, sondern – einen entsprechenden Vertragsschluss vorausgesetzt – gegen die GASAG. Die Klägerin hat aber für die Tauglichkeit der Heizkörper und deren Zuleitungen einzustehen (vgl. Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, III, Rn. 1310).

2. Die angefochtene Entscheidung ist aber im Ergebnis zutreffend, weil die Beklagte einen zur Minderung berechtigenden Mangel der Mietsache nicht dargelegt hat und sie deshalb nicht berechtigt ist, die Miete für die Zeit von Januar 2002 bis Dezember 2005 gemäß der Aufstellung auf den Seiten 5 und 6 ihres Schriftsatzes vom 25. Oktober 2006 sowie in den Monaten Februar 2006 und April 2006 bis August 2006 um jeweils 10% zu mindern.

Eine Minderung gemäß § 536 BGB kommt nur in Betracht, wenn die Mietsache einen Mangel hat, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch in einem nicht unerheblichen Umfang aufhebt (vgl. KG, KGReport Berlin 2006, 89 = Grundeigentum 2005, 1427 = WuM 2005, 774 m.w.N.). Das Vorliegen eines solchen Mangels hat die Beklagte nicht vorgetragen.

a) Soweit die Beklagte behauptet, das Leitungsnetz sei „veraltet und mangelhaft isoliert“, ist dieser Vortrag zum einen unsubstantiiert, zum anderen aber im Hinblick auf die begehrte Mietminderung unschlüssig, da nicht dargelegt wird, inwieweit dieser „Mangel“, so er denn vorliegt und sich als Mangel der Mietsache darstellt, deren Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch in einem nicht unerheblichen Umfang aufhebt. Die Heizungsanlage ist nämlich unstreitig in der Lage, die Mieträume ausreichend mit Wärme zu versorgen.

b) Ein Mangel der Mietsache folgt entgegen der Ansicht der Beklagten auch nicht aus dem Umstand, dass die GASAG in ihren Abrechnungen der gelieferten Fernwärme für die Jahre 2002 und 2003 Leitungsverluste auf sie, die Beklagte sowie die übrigen Mieter des Gewerbeobjektes der Klägerin umlegte, wodurch sich die Heizkosten um 38% bzw. 33% erhöht haben.

aa) Unzutreffend ist schon die Ansicht der Beklagten, eine verlustreich arbeitende Heizung stelle per se einen zur Minderung berechtigenden Mangel der Mietsache dar. Der Kostenaspekt ist für den Begriff des Sachmangels irrelevant (KG, KGReport 2006, 89 WuM 2005, 774; LG Hamburg, NJW-RR

1988, 907 [= WuM 1998, 350]). Selbst außergewöhnlich hohe Heizkosten stellen als solche keinen Fehler der Mietsache dar. Nur wenn diese hohen Heizkosten auf einem Fehler der Heizungsanlage beruhen, kann ein Mangel der Mietsache vorliegen. Ob ein Fehler der Heizungsanlage vorliegt, ist aber nach dem Stand der Technik zur Zeit des Einbaus der Heizungsanlage bzw. der Gebäudeerrichtung zu beurteilen (vgl. Bub/Treier, a. a. O., III Rn 1305). Dass die Heizungsanlage diesem Stand nicht entspricht, ist dem Vortrag der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten aber nicht zu entnehmen. Auch ist der Vermieter nicht verpflichtet, die Anlage ständig auf dem neuesten technischen Stand zu halten und muss daher auch nicht eine dem technischen Entwicklungsstand zur Zeit ihres Einbaus entsprechende Heizungsanlage deshalb erneuern, weil sie nach heutigen Maßstäben unwirtschaftlich arbeitet; ebenso wenig schuldet er eine Verbesserung der dem technischen Stand zur Zeit der Gebäudeerrichtung entsprechenden Wärmedämmung (Bub/Treier a. a. O., III Rn 1282 mit weiteren Nachweisen).

Dass die Heizungsanlage nicht dem *Mindeststandard* (vgl. zu diesem Begriff: BGH, WuM 2004, 527) entspricht, den die Beklagte bei Vertragsschluss im Jahr 2001 erwarten durfte, hat diese nicht einmal im Ansatz dargelegt.

bb) Die von der Beklagten gewünschte Ausweitung des Mangelbegriffs des § 536 Absatz 1 BGB ist abzulehnen (vgl. zum Folgenden Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete, 4. Auflage, G, Rn 46, mit weiteren Nachweisen). Weicht der tatsächliche Zustand des Mietobjekts nicht von der aus dem Vertragszweck definierten Sollbeschaffenheit ab, weil die Anlagen und Einrichtungen funktionieren und der Mieter damit die Gebrauchsmöglichkeit erhält, die ihm der Vermieter aus § 535 Absatz 1 Satz 2 BGB schuldet, so ist die Mietsache nicht mangelhaft. Dass hier kein Mangel im Sinne des § 536 Absatz 1 BGB vorhanden ist, macht auch die Gegenprobe deutlich. Wäre ein Mangel gegeben, hätte der Mieter aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB einen selbständigen Anspruch auf Beseitigung der Unwirtschaftlichkeit. Ein derartiger Anspruch steht ihm indes bei einer ordnungsgemäß gewarteten und einwandfrei laufenden Anlage nicht zu. Die Annahme eines Fehlers würde auch die Entschließungsfreiheit des Vermieters partiell in Frage stellen. Die Entscheidung, mit welchen Anlagen und Einrichtungen der Vermieter ein Mietobjekt ausstatten will, muss aber diesem überlassen bleiben.

cc) Die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 4. November 1982 (WuM 1984, 54 = MDR 1983, 229) steht dem hier gefundenen Ergebnis nicht entgegen. Zum einen handelt es sich um eine Einzelfallentscheidung, die unter undogmatischer (vgl. Langenberg, a. a. O., Fn 72) – Zuhilfenahme der Grundsätze von Treu und Glauben zu der Annahme gelangt, dass eine mit einem Energieverlust von rund 60% arbeitende, auf Kosten des Mieters betriebene Heizungsanlage einen zur Minderung des Mietpreises berechtigenden Mangel der Mietsache darstellt. Zum anderen erreicht der vorliegende behauptete Energieverlust nicht die Grenze, die eine Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben in dem hier zu entscheidenden Fall rechtfertigen könnte.

dd) Dem Vortrag der Beklagten ist auch nicht zu entnehmen, dass es sich bei der von der GASAG betriebenen Heizungsanlage um eine solche handelt, die im Vergleich zu den Heizungsanlagen vergleichbarer Gewerbeobjekte besonders unwirtschaftlich arbeitet. Insbesondere hat die Beklagte nicht dargelegt, dass die von ihr gezahlten Heizkosten pro Flächen- oder Raumeinheit die für vergleichbare Mietobjekte zu zahlenden Kosten in einem besonders auffälligen Maß übersteigen. Dem Vortrag ist lediglich zu entnehmen, dass diese Anlage wirtschaftlicher arbeiten könnte, wenn die behaupteten Leitungsverluste nicht auftreten würden. Leitungsverluste sind aber – dies ist gerichtsbebekannt – bei Fernwärmeheizungen systemimmanent, sie stellen den größten Nachteil dieser Beheizungsart dar und lassen sich nie vollständig verhindern. In Betracht kommt vorliegend deshalb allenfalls eine Reduzierung der nach dem Vortrag der Beklagten auftretenden Leitungsverluste. Ei-

nen Anspruch auf Minderung der Miete wegen einer nicht optimal arbeitenden Heizung hat die Beklagte aber, wie oben dargelegt, nicht.

ee) Den mit Schriftsatz vom 14. November 2007 eingereichten Anlagen ist zu entnehmen, dass es vorliegend nicht um die Frage der Mangelhaftigkeit der Mietsache geht, sondern um die Frage der richtigen Abrechnung der Fernwärme durch die GASAG, insbesondere um die Frage der Abrechnung der Netzverluste.

Wie die Beklagte in ihrem Schreiben vom 26. April 2007 ausführt, besteht der Mangel der Mietsache aus ihrer Sicht dann nicht mehr, wenn Verluste im Netz des Gesamtobjektes nicht mehr auf die einzelnen Mieter umgelegt werden. Lässt sich der behauptete Mangel aber durch eine schlichte Änderung der Abrechnungsmodalitäten beseitigen, dann handelt es sich nicht um einen Mangel der Mietsache sondern um die Frage der richtigen Abrechnung durch die GASAG.

c) Auch der Umstand, dass die Klägerin die Flächen im Gebäude entgegen den Heizkreisläufen im Gebäude vermietet hat, so dass eine Erfassung des Verbrauchs der Beklagten nicht ordnungsgemäß möglich war, stellt keinen zur Minderung berechtigenden Mangel der Mietsache dar. Es ist nicht ansatzweise erkennbar, inwieweit dieser Umstand die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch in einem nicht unerheblichen Umfang aufgehoben hat.

Mitgeteilt von VRiKG Grieb, Berlin

§§ 535, 536a, 536c, 241, 823 BGB
Gewerberaumiete; Obhutspflicht des Vermieters;
Publikumsverkehr im Verkaufsgeschäft;
Mängelanzeigepflicht;
mietvertragliche Verkehrssicherungspflicht
des Vermieters und des Mieters

Stolpert der Mieter über Risse schadhafter Bodenplatten der angemieteten Flächen und verletzt er sich dabei, so kommt eine Haftung des Vermieters nur in Betracht, wenn der Mieter den Mangel angezeigt hat.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. 8. 2008 – I-24 U 44/08)

Aus den Gründen: Die zulässige Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg.

A. Zur Begründung verweist der Senat auf seinen Beschluss vom 30. Juni 2008, an dem er festhält. Hierin hat der Senat folgendes ausgeführt:

I. Der Klägerin steht gegen die Beklagte weder aus dem Mietvertrag der Parteien noch aus § 823 Abs. 1 BGB ein Anspruch auf Ersatz ihres materiellen und immateriellen Schadens (§§ 249, 253 Abs. 2 BGB) aus dem angeblichen Unfallereignis vom 24. Februar 2006 zu.

1. Das Vorbringen der Klägerin zu mietvertraglichen Schadensersatzansprüchen ist nicht schlüssig. Weder ist eine Verletzung der sich aus § 536 a Abs. 1 BGB ergebenden Pflicht zur Instandsetzung des Mietobjekts substantiiert dargelegt, noch hat die Beklagte ihre aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB folgende Pflicht zur Verkehrssicherung verletzt, indem sie die Öffnung zwischen den Bodenplatten nicht verschloss.

a. Geht man mit dem Vorbringen der Klägerin davon aus, dass der Mangel bei Überlassung der Mietsache noch nicht vorhanden war, sondern erst im Laufe der dreijährigen Nutzung durch sie und ihren Ehemann als Mieter wegen des fortschreitenden Verschleißes der Bodenplatten entstand, so steht einer Haftung der Beklagten deren fehlende Kenntnis von diesem Mangel entgegen. Denn es lässt sich nicht feststellen, dass die Klägerin bzw. deren Ehemann den Mangel der Beklagten gemäß § 536 c BGB angezeigt hat bzw. die Beklagte ansonsten davon Kenntnis erlangt hat.

aa. Der Vermieter ist zwar verpflichtet, die Mietsache für die Dauer des Mietverhältnisses instand zu halten bzw. instand zu setzen. Er hat jedoch ohne konkreten Anlass keine Verpflichtung zur Untersuchung der im ausschließlichen Besitz des Mieters befindlichen Räume oder Flächen (vgl. hierzu BGH ZMR 1969, 271; OLG Frankfurt ZMR 2003, 674 [= WuM 2003, 319]; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Auflage, Rn. 282; Bub/Treier/Kraemer, a. a. O., III. A Rn. 1127). Dies resultiert aus der Obhutspflicht des Mieters, die vom Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzt wird und diese wiederum folgt aus der Natur des Mietverhältnisses, in dessen Vollzug die Sache in den Besitz des Mieters übergeht (BGH NJW 1977, 1236 [= WuM 1978, 88]). Aus dieser Obhutspflicht ergibt sich die Anzeigepflicht des Mieters im Sinne von § 536 c Abs. 1 BGB. Denn damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Vermieter die Mietsache nicht laufend auf ihren Zustand überprüfen kann, ohne den Besitz des Mieters zu stören. Deshalb wird der Vermieter dagegen geschützt, dass der Mieter während der Mietzeit übersieht, „was jedermann sieht“, sowie dagegen, dass der Mieter etwaige Mängel trotz positiver Kenntnis nicht anzeigt (vgl. BGH NJW 1977, 1236, 1237 [= WuM a. a. O.]). Dabei ist mit einem Mangel nicht nur ein Fehler im Sinne von § 536 BGB gemeint, der den Gebrauch der Sache durch den Mieter beeinträchtigt, sondern jedes Hervortreten eines schlechten Zustandes der Mietsache (BGH NJW 1977, 1236, 1237 zu § 537 BGB a. F. [= WuM a. a. O.]). Zeigt der Mieter ihm bekannte Mängel nicht an, werden ihm nicht nur Gewährleistungsansprüche gemäß § 536 c Abs. 2 S. 2 BGB versagt, er macht sich darüber hinaus gegenüber dem Vermieter schadensersatzpflichtig, § 536 c Abs. 2 S. 1 BGB. Zu den ausgeschlossenen Ansprüchen im Falle der Nichtanzeige von Mängeln zählen auch solche am Körper sowie auf Zahlung von Schmerzensgeld (Palandt/Weidenkaff, a. a. O., § 536 a Rn. 14). Für die Erfüllung seiner Anzeigepflicht ist der Mieter darlegungs- und beweisbelastet (BGH NJW-RR 2002, 515; Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Auflage, § 536 c Rn. 9).

Diese Ausführungen gelten auch, wenn dem Vermieter der Zutritt zum Mietobjekt dadurch möglich ist, dass der Mieter im Hinblick auf die von ihm ausgeübte gewerbliche Tätigkeit der Öffentlichkeit das Mietobjekt zugänglich macht, wie dies auch hier im Betrieb des Teppichbodenlagerverkaufs durch die Klägerin und ihren Ehemann der Fall ist. Denn hier beschränkt sich die Dritten gegenüber erfolgte Gestattung des Mieters, die gemieteten Räumlichkeiten und Flächen zu betreten, nur darauf, dies im Rahmen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs als Kunden zu tun. Ein ständiges Besichtigungs- und Zutrittsrecht des Vermieters folgt daraus nicht. Erst recht ist er wegen der tatsächlichen Zugangsmöglichkeit nicht verpflichtet, Obhut über die dem Mieter überlassene Sache walten zu lassen. Insoweit gelten vielmehr die allgemeinen Grundsätze: Der Mieter hat grundsätzlich das Recht auf den ungestörten Besitz an der Mietsache. Dieses unterliegt zwar im Interesse des Vermieters den Schranken des § 242 BGB, aus dem sich eine Duldungspflicht des Mieters bei Besuchen des Vermieters ergeben kann. So hat der Vermieter z. B. ein Zutrittsrecht, wenn für die Besichtigung der Mieträume ein konkret begründeter Anlass vorliegt, weil ihm Mängel der Mieträume vom Mieter angezeigt oder sonst bekannt geworden sind. Denn andernfalls kann der Vermieter seine Erhaltungspflicht nicht erfüllen (vgl. hierzu Bub/Treier/Kraemer, a. a. O., III. A Rn. 1126 f. m. w. N. zu § 545 BGB a. F.). Sind dem Vermieter aber Mängel nicht bekannt und auch nicht angezeigt worden und hat er auch sonst keine Anhaltspunkte dafür, dass die Mietsache mangelhaft ist, entsteht aus einer faktischen Zutrittsmöglichkeit keine Verpflichtung zur Untersuchung der vermieteten Flächen.

bb. Unter Würdigung der genannten Grundsätze scheidet eine Haftung der Beklagten für die Folgen der Rissbildung aus. Zwischen den Parteien ist nämlich unstreitig, dass der Klägerin der Riss der Bodenplatten schon seit längerem bekannt war. Dagegen war die Beklagte nicht über den Mangel und den mit ihm verbundenen Gefahren informiert. Die Behauptung der Klä-

gerin, der Beklagten sei der Mangel mehrfach mitgeteilt worden, ist als unspezifiziertes Vorbringen für die Beklagte nicht einlassungsfähig. Es entbehrt gänzlich überprüfbarer Angaben zum Zeitpunkt und Ort der angeblichen Anzeige. Auch ist, wenn es nicht die Beklagte war, die Person, gegenüber der die Anzeige erfolgt sein soll, nicht benannt. Eine Vernehmung des von der Klägerin als Zeugen benannten M. (Mitmieter und Ehemann der Klägerin) scheidet aus, weil diese auf eine unzulässige Ausforschung gerichtet wäre.

Der Klägerin war es auch ohne weiteres möglich, hierzu vorzutragen. Sie betreibt mit ihrem Ehemann das Mietobjekt. Kontakt und Austausch über mit dem Mietobjekt zusammenhängende Fragen haben mit den von der Beklagten mit der Objektverwaltung betrauten Personen in anderen Bereichen (Mietzinszahlungen, Mietzinsminderungen) wiederholt und offensichtlich ohne Kommunikationsprobleme stattgefunden [...].

b. Daneben obliegt dem Vermieter allerdings auch die allgemeine, aus § 241 Abs. 2 BGB folgende Pflicht, auf die Belange des Mieters Rücksicht zu nehmen, ihn insbesondere vor Schäden an materiellen und immateriellen Gütern zu bewahren (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 241 Rn. 7). Zu diesen Schutzpflichten gehört auch die allgemeine Verkehrssicherungspflicht. So hat der Vermieter grundsätzlich für die Sicherheit von Zugängen zum Mietobjekt zu sorgen (vgl. Senat ZMR 2001, 106 [= WuM 2002, 89]). Diese Pflicht zur Verkehrssicherung ist gegenüber dem Mieter eine durch § 536 Abs. 1 S. 2 BGB festgelegte Vertragspflicht (vgl. hierzu Bub/Treier/Kraemer, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Auflage, Kap. III Rn. 1318).

Anders liegt es jedoch, wenn der Mieter mit dem Mietobjekt auch die aus seiner Nutzung entstehende Verkehrssicherungspflicht übernommen hat und sich wegen Veränderung des Zustands der Mietsache während der Mietzeit Gefahrenstellen eröffnen. Auch dann hat zwar der Vermieter durch die Gebrauchsüberlassung an den Mieter eine Ursache dafür gesetzt, dass sich der Mieter bei gefährlichen Veränderungen der Mietsache Schäden zuzieht. Für solche Umstände hat der Vermieter aber nicht einzustehen, wenn der Mieter selbst die Verkehrssicherungspflicht zu erfüllen hatte.

So liegen die Dinge hier zum Nachteil der Klägerin. Der Klägerin war der Bereich, in dem sie zu Fall gekommen sein soll, vollständig zur Nutzung in eigener Verantwortung überlassen worden. Damit war sie auch selbst zur Sicherung der von ihr benutzten Wege auf dem Grundstück verpflichtet. Zwar haben die Parteien dies nicht ausdrücklich vereinbart. Jedoch geht auch ohne eine solche Vereinbarung die Pflicht, im eigenen Nutzungsbereich möglicherweise entstehende Gefahren zu verhindern, auf den Mieter über, wenn dies nach den Umständen anzunehmen ist. Dies gilt für die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten gegenüber der Allgemeinheit, der der Mieter den Zugang zu seinen Räumen und Gewerbeflächen ermöglicht (vgl. BGH NJW 1985, 270 für den Pächter einer Gastwirtschaft; ferner BGH ZMR 1992, 530 Autobahnraststätte). Erst recht gilt dies im Innenverhältnis der Mietvertragsparteien. So, wie den Vermieter nicht mehr für das gefahrlose Begehen der dem Mieter übergebenen Wohnräume eine Verantwortung trifft, ist auch der Mieter von Gewerbeflächen und -räumen für die eigene Sicherheit und den Schutz Dritter – sogar des Vermieters – gegen Gefahren in diesem Bereich zuständig. Ob der Vermieter daneben im Außenverhältnis Dritten haftbar bleibt, kann dahinstehen. Denn es geht hier allein um eine Sicherungspflicht des Vermieters gegenüber dem Mieter. Jedenfalls diesem ist der Vermieter mit der Übergabe des Mietobjekts nicht mehr verantwortlich für Gefahren, die aus dem Zustand des Mietobjekts entstehen. Diese Verteilung der Verantwortung entspricht der unter a. behandelten Obhutspflicht der Mietvertragsparteien. Erst wenn diese auf Grund einer Anzeige des Mieters nach § 536 c Abs. 1 S. 1 BGB wieder auf den Vermieter übergegangen ist, trifft ihn auch die Pflicht zum Schutz des Mieters vor Gefahren des als mangelhaft gemeldeten Zustands des Mietobjekts.

c. Im Hinblick auf die schon nicht dargelegte Pflichtverletzung kommt es nicht darauf an, wie sich die Klägerin ihre Verletzung im einzelnen zugezogen hat und ob das Unfallgeschehen auf einem wie auch immer gearteten Eigen- bzw. Mitverschulden der Klägerin beruht.

3. Da keine Verletzung der Verkehrssicherungspflicht und der Verpflichtung der Beklagten zur Instandhaltung des Mietobjekts feststellbar ist, scheiden auch auf eine deliktische Haftung gegründete Schadensersatzansprüche der Klägerin aus (§§ 823 ff. BGB)

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§§ 535, 536, 536a, 242 BGB
Geschäftsraummiete; Supermarkt;
Lebensmittel-Discountmarkt; Graffiti; Verkratzungen
der Glasscheiben; sog. Scratching; Mangel;
Aufwendungsersatzanspruch des Mieters bei
Mängelbeseitigung

Werden Geschäftsräume zum Betrieb eines Lebensmittelgeschäfts im optisch einwandfreien Gebäude angemietet, kann der Mieter vom Vermieter die Beseitigung nicht mehr hinzunehmender Graffiti-Schäden verlangen. Bei Beeinträchtigung des optischen Zustands der Mietsache durch mutwillig zerkratzte Glasscheiben (sog. Scratching) sind diese vom Vermieter zu erneuern.

(LG Berlin, Urteil vom 24. 1. 2008 – 32 O 84/07)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin macht mit der Klage Mietzinsforderungen für die Monate September 2005 in Höhe von 6585,07 EUR und Oktober 2005 in Höhe von 4104,92 EUR geltend.

Die Klägerin vermietete mit Vertrag vom 16. Oktober/19. November 2002 Geschäftsräume zum Betrieb eines Lebensmittel-Discountmarktes in der X.-Straße an die Beklagte. Die Beklagte zahlte den Mietzins für September und Oktober 2005 nicht in voller Höhe. Für September 2005 verblieb ein Rückstand in Höhe von 6585,07 EUR und für Oktober 2005 ein Rückstand in Höhe von 4104,92 EUR. Die Beklagte hat insoweit die Aufrechnung mit ihr entstandenen Ersatzvornahmekosten erklärt. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Beklagte dazu berechtigt war.

Nach Beginn des Mietverhältnisses zeigte die Beklagte der Klägerin mehrfach Graffiti-Beschädigungen an, die die Klägerin auch beseitigen ließ. Mit Schreiben vom 21. 6. 2004 teilte die Beklagte der Klägerin unter anderem mit, dass sich am Mietobjekt wieder Graffiti befinden. Mit Schreiben vom 2. 12. 2004 teilte die Beklagte u. a. wieder mit, dass sich Graffiti an den Gebäuden befinden sowie dass die Glasscheiben der äußeren Ausgangstür beschädigt sind, und bat um Mängelbeseitigung bis zum 15. 12. 2004. Die Klägerin antwortete mit Schreiben vom 14. 12. 2004 und teilte mit, dass sie die Graffiti beseitigen würde, sobald es die Witterungsverhältnisse zulassen. Hinsichtlich der Glasscheiben bestätigte sie kleine Beschädigungen und teilte mit, dass diese wie auch die sonstigen Verkratzungen ohne Bedeutung seien und es sich lediglich um optische Beeinträchtigungen, welche aber verhältnismäßig unscheinbar seien, handeln würde. Mit Schreiben vom 2. 5. 2005 teilte die Beklagte der Klägerin erneut das Vorliegen von Mängeln mit, nämlich eine defekte Verriegelung der Lagertür, verunkrautete Grünflächen, weiterhin zerkratzte Glasscheiben sowie eine lose Paneel. Sie forderte die Klägerin zur Mängelbeseitigung bis zum 15. 5. 2005 auf. Mit Schreiben vom 13. 6. 2005 verlangte die Beklagte bezugnehmend auf ihr Schreiben vom 2. 5. 2005 erneut die Beseitigung der festgestellten Mängel bis zum 30. 6. 2006. Die Klägerin antwortete mit Schreiben vom 15. 6. 2006 auf das Schreiben der Beklagten vom 2. 5. 2005 und teilte hinsichtlich der zerkratzten Scheiben mit, dass diese nicht repariert werden, da die Beseitigung unverhältnismäßig sei und der vertragsgemäße Gebrauch der Mietsache hierdurch weder

gemindert noch aufgehoben würde. In einem zwischenzeitlich zwischen den Parteien am 14. 6. 2005 geführten Telefonat lehnte Herr K. für die Klägerin die Beseitigung der Scratching-Schäden erneut grundsätzlich ab. Der weitere Inhalt dieses Telefonats ist zwischen den Parteien streitig. Die Beklagte ließ wegen Scratching-Schäden an den Glasscheiben des Supermarktes die Scheiben austauschen, nachdem die Klägerin die Beseitigung von Scratching-Schäden grundsätzlich abgelehnt hatte. Der Beklagten entstanden dadurch Kosten in Höhe von 8209,85 EUR. Wegen der Einzelheiten wird auf die Rechnung Glaserei T. Bezug genommen.

Ferner ließ die Beklagte Malerarbeiten an der Außenfassade des Supermarktes zur Beseitigung von Graffiti-Schäden durchführen. Die Klägerin zahlte für die Malerarbeiten an der Fassade 2480,14 EUR. Wegen der Einzelheiten wird auf die Rechnung der FA M. verwiesen.

Die Klägerin behauptet: In den Telefonat am 14. 6. 2005 zwischen Herrn K. und Herrn M. habe Herr M. die Beseitigung der Graffiti-Schäden angeboten, sobald die Witterung entsprechend sei. Herr M. habe Herrn K. zugesichert, die Graffiti selber zu beseitigen, ohne das die Klägerin damit belastet würde. Die Klägerin habe ab April 2005, nachdem von den Außentemperaturen her wieder eine Beseitigung der Graffiti möglich war, diese auch kontinuierlich wieder beseitigt und zwar am 10. 5., 19. 5., 30. 5., 15. 6., 24. 6. und 6. 7. 2005. Die Beklagte habe die Kosten für den Austausch der Scheiben dadurch in die Höhe getrieben, dass sie zunächst die äußeren Scheiben ersetzen ließ und dann im Anschluss daran die inneren und nochmals die äußeren Scheiben, so dass die äußeren Scheiben völlig sinnlos zweimal in kurzem Abstand hintereinander ausgetauscht worden seien. Dies ergibt sich nach der Ansicht der Klägerin aus der Rechnung der Glaserei T. Soweit dort steht „Reparaturverglasung“, soll es sich nach der Auffassung der Klägerin um die zunächst ausgetauschten äußeren Scheiben handeln, und sofern dort von „Sicherheits-Wärmeschutz-Isolierglas“ die Rede ist, soll es sich um die inneren und abermals erneuerten äußeren Scheiben handeln.

Mit Schriftsatz vom 4. 4. 2007 behauptet die Beklagte, dass Herr K. in dem Telefonat am 14. 6. 2005 gesagt habe, dass die Klägerin nunmehr nicht mehr bereit sei, die Graffiti-Schmierereien zu beseitigen. Mit Schriftsatz vom 6. 11. 2007 behauptet die Beklagte, in dem Telefonat habe Herr K. gesagt, dass ein dringender Handlungsbedarf hinsichtlich der Graffiti nicht gesehen werde und daher eine Auftragsvergabe zur vollständigen fachgerechten Beseitigung klägerseitig derzeit nicht erfolgen werde.

Die Beklagte behauptet im Einzelnen, die Scratching-Beschädigungen und die Graffiti-Schmierereien hätten einen erheblichen Umfang angenommen.

Aus den Gründen: Die Klage ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet; im Übrigen ist sie unbegründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte noch einen Anspruch auf Zahlung eines restlichen Mietzinses für Oktober 2005 in Höhe von 2840,14 EUR. Der Zinsanspruch der Klägerin ergibt sich aus §§ 286, 288 BGB.

Im Übrigen ist der Anspruch der Klägerin auf Zahlung des restlichen Mietzinses durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit den Kosten der Ersatzvornahme für die Beseitigung der Scratching-Schäden erloschen.

Die Beklagte war berechtigt mit den ihr entstandenen Kosten in Höhe von 8209,85 EUR für die Beseitigung der Scratching-Schäden die Aufrechnung zu erklären. Der Beklagten steht der geltend gemachte Aufwendungsersatzanspruch aus § 536 a Abs. 2 Nr. 1 BGB zu. Die Beklagte hat mit ihrem Schriftsatz vom 6. 11. 2007 das Vorliegen der Scratching-Schäden substantiiert beschrieben. Insbesondere ist es zulässig, wie von der Beklagten gehandhabt, die vorhandenen Scratching-Schäden durch Nachzeichnung auf den betroffenen sieben Fensterscheiben in der Anlage B 15 darzustellen. Damit ist für das Gericht

und die Klägerin nachvollziehbar dargestellt, in welchem Umfang Beschädigungen vorhanden waren. Soweit die Klägerin den Umfang der Beschädigungen bestreitet, ist dieses Bestreiten unsubstantiiert und daher nicht zu berücksichtigen. Denn die Klägerin geht auch bereits in ihren vorprozessualen Schreiben sowie in der Klageschrift davon aus, dass die Scheiben zerkratzt waren. Die Klägerin wäre daher verpflichtet gewesen ihrerseits im Einzelnen darzulegen, in welchem Umfang denn ihrer Meinung nach lediglich eine Beschädigung vorgelegen haben soll. Dies erfolgte jedoch nicht. Es ist daher von dem Ausmaß der Beschädigungen auszugehen, die die Beklagte dargestellt hat. Diese Beschädigungen stellen einen Mangel im Sinne von § 536 a BGB dar. Auch optische Mängel beeinträchtigen den Geltungswert der Mietsache. Bei dem von der Beklagten betriebenen Supermarkt kommt es auch auf das optische Erscheinungsbild an. Denn es findet Kundenverkehr statt und es ist nicht auszuschließen, dass Kunden sich von einem schlechten optischen Zustand negativ beeinflussen lassen (vgl. Schmidt-Futterer Mietrecht, 9. Aufl., § 536 Rnr.199). Die Beklagte hat von der Klägerin einen Supermarkt in einem optisch einwandfreien Zustand angemietet. Bei dem von der Beklagten geschilderten Zustand ist die Optik erheblich beeinträchtigt und geht über das von einem Mieter ggf. hinzunehmende Maß einer Beeinträchtigung hinaus.

Die Klägerin befand sich auch mit der Beseitigung dieses Mangels in Verzug. Die Beklagte war nicht verpflichtet die von ihr mit Schreiben vom 13. 6. 2005 erneut gesetzte Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 30. 6. 2005 abzuwarten, denn die Klägerin hat unstreitig in dem Telefonat vom 14. 6. 2005 die Beseitigung von Scratching-Schäden abgelehnt.

Ob die Beklagte, wie die Klägerin behauptet, die äußeren Scheiben hat doppelt ersetzen lassen, kann dahin gestellt bleiben. Denn dies ergibt sich aus der eingereichten Rechnung nicht. Nach der Rechnung sind an den Automatiktüren und den Schaufenstern jeweils Reparaturverglasungen im Metallrahmen durchgeführt worden, wobei dann angegeben wird, welches Glas mit welchen Maßen und welchem Scheibenzwischenraum verwendet worden ist. Dort ist also lediglich die Maßnahme des Glasaustausches beschrieben worden, Soweit die Klägerin mit Schriftsatz vom 18. 12. 2007 Sachverständigengutachten als Beweis dafür anbietet, dass sich der Austausch von äußeren Scheiben unter der Position Reparaturverglasung verbirgt, ist dieser Beweis antritt untauglich. Der Sachverständige hat keine Anhaltspunkte dafür festzustellen, welche Arbeiten die Glaserie damit tatsächlich abgerechnet hat. Der Sachverständige ist nunmehr auch nicht mehr in der Lage festzustellen, ob zunächst fehlerhaft lediglich die äußere Scheibe ersetzt wurde und dann nachfolgend innere und äußere Scheibe zusammen. Unabhängig davon ergibt sich aus dem Vortrag der Beklagten auch nicht, dass der in Rechnung gestellte Gesamtbetrag von 8209,85 EUR für einen ordnungsgemäßen Austausch der Scheiben unangemessen hoch ist. Die Klägerin trägt nämlich nicht vor, dass ein ordnungsgemäßer Austausch wesentlich preiswerter wäre und sich bereits aus dem in Rechnung gestellten Betrag ergibt, dass dort noch zusätzliche Leistungen abgerechnet sein müssen.

Der Anspruch, der Beklagten verstößt auch nicht gegen Treu und Glauben. Es ist mit der Verkehrssitte vereinbar, dass ein Mieter der ein optisch einwandfreies Gebäude anmietet und auch einen entsprechenden Mietzins zahlt, eine Mängelbeseitigung verlangen kann, wenn diese Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind. Es gibt für den Vermieter genügend Möglichkeiten im Vorfeld eines Vertragsschlusses anderweitige Regelungen zu treffen. Wenn er dies nicht tut, kann er sich nicht hinterher auf Treu und Glauben berufen, um damit den gesetzlich vorgesehenen Anspruch auf Erstattung der Kosten der Ersatzvornahme zu verhindern.

Der Beklagten steht hingegen kein Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Ersatzvornahme betreffend die Beseitigung der Graffiti-Schäden in Höhe von 2480,14 EUR zu. Denn es ist nicht ersichtlich, dass die Graffiti-Schäden einen derartigen Umfang angenommen hätten, der von einem Mieter nicht mehr zu

tolerieren ist und einen Anspruch auf Beseitigung nach sich zieht. Zwar trägt die Beklagte mit Schriftsatz vom 6. 11. 2007 auch hinsichtlich der Graffiti-Schäden substantiiert den Umfang der Beschädigung vor. Dieses Vorbringen steht jedoch in nicht erklärtem Widerspruch zu ihrem vorprozessualen Schreiben. In den vorprozessualen Schreiben werden Graffiti-Schäden zuletzt im Schreiben vom 12. 12. 2004 erwähnt. In sämtlichen nachfolgenden Schreiben ist hingegen von Graffiti-Schäden überhaupt keine Rede. Es wird weder moniert, dass die Graffiti trotz entsprechender Witterung immer noch nicht beseitigt worden sein sollen, noch wird darauf hingewiesen, dass sich der Umfang der Graffiti erheblich vermehrt hat, noch wird mit einem einzigen Wort das Vorhandensein von Graffiti erwähnt. Dies ist nicht nachvollziehbar. Wenn die Graffiti tatsächlich, wie die Beklagte vorträgt, nicht beseitigt worden sein sollen und einen immer höheren Umfang angenommen haben sollen, wäre das doch in den Schreiben vom 2. 5. 2005 und 13. 6. 2005 zum Ausdruck gekommen. Es wird ja auch immer wieder auf die anderen Mängel hingewiesen, die nach wie vor nach Auffassung der Beklagten nicht beseitigt worden sind. [...] Aus dem Vortrag der Beklagten ergibt sich auch nicht, dass Herr M. anlässlich des Telefonates vom 14. 6. 2005 Herrn K. umfassend über die nunmehr behaupteten umfangreichen Graffiti-Beschädigungen informiert hat und dass Herr K. trotz Information über diesen Umfang die Beseitigung abgelehnt hat. Zumal auch insoweit Widersprüche im Vortrag der Beklagten auftauchen, als dass sie in der Klageerwidern vom 4. 4. 2007 behauptet hat, dass die Klägerin in dem Telefonat nicht mehr bereit gewesen sei die Graffiti-Schmierereien zu beseitigen, mit anderen Worten es also komplett abgelehnt hat. Wohingegen sie mit Schriftsatz vom 6. 11. 2007 vorträgt, dass Herr K. lediglich gesagt habe, dass die Schmierereien derzeit nicht beseitigt werden. Auch dieser Widerspruch wird von der Beklagten nicht aufgeklärt. Insbesondere kann daraus nicht entnommen werden, dass die Klägerin sich tatsächlich geweigert hat, in einer zumutbaren Zeit Graffiti zu beseitigen.

Mitgeteilt von RA Specht, RAe Fries, Nürnberg

§§ 535, 546, 540 BGB
Gewerberaummiete; Auskunft über Untermieter und Besitzüberlassung an Dritte

Der Vermieter eines Grundstücks hat gegen den Mieter einen Anspruch auf Auskunft darüber, an wen dieser untervermietet hat bzw. wer in Besitz des Grundstücks ist.

(LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 30. 7. 2008 – 7 O 4106/08)

Aus den Gründen: Der Vermieter eines Grundstücks hat gegen den Mieter einen Anspruch auf Auskunft darüber, an wen dieser untervermietet hat bzw. [wer] in Besitz des Grundstücks ist (vgl. Blank/Börstinghaus, § 546 Rdnr. 55; OLG Hamburg, Urt. v. 08. 04. 1998, Az: 4 U 50/97, NZM 1998, 785). Dies rechtfertigt sich aus § 546 Abs. 2 ZPO und daraus, dass der Vermieter zur Räumungsvollstreckung gegen einen/die Besitzer einen gegen diesen gerichteten Titel benötigt. Um diesen zu erhalten, bedarf er der Angaben zur Person/Firma und ladungsfähigen Anschrift (vgl. § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Gleiches benötigt er, um außergerichtlich an den Besitzer herantreten zu können. Diese Angaben kann der Mieter auch in zumutbarer Weise erteilen.

Nach den vorgelegten Lichtbildern muss das Gericht annehmen, dass eine Untervermietung oder anderweitige Besitzüberlassung an Dritte durch die Beklagten erfolgt ist. Der Beklagte zu 1) hat auch einen Untermieter benannt.

Der Anspruch auf Auskunftserteilung war auch bereits bei der Klageerhebung fällig, da der Anspruch wegen seiner beschriebenen Funktion jedenfalls dann fällig ist, wenn das Ende des Mietverhältnisses zeitlich bevorsteht und Bemühungen, einen Titel zu erlangen, eingeleitet werden müssten. 10 Wochen vor dem Ende des Mietverhältnisses ist ein Anspruch auf Aus-

kunft daher sicher gegeben, weil die klageweise Durchsetzung von Ansprüchen gegen die Untermieter in einem Prozess in kürzerer Zeit praktisch nicht möglich ist.

Dass der Kläger nicht Eigentümer des Grundstücks ist, schadet nicht. Den Anspruch aus § 546 Abs. 2 BGB hat auch ein Mieter gegen den Untermieter im Hinblick auf die Person des Unter-Untermieters; die Interessenlage unterscheidet sich insoweit nicht. Vielmehr ist der Mieter noch eher auf die Auskunft angewiesen, da er befürchten muss, von seinem Vermieter in Anspruch genommen zu werden.

Mitgeteilt von RA Specht, Fries RAe, Nürnberg

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2008, 367 (in diesem Heft).

§§ 242, 269, 270, 286, 535, 543 BGB

**Gewerberaummiete im EKZ; Metzgereifachgeschäft;
Zahlungsverzug bei Lastschriftverfahren;
Zahlungsverzögerungen; treuwidrige fristlose Kündigung**

1. Wird die Einziehung von Mietzinsforderungen im Lastschriftverfahren vereinbart, so kommt der Schuldner nicht in Verzug, wenn der Gläubiger von der Ermächtigung keinen Gebrauch mehr macht, ohne dies vorher anzukündigen. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Einziehung im Lastschriftverfahren unterbleibt, weil es zu einzelnen Rücklastschriften gekommen ist. Anders verhält sich die Sachlage nur dann, wenn so konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass keine Deckung besteht, dass es treuwidrig wäre, wenn der Schuldner sich weiterhin auf das Lastschriftverfahren berufen könnte.

2. Die außerordentliche Kündigung eines Mietvertrags wegen Zahlungsverzugs verstößt gegen Treu und Glauben, wenn der Vermieter bei einem lange Zeit unproblematischen Verhältnis bei Auftreten von Zahlungsschwierigkeiten sich zunächst mit dem Mieter einvernehmlich auf kurzfristige Ratenzahlungen verständigt, die auch eingehalten werden, und er so die Zahlungsverzögerungen hinnimmt, dann jedoch bei unveränderter Sachlage gleichartige Zahlungsverzögerungen ohne vorherige Abmahnung oder Warnung zum Anlass für eine außerordentliche Kündigung nimmt.

(OLG Stuttgart, Urteil vom 2. 6. 2008 – 5 U 20/08)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Räumung und Herausgabe einer zum Betrieb eines Metzgereifachgeschäftes vermieteten Ladenfläche nebst Lager (Nebenfläche) im Einkaufszentrum B. in S.

Die Klägerin ist Eigentümerin und Vermieterin der streitgegenständlichen Räumlichkeiten. Die Verwaltung des Einkaufszentrums wird von der E. durchgeführt. Mit Mietvertrag vom 26. 2./30. 11. 1999, sowie durch Nachtrag vom 16. 1./1. 2. 2002 mietete ursprünglich die Metzgerei R. die oben genannten Laden- und Nebenflächen an. Die Beklagte trat in dieses Mietverhältnis durch Nachtrag Nr. 3 (Übertragungsvereinbarung) vom 30. 10. 2002/14. 9. 2002 auf Mieterseite ein. Die Parteien vereinbarten darin, dass das ursprüngliche Mietverhältnis mit Wirkung zum 1. 7. 2002 rückwirkend auf den Nachmieter, die Beklagte, übergeht.

Der Mietvertrag aus dem Jahre 1999 wurde auf 10 Jahre fest abgeschlossen (Ziff. 3. 2). Der Mietbeginn sollte „voraussichtlich“ im Herbst 2001 oder Frühjahr 2002 sein (Ziff. 3. 1). Der monatliche Nettomietzins für die Ladenfläche und das Lager belief sich ab Mai 2007 auf insgesamt netto 7362,53 €. Die Bruttogesamtmiete einschließlich Nebenkostenvorauszahlungen und Umsatzsteuer liegt bei € 9962,68. Nach Ziff. 5. 6. 1. des Mietvertrages Teil B ist die Gesamtmiete monatlich im Voraus, spätestens am 3. Werktag eines jeden Monats zur Zahlung fällig. Nach dem Mietvertrag war die Klägerin berechtigt, von der Beklagten die Einrichtung eines Lastschriftabbuchungsverfahrens zu ihren Gunsten zu verlangen (Ziff. 5. 6. 2. des Mietvertrages Teil B). Dieses Lastschriftabbuchungsverfahren wur-

de dann seitens der Beklagten zugunsten der Klägerin am 15. 12. 2003 eingerichtet. Die Klägerin zog daraufhin die Monatsmiete für die streitgegenständlichen Räumlichkeiten in S. sowie für eine weitere Gewerbefläche der Klägerin im Einkaufszentrum B. in L., die die Beklagte unter gleichgelagerten Konditionen ebenfalls angemietet hat, von einem Konto der Beklagten bei der Landesbank ein. Der Lastschrifteinzug verlief bis einschließlich Januar 2007 problemlos.

Wegen Liquiditätsproblemen bei der Beklagten kam es von Februar bis einschließlich Mai 2007 zu Lastschriftrückgaben im Hinblick auf die Mietzinsen für die Mietflächen der Beklagten im B. L. Für die streitgegenständlichen Mietflächen in S. konnte lediglich die Miete für März und April 2007 nicht – mangels Deckung auf dem im Haben zu führenden Konto der Beklagten – per Lastschrift abgebucht werden.

Im Zusammenhang mit den fehlgeschlagenen Lastschriftabbuchungen fanden Telefonate, u. a. im Juni 2007, zwischen der Mitarbeiterin der Buchhaltung der E., der Zeugin Eh., und dem Leiter der Buchhaltung der Beklagten, dem Zeugen Bo., statt. Unstreitig wurden dabei Termine für die Nachentrichtung der Mietzinsen vereinbart, sowie teilweise die Verrechnung mit dem Guthaben der Beklagten auf dem Kundenkartenkonto der Klägerin besprochen. Die rückständigen Mieten wurden entsprechend diesen Absprachen von der Beklagten dann durch Überweisung und Verrechnung mit dem Kundenkartenguthaben beglichen.

Die Klägerin nahm im Juni und Juli 2007 keinen Lastschrifteinzug im Hinblick auf die von der Beklagten geschuldeten Mietzinsen vor.

Mit Schreiben vom 9. 7. 2007 kündigte die E. unter Vorlage einer Vollmacht das Mietverhältnis zwischen den Parteien fristlos wegen Zahlungsverzuges und forderte die Beklagte zur Herausgabe der gemieteten Räumlichkeiten zum 3. August 2007 auf.

Zum Zeitpunkt der Kündigung waren die Mietzinsen für Juni und Juli 2007 unstreitig offen. Sie wurden jedoch nachträglich beglichen.

Die Klägerin trägt vor, sie habe die Mietzinsen für Juni und Juli 2007 nicht mehr per Lastschrift eingezogen, da es im Mai 2007 wieder zu einer Rücklastschrift – und zwar für die Mieträumlichkeiten in L. – gekommen sei. Die Beklagte sei auch für die Monate Juni und Juli 2007 nicht in der Lage gewesen, für ausreichende Deckung auf ihrem Konto zu sorgen. Die Beklagte habe sich daher für die Monate Juni und Juli 2007 in Verzug befunden, weshalb die fristlose Kündigung wirksam gewesen sei und die Räumung verlangt werden könne. Im übrigen sei der Beklagten bei einem Telefonat zwischen der Zeugin Eh. und dem Zeugen Bo. am 15. 6. 2007 mitgeteilt worden, dass im Juni 2007 keine Abbuchung per Lastschrift erfolgt sei. Der Beklagten sei es ohne weiteres erkennbar gewesen, dass die Klägerin vom Lastschriftverfahren Abstand genommen habe. Die Beklagte trage die Darlegungslast dafür, dass die Liquidität auf dem entsprechenden Konto zum Zeitpunkt der Fälligkeit bereitgestellt worden sei. Im übrigen sei die Beklagte verpflichtet gewesen, die Mietzinsen für Juni und Juli 2007 der Klägerin zukommen zu lassen, da nach den gescheiterten Lastschriftabbuchungen sich die Holschuld in eine Schickschuld verwandelt habe.

Die Beklagte tritt dem Räumungsanspruch der Klägerin entgegen. Sie sei von der Klägerin nicht über die Beendigung des vereinbarten Lastschriftabbuchungsverfahrens informiert worden. Da noch im Mai 2007 seitens der Klägerin das Lastschriftverfahren – trotz der erfolglosen Abbuchungen in den Vormonaten – durchgeführt und bezüglich der streitgegenständlichen Filiale S. auch erfolgreich gewesen sei, habe sie davon ausgehen dürfen, dass die Klägerin weiterhin dieses Verfahren zur Mietzinszahlung anwenden werde. Sie hätte über die Aufkündigung des Abbuchungsverfahrens informiert werden müssen, wegen der gem. 23. 2. des Mietvertrages Teil B vereinbarten

Schriftform sogar schriftlich. In einem vergleichbaren Fall einer Schwestergesellschaft der Beklagten habe die Klägerin auch schriftlich das Lastschriftabbuchungsverfahren gekündigt.

Zu den Fälligkeitsterminen sei auch die erforderliche Deckung für die Zahlung der Mietzinsen vorhanden gewesen. Über das entsprechende Konto seien erhebliche Umsätze, nämlich die Einnahmen aus allen Filialen, gebucht worden. Aufgrund der erfolgreichen Abbuchung der Maimiete für das streitgegenständliche Objekt in S. habe die Klägerin auch keine konkreten Anhaltspunkte für das Scheitern des Lastschrifteinzugs in den Folgemonaten gehabt. Bei den Telefonaten im Juni 2007 sei über die Junimiete oder über die Einstellung des Lastschriftabbuchungsverfahrens nicht gesprochen worden.

Das Landgericht Stuttgart hat mit Urteil vom 25.1.2008 die Klage abgewiesen. Die fristlose Kündigung der Klägerin sei mangels Zahlungsverzugs der Beklagten nicht wirksam. Die Klägerin habe nicht das ihrerseits Erforderliche für eine rechtzeitige Zahlung, nämlich die Vornahme der Abbuchung auf dem Konto der Beklagten, getan. Die Klägerin habe auch keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorgebracht, dass im Zeitraum Juni/Juli 2007 keine Deckung mehr auf dem Konto der Beklagten vorhanden gewesen sei. Die erfolgreiche Abbuchung der Maimiete für das streitgegenständliche Objekt spreche für das Gegenteil. Aus dem Vortrag der Beklagten ergebe sich auch nicht, dass diese den Vortrag der Klägerseite, das fragliche Konto habe zu keinem relevanten Zeitpunkt eine Deckung aufgewiesen, unstreitig gestellt habe. Die Beklagte habe auch nicht aus dem Verhalten der Klägerin den Schluss ziehen können, dass die Klägerin den Lastschrifteinzug beendet habe. Die angebliche Äußerung der Zeugin Eh. – für Juni sei eine Abbuchung nicht vorgenommen worden – könne als wahr unterstellt werden. Daraus ergebe sich jedoch nicht, dass die Klägerin endgültig vom Lastschriftverfahren Abstand genommen habe.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit der Berufung. Das Landgericht habe formelles und materielles Recht nicht richtig angewandt. Die Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1977 (BGHZ 69, 361 ff.) sei so auszulegen, dass der Schuldner (die Beklagte) für den Vortrag, ausreichend Deckung auf seinem Konto bereit gestellt zu haben, darlegungs- und beweispflichtig sei. Dem Gläubiger (der Klägerin) sei lediglich aufgegeben worden, erkennbare äußere Umstände, die den Schluss auf die Vergeblichkeit des Einzugsversuchs zulassen, darzulegen. Dies sei auch erfolgt, nachdem unstreitig Liquiditätsgpässe bei der Beklagten in den Vormonaten und im fraglichen Zeitraum Juni/Juli 2007 bestanden hätten, die Einziehung der Maimiete 2007 für das Objekt L. wiederum gescheitert sei, die Beklagte gewusst habe, dass keine Abbuchung im Juni erfolgt sei und die Maimiete für L. nur in 3 Raten habe bezahlt werden können. Die erforderliche Darlegung der Beklagten, eine entsprechende Deckung auf ihrem Konto im Juni und Juli 2007 bereitgestellt zu haben, sei nicht erfolgt. Weiterhin sei seitens der Klägerin auch eine unmissverständliche Mitteilung, dass die Klägerin vom Lastschriftverfahren Abstand nehme, gegenüber der Beklagten erfolgt. Die vom Landgericht als wahr unterstellte Behauptung der Zeugin Eh. stelle – insbesondere auch unter Berücksichtigung der Rücklastschriften in den Vormonaten – eine solche eindeutige Erklärung dar.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Die Klägerin habe wegen der Tolerierung der Nachüberweisungen für die Monate Februar bis Mai bei gleichzeitiger Fortsetzung des Lastschriftverfahrens einen Vertrauenstatbestand geschaffen, der die Verantwortung für die rechtzeitige Übermittlung der Mietzinsen weiterhin bei der Klägerin belassen habe. Wegen der zu fordernden Rechtsklarheit sei es dem Gläubiger zuzumuten, seinem Schuldner das Lastschriftverfahren aufzukündigen oder ihm zumindest unmissverständlich mitzuteilen, dass er von diesem Verfahren wieder Abstand nehme.

Weiterhin hätte die Liquidität auf dem fraglichen Konto – welches nur auf Guthabensbasis geführt werde – zu den Fälligkeitszeitpunkten im Juni und Juli ohne weiteres ausgereicht,

die Lastschriften für die Monatsmieten einzulösen. Am 4. Juni 2007 seien auf das Konto Einzahlungen in der Größenordnung von € 38 137,34 und am 2. Juli 2007 Gutschriften in Höhe von € 30 309,96 erfolgt. Im übrigen genüge die angebliche Erklärung der Zeugin Eh. über eine Abstandnahme vom Lastschriftverfahren auch deshalb nicht, da die Schriftform nicht eingehalten worden sei und die Zeugin auch keine Befugnis habe, vertragliche Änderungen vorzunehmen.

Parallel zu diesem Verfahren nimmt die Klägerin in einem gesonderten Verfahren mit im Wesentlichen gleicher Begründung die Beklagte auch auf Räumung des Mietobjekts B./L. in Anspruch (LG Stuttgart 33 O 116/07 = OLG Stuttgart 5 U 21/08).

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Der Klägerin steht kein Anspruch gegen die Beklagte auf Räumung der gemieteten Gewerbeflächen zu.

Das Landgericht hat die Klage zu Recht mangels Schuldnerverzugs der Beklagten abgewiesen.

Durch die Kündigung der Klägerin vom 9. 7. 2007 wurde das Mietverhältnis zwischen den Parteien nicht gem. § 568 BGB beendet. Mit dem Landgericht ist davon auszugehen, dass kein wichtiger Grund zur Kündigung i. S. d. § 543 Abs. 2 Nr. 3 a BGB vorlag, da sich die Beklagte mit der Mietzahlung für die Monate Juni und Juli 2007 nicht gem. § 286 Abs. 2, Abs. 4 BGB in Verzug befand. Darüber hinaus erscheint auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben die Kündigung der Klägerin rechtsmissbräuchlich.

1. Die Parteien haben durch die Regelung in 5. 6. 1. des Mietvertrags Teil B die Fälligkeit des Mietzinses gem. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB nach dem Kalender bestimmt, da der Mietzins jeweils am 3. Werktag eines jeden Monats fällig sein sollte. Für den Eintritt des Schuldnerverzugs kam es daher nicht mehr auf eine Mahnung gemäß § 286 Abs. 1 BGB an. Unstreitig befanden sich die Mietzinsen für Juni und Juli 2007 zum Fälligkeitszeitpunkt nicht auf dem Konto der Klägerin.

2. Schuldnerverzug trat vorliegend jedoch nicht ein, da die Klägerin ihrer Mitwirkungshandlung nicht nachkam und keine ausreichend konkreten Anhaltspunkte für eine mangelnde Deckung auf dem Schuldnerkonto vorhanden waren.

Mit der Vereinbarung des Lastschrift-Abbuchungsverfahrens im Hinblick auf die Mietzinsforderung der Klägerin veränderte sich die gesetzlich vorgesehene Leistungsmodalität für Geldschulden von einer qualifizierten Schickschuld gem. § 270 Abs. 1 BGB in eine Holschuld gem. § 269 BGB (2. 1.). Die deshalb notwendige Mitwirkungshandlung der Klägerin hat diese nicht vorgenommen, weshalb grundsätzlich kein Schuldnerverzug eintreten konnte (2. 2.). Auf die Frage, ob das Konto der Beklagten tatsächlich ausreichende Deckung zur Zahlung der Mietzinsen aufwies, kommt es nicht an, da keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Klägerin hierfür vorhanden waren (2. 3.). Die Holschuld der Klägerin für den Mietzins der Monate Juni und Juli 2007 hat sich auch nicht in eine Schickschuld bzw. Bringschuld verwandelt, weil teilweise Rücklastschriften in den Vormonaten erfolgt sind (2. 4.). Schließlich hat die Klägerin die vereinbarte Lastschriftabrede auch nicht wirksam durch einseitige Erklärung beendet (2. 5.).

2. 1. Auf der Grundlage des Mietvertrags (Ziff. 5. 6. 2., Teil B) haben die Parteien für die Zahlung des Mietzinses das Lastschrift-Abbuchungsverfahren vereinbart. Die Beklagte hat daraufhin ihrer Bank einen Abbuchungsauftrag erteilt.

Für die Leistungsverpflichtung des Schuldners bedeutet dies, dass sich die Geldschuld der Beklagten von einer qualifizierten Schickschuld gem. § 270 Abs. 1 BGB in eine Holschuld gem. § 269 BGB verwandelt hat (allgemeine Ansicht: vgl. Palandt-Henrichs, a. a. O., § 270 Rn. 4; BGH NJW 1984, 871 <872>; Hadding, Das Lastschriftverfahren in der Rechtsprechung, WPM 1978, 1366 <1379>). Der Gläubiger ist dann aber auch verpflichtet, von der Ermächtigung, den Mietzins im Lastschriftverfahren einzuziehen, Gebrauch zu machen. Die Ein-

ziehung der Forderung oblag deshalb der Klägerin (h. M.: BGH vom 19. Oktober 1977, BGHZ 69, 361 <368>; OLG München VersR 1987, 554; OLG Hamm VersR 1976, 536; BGH NJW 1984, 871 <872>; andere Ansicht: OLG Düsseldorf ZIP 1988, 1452: eine Verpflichtung des Gläubigers zur Abbuchung besteht nicht, es handele sich lediglich um eine Ermächtigung zur Abbuchung).

2.2. Schuldnerverzug der Beklagten gem. § 286 BGB trat nicht ein, da die Klägerin unstreitig ihrer Mitwirkungshandlung – der Vornahme der Abbuchung im Juni und Juli 2007 – nicht nachkam.

Es ist grundsätzlich anerkannt, dass ein Schuldner nur in Verzug kommt, wenn der Gläubiger, der – wie bei einer Holschuld – eine Mitwirkungshandlung erbringen muss, diese erforderliche Handlung auch vornimmt oder anbietet (vgl. Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 286 Rn. 15; BGH NJW 1996, 1745; BGH NJW-RR 1994, 1469 ff.). Unterschiedliche Ansichten bestehen darüber, ob der Gläubiger zur Vornahme der Leistungshandlung verpflichtet ist (so BGH ZIP 1984, 185), oder ob es sich lediglich um eine Obliegenheit handelt (so BGH VersR 1985, 447; OLG Hamm, VersR 1985, 536). Jedenfalls ist sich die h. M. darin einig, dass dann, wenn die Mitwirkungshandlung der Gläubigerin unterbleibt, die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs grundsätzlich nicht vorliegen. Welches Tatbestandsmerkmal des Verzuges nicht erfüllt sein soll, wird dabei unterschiedlich gesehen (vgl. hierzu Schwarz, Schuldner- und Gläubigerverzug im Lastschriftverfahren, ZIP 1989, 1442 <1444>). Der BGH hat sich in zwei neueren Entscheidungen nicht festgelegt, ob der Schuldnerverzug bei unterbliebener Mitwirkungshandlung des Gläubigers schlechthin ausgeschlossen ist (vgl. BGH NJW-RR 1994, 1469 ff. Rn. 15; BGH NJW 1996, 1745 Rn. 16) oder ob es (nur) am Verschulden fehlt. Dieser Meinung ist teilweise die Literatur, wenn der Gläubiger die Mitwirkungshandlung nicht vornimmt (Alpmann in Juris, PK-BGB, 3. Aufl. 2006, § 286 Rn. 46). Heinrichs (in Palandt a. a. O. § 286 Rn. 15) verneint bereits einen wirksamen Anspruch.

2.3. An diesem Ergebnis ändert die Frage, ob das Konto gedeckt war, letztendlich nichts. Die Frage der ausreichenden Deckung des Schuldnerkontos zum Zeitpunkt der Fälligkeit ist zwar ebenfalls maßgeblich für die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs (a). Unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen nicht einheitlichen Rechtsprechung ist im Ergebnis ein Schuldnerverzug der Beklagten im vorliegenden Fall zu verneinen (b).

a) Die Verzugswirkungen scheitern dann, wenn der Schuldner alles getan hat, damit der Lastschriftbetrag von seinem Konto abgebucht werden kann – er also ausreichend Deckung bereithält –, da der Schuldner dann i. S. d. § 286 Abs. 1 BGB bereits „geleistet“ hat. Wenn der Schuldner jedoch trotz der ihm bekannten Fälligkeit des einzuziehenden Betrages keine ausreichende Deckung verschafft, verzögert er grundsätzlich pflichtwidrig die Leistungshandlung. Es handelt sich dabei jedoch lediglich um *ein* Tatbestandsmerkmal des Verzugs. Wie oben dargestellt, ist auch die Mitwirkungshandlung des Gläubigers – soweit sie, wie vorliegend, zur Leistungserbringung notwendig ist – Voraussetzung für den Schuldnerverzug. Daraus folgert eine Literaturmeinung, dass auch dann, wenn der Schuldner keine ausreichende Deckung auf seinem Konto bereithält, der Gläubiger jedoch seine Mitwirkungshandlung unterlässt, kein Schuldnerverzug anzunehmen ist (Schwarz, a. a. O., S. 1444).

Abgesehen von den Besonderheiten des Lastschriftverfahrens ist in der Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, dass die bei der Holschuld erforderlichen Mitwirkungshandlungen des Gläubigers für die Annahme des Schuldnerverzugs nur dann entbehrlich sind, wenn eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Schuldners vorliegt (vgl. § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB; hierzu Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 286 Rn. 24; BGH NJW-RR 1990, 444). Hierfür sind im Hinblick auf den geschuldeten Mietzins für Juni und Juli 2007 je-

doch weder Tatsachen vorgetragen noch ersichtlich. Jedenfalls reicht die mangelnde Deckung auf dem Schuldnerkonto hierfür nicht aus, da insoweit strenge Anforderungen zu stellen sind. Aus dem Verhalten oder aus den Erklärungen des Schuldners muss sich eine endgültige Weigerung, die Leistung zu erbringen, ergeben (Palandt-Heinrichs a. a. O. § 281 Rdn. 14). Allein die Nichteinhaltung des Fälligkeitstermins – mangels Deckung des Schuldnerkontos – genügt daher nicht.

b) Soweit die in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten – entgegen Schwarz – der Deckung des Schuldnerkontos für die Frage des Schuldnerverzuges bei unterbliebener Mitwirkungshandlung des Gläubigers Bedeutung beimessen, führt auch dies nicht zur Bejahung von Schuldnerverzug.

(1) Nach der Ansicht von Canaris ist in der Person des Lastschriftschuldners ein Schuldnerverzug gem. § 286 Abs. 4 BGB ausgeschlossen, sofern und solange Gläubigerverzug gegeben ist (Canaris in Bankvertragsrecht, I. Teil, in Staub, HGB-Kommentar, 4. Aufl. 2005, Rn. 360 a, 640, 646). Im vorliegenden Fall befand sich die Klägerin im Hinblick auf die Mietzinszahlung in Annahmeverzug gem. §§ 293 ff. BGB. Da für die von der Gläubigerin vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt war, war ein Leistungsangebot des Schuldners gem. § 296 BGB entbehrlich. Der Annahmeverzug ist zwar gem. § 297 ausgeschlossen, wenn der Schuldner außerstande ist, die Leistung zu bewirken. Für diese Voraussetzung – vorliegend insbesondere das Leistungsvermögen – ist nach herrschender Auffassung der Gläubiger beweisbelastet (Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 297 Rn. 3). Das Leistungsvermögen der Beklagten zum Zeitpunkt der konkreten Fälligkeiten wurde bisher von der Klägerin jedoch weder substantiiert dargelegt noch unter Beweis gestellt.

(2) Der BGH verneint in einer Entscheidung aus dem Jahr 1977 zu § 39 VVG die Leistungsfreiheit des Versicherers, wenn das Lastschriftverfahren vereinbart wurde und die Prämien bei Fälligkeit hätten abgebucht werden können (BGHZ 69, 361 (368); ebenso BGH NJW 1984, 871 (872); OLG Hamm VersR 1976, 536).

Entgegen der Ansicht von Canaris tendiert der BGH in dieser Entscheidung dazu, auch für den Fall einer bestehenden Abbuchungsermächtigung, die vom Gläubiger nicht in Anspruch genommen wurde, die Beweislast für die „rechtzeitige Zahlung“ – vorliegend also die Frage, ob auf dem Konto des Schuldners ausreichende Deckung vorhanden war – dem Schuldner aufzuerlegen (vgl. BGHZ 69, 361 <368>), ausgehend von dem Grundsatz, dass die Rechtzeitigkeit der Leistung vom Schuldner zu beweisen ist (Palandt-Heinrichs, a. a. O., § 286 Rn. 38). Der BGH führt zur Beweislastverteilung für den Fall des Lastschrift-Abbuchungsverfahrens Folgendes aus (BGHZ 69, 361, 368):

„Legt der Versicherer konkrete Anhaltspunkte dafür dar, dass entsprechende Versuche (Lastschrifteinzüge) im Zeitpunkt der Fälligkeit der rückständigen Prämien vergeblich gewesen wären, so muss der Versicherungsnehmer (Schuldner) als das seinerseits Erforderliche beweisen, dass er entsprechende Deckung auf seinem Konto bereitgestellt hatte, ebenso wie dem Schuldner auch sonst der Beweis der Erfüllung und der rechtzeitigen Leistung obliegt.“

Schuldnerverzug wird somit bei Vorliegen einer Vereinbarung zur Durchführung des Lastschrift-Abbuchungsverfahrens und für den Fall, dass der Gläubiger dieses Verfahren nicht angewandt hat, erst bejaht, wenn dem Gläubiger *konkrete Anhaltspunkte* dafür vorlagen, dass das Konto des Schuldners zum Zeitpunkt der Fälligkeit keine Deckung aufwies.

Solche konkreten Anhaltspunkte hat die Klägerin nicht ausreichend dargelegt.

Soweit Zahlungsprobleme seitens der Beklagten unstreitig bestanden – auch noch für Juni 2007 –, führt dies zunächst nicht zu der generellen Annahme, dass auf dem Konto der Beklagten keine ausreichende Liquidität vorhanden war. Die Tatsache, dass die rückständigen Mietzinsen für die Monate Februar bis Mai zeitnah beglichen werden konnten, weist darauf hin, dass auch

zeitnah Liquidität von der Beklagten beschafft werden konnte. Auch die Durchführbarkeit des Lastschriftinzugs für Mai 2007 im Hinblick auf den Mietzins für die streitgegenständlichen Räumlichkeiten in S. spricht grundsätzlich für eine vorhandene Deckung und eine Verbesserung der Liquiditätslage der Beklagten nach April 2007. Die Miete für Mai wurde vollständig im Juni 2007 – durch Ratenzahlung – beglichen. Mietrückstände über mehrere Monate waren in der Vergangenheit nicht erfolgt. Die Parteien haben vor allem immer einvernehmlich die Zahlungsrückstände besprochen und Zahlungsvereinbarungen getroffen, die die Beklagte dann auch einhalten konnte.

Konkrete Hinweise – insbesondere zu den jeweiligen Fälligkeitszeitpunkten der Mietzinsen – für eine mangelnde Deckung auf dem Beklagtenkonto trägt die Klägerin nicht vor. Aus der Tatsache, dass die Beklagte spätestens Ende Juni aufgrund ihrer Kontoauszüge wissen musste, dass eine Abbuchung der Mietzinsen durch die Klägerin für Juni nicht erfolgt war, und eine sofortige „Nachzahlung“ der Beklagten nicht erfolgte, durfte die Klägerin Anhaltspunkte für eine mangelnde Deckung auf Grund der einvernehmlichen Lösungen der Probleme in den Vormonaten, zumal die Abbuchung im Mai für das Objekt in S. geklappt hatte und der Beklagten jeweils Gegenforderungen aus dem Kundenkartengeschäft zustanden, nicht ableiten.

Die Anhaltspunkte für eine mangelnde Deckung müssen so konkret sein, dass sie insbesondere auch für den Schuldner so eindeutig auf der Hand liegen, dass es treuwidrig wäre, wenn er sich weiterhin auf das Lastschriftverfahren berufen dürfte. Auch für ihn muss es aus Gründen der Rechtsklarheit und zur Vermeidung von Doppelzahlungen eindeutig erkennbar sein, dass die vereinbarte Abbuchung der Klägerin wegen offensichtlicher Unzumutbarkeit nicht mehr erfolgen wird und er selbst unzweifelhaft für die Rechtzeitigkeit der Leistung einzustehen hat. Bei der gegebenen Sachlage genügt ein vorübergehender Liquiditätsengpass trotz mehrmaligen Scheiterns des Lastschriftverfahrens angesichts der dann jeweils einvernehmlich getroffenen und erfolgreichen Absprachen über die Begleichung der Rückstände zwischen den zuständigen Sachbearbeitern der Parteien hierfür nicht.

Auch die zu dieser Entscheidung des BGH von Canaris vertretene Meinung führt zu demselben Ergebnis. Canaris hält – ausgehend von § 297 BGB und der Beweislast des Gläubigers für das Leistungsunvermögen des Schuldners (Canaris a. a. O. Rdn. 647) – die Grundsätze des prima-facie Beweises für anwendbar. Dabei genügt es seiner Ansicht nach nicht, den Beweis, dass das Konto zum Zeitpunkt der Fälligkeit keine Deckung aufweist, zu erbringen, sondern es müsse hinzukommen, dass der Schuldner auch nicht mehr rechtzeitig Deckung hätte beschaffen können (Canaris a. a. O. Rdn. 647). Der danach zunächst verlangte prima-facie Beweis ist von der Klägerin mangels konkreter Anhaltspunkte – wie oben dargestellt – nicht geführt worden. Insbesondere wird ein typischer Geschehensablauf, nach welchem von der fehlenden Deckung des Beklagtenkontos auszugehen wäre, von der Klägerin nicht dargetan.

Der Ansicht der Berufung, die mangelnde Deckung auf dem Konto sei unstrittig bzw. gem. § 138 Abs. 3, 4 ZPO zugestanden, und führe bereits deshalb zum Schuldnerverzug der Beklagten, kann nicht gefolgt werden. Bereits das Landgericht führte in seiner Entscheidung aus, dass die Beklagte im Schriftsatz vom 12. Dezember 2007 vorgetragen hat, über das Konto seien erhebliche Umsätze gelaufen, weshalb eine Erklärung mit Nichtwissen, welche hier nicht ausreichend wäre, gem. § 138 Abs. 4 ZPO nicht vorliegt und damit auch keine Geständnisfiktion gem. § 138 Abs. 3 ZPO.

(3) Der BGH hat die Frage, ob allein bei unterbliebener Mitwirkungshandlung des Gläubigers der Schuldnerverzug ausgeschlossen ist, ausdrücklich offen gelassen (BGH NJW-RR 1994, 1469 Rn. 15). Schuldnerverzug könne jedenfalls dann trotzdem eintreten, wenn der Schuldner das Unterbleiben der Mitwirkungshandlung des Gläubigers „in von ihm zu vertretender Weise (mit-) veranlasst hat“. Zum Verschuldensmaßstab des

Schuldners wendet der BGH – da die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs vorliegen – § 300 Abs. 1 BGB an. In dem dort entschiedenen Fall handelte es sich jedoch nicht um eine Geldschuld, die als Holschuld vereinbart war, sondern um die Frage des Schuldnerverzugs mit der Erbringung einer Werkleistung.

Auch bei Anwendung dieser Grundsätze ist ein Schuldnerverzug der Beklagten im vorliegenden Fall abzulehnen. Die Beklagte hat der Klägerin weder mitgeteilt, dass keine ausreichende Deckung auf dem Konto vorhanden war, noch hat sie das Abbuchungsverfahren widerrufen. Die Rücklastschriften der Vormonate und die Ratenzahlung für Mai genügen nicht für eine schuldhafte – grob fahrlässige – Veranlassung der Nichtabbuchung durch die Klägerin. Wie oben ausgeführt lagen auch keine konkreten Anhaltspunkte für eine mangelnde Deckung vor.

2. 4. Entgegen der Ansicht der Berufung hat sich die durch das Lastschrift-Abbuchungs-Verfahren vereinbarte Holschuld für die Monate Juni und Juli 2007 auch nicht durch die fehlgeschlagenen Abbuchungsversuche der Vormonate in eine qualifizierte Schickschuld gem. § 270 Abs. 1 BGB geändert.

Es ist anerkannt, dass bei einem fehlgeschlagenen Einziehungsversuch des Gläubigers – je nach den übrigen Vereinbarungen der Parteien – die Holschuld wieder zu einer Schickschuld wird (OLG Köln NJW-RR 1986, 390; Schwarz, a. a. O., S. 1446; Canaris, a. a. O., Rn. 629). Vorliegend hat die Klägerin jedoch für die Monate Juni und Juli keinen Einziehungsversuch unternommen. Die teilweise in den Vormonaten fehlgeschlagenen Einziehungsversuche führen nicht dazu, dass jegliche weitere erst später fällig werdende Schuld nicht mehr von der Lastschriftabrede umfasst werden soll. Davon ging offensichtlich die Klägerin auch nicht aus, da sie trotz fehlgeschlagener Einziehungsversuche im Februar und März weiterhin die Einziehung vornahm. Im Übrigen geht die oben zitierte Rechtsprechung und Literatur von einer Umwandlung der Holschuld in eine Schickschuld nur dann aus, wenn ein konkreter Einziehungsversuch fehlschlägt. Voraussetzung ist daher, dass ein Einziehungsversuch überhaupt stattgefunden hat.

2. 5. Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Klägerin die Lastschriftabrede nicht durch einseitige Erklärung vor Fälligkeit der Mietzinsforderung für Juni und Juli 2007 beendet hat.

Ob der Gläubiger durch einseitige Erklärung die vereinbarte Lastschriftabrede beenden kann, oder ob hierfür eine vertragliche Regelung erforderlich ist, wird in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich gesehen.

Die jederzeitige Widerruflichkeit oder Kündbarkeit des Einverständnisses mit dem Lastschritteinzug wird damit begründet, dass die Zahlung im Lastschriftverfahren eine besondere Handlung des Gläubigers voraussetzt, die niemandem aufzuzwingen werden kann (vgl. Canaris, a. a. O., Rn. 649). Von dieser Ansicht, dass es sich um eine Gestaltungserklärung des Gläubigers handelt, geht in der Entscheidung aus dem Jahre 1977 auch der BGH aus (vgl. BGHZ 69, 367), in welcher er beiden Parteien die Abstandnahme vom Lastschriftverfahren zugesteht, hierfür aber eine „unmissverständliche Mitteilung“ des Gläubigers an den Schuldner verlangt. In einer späteren Entscheidung meint der BGH, der Lastschriftgläubiger könne sich nicht einseitig von dem vereinbarten Einzug im Lastschriftverfahren lösen (BGH ZIP 1984, 185). Diese Ansicht spricht für das Erfordernis einer vertraglichen und somit einvernehmlichen Änderung eines Schuldverhältnisses, wozu auch die Vereinbarung einer Leistungsmodalität gehört. Eine einvernehmliche ausdrückliche Beendigung des Abbuchungsverfahrens erfolgte vorliegend unstrittig jedoch nicht, ebenso wenig eine Aufkündigung dieser Zahlungsart. Im Hinblick auf die wiederholten Rücklastschriften hätte der Klägerin ein Recht zur Kündigung des Lastschriftverfahrens jedoch gemäß § 314 Abs. 1 BGB zugestanden.

Auch wenn von der Ansicht, die Lastschriftabrede sei eine frei widerrufliche Gestaltungserklärung, auszugehen ist, führt

dies im vorliegenden Fall nicht dazu, dass das Lastschriftverfahren beendet wurde.

Dem Landgericht ist darin zu folgen, dass die als wahr unterstellte Äußerung der Zeugin Eh. im Juni 2007 gegenüber dem zuständigen Buchhalter der Beklagten, für Juni sei eine Abbuchung nicht vorgenommen worden, für einen einseitigen Widerruf des Lastschriftverfahrens nicht ausreicht. Diese Erklärung ist nämlich im Hinblick auf die Beendigung der Abbuchungsabrede für das Lastschriftverfahren nicht eindeutig und unmissverständlich. Sie enthält nicht die Deutung, dass die Klägerin vom Einzug im Lastschriftverfahren für die Zukunft grundsätzlich wieder Abstand nimmt. Sie bezieht sich, wenn überhaupt, nur auf das Lastschriftverfahren für den Monat Juni. Nachdem die Parteien zuvor wegen der Rücklastschriften manuelle Zahlungstermine vereinbart hatten, konnte die Beklagte auch davon ausgehen, dass die Klägerin im Juni eine andere Zahlungsweise akzeptieren wird. Im Übrigen besteht seitens der Gläubigerin die Obliegenheit, wenn sie sich einseitig vom Lastschriftverfahren lösen will, dies dem Schuldner so rechtzeitig mitzuteilen, dass ihm die Möglichkeit einer rechtzeitigen Zahlung überhaupt verbleibt (vgl. Canaris, a. a. O., Rn. 649). Da die streitige Äußerung der Zeugin Eh. nach dem Vortrag der Klägerin erst am 15. 6. 2007 erfolgte, spricht auch diese Tatsache gegen einen unmissverständlichen Widerruf der Lastschriftabrede.

Darüber hinaus handelte es sich auch nach den Ausführungen des Bevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, wonach die Zeugin weder befugt war, eine Kündigung des Lastschriftverfahrens vorzunehmen, noch eine solche Erklärung abgeben wollte, nur um eine informativische Mitteilung über die unterbliebene Abbuchung im Juni ohne rechtsgeschäftlichen Charakter.

3. Das Urteil des Landgerichts war daher aufrecht zu erhalten und die Berufung zurückzuweisen.

Ergänzend ist anzumerken, dass die vorliegend ausgesprochene Kündigung unabhängig von der Beurteilung der Frage des Schuldnerverzugs auch gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstößt (§ 242 BGB), denen gerade bei langjährigen Dauerschuldverhältnissen besondere Bedeutung zukommt.

Selbst bei Vorliegen eines gesetzlich geregelten wichtigen Kündigungsgrundes gemäß § 543 Abs. 2 BGB sind in Ausnahmefällen der Durchsetzung der Kündigung Grenzen gesetzt (Schmidt-Futterer – Blank, Mietrecht, 9. Aufl., § 543 Rdn. 123). Unter dem Gesichtspunkt einer überraschenden Kündigung kann in bestimmten Fällen Rechtsmissbrauch anzunehmen sein. In der Rechtsprechung wurde z. B. entschieden, dass bei langjährigen Mietverhältnissen, einer überwiegend pünktlichen Zahlung des Mieters und der Aussicht, dass die Zahlungsprobleme in absehbarer Zeit behoben werden können, als zusätzliche Kündigungsvoraussetzung gemäß § 242 BGB eine Abmahnung erforderlich sei. Bei Lastschriftverfahren stehe die Kündigung gemäß § 543 BGB unter dem Vorbehalt der vorherigen Mitteilung der Abstandnahme vom Lastschriftverfahren. Weiterhin sei eine Abmahnung notwendig, wenn der Vermieter über eine längere Zeitdauer einen Zahlungsrückstand rügelos hingenommen habe oder frühere Kündigungslagen nicht zum Anlass einer Kündigung genommen habe (vergl. Schmidt-Futterer – Blank a. a. O. § 543 Rdn. 124 m.w. Beispielen).

Ein solcher Ausnahmefall, der eine Abmahnung oder eine entsprechende Erklärung der Klägerin für eine wirksame Kündigung erfordert, ist auch hier gegeben. Das Mietverhältnis bestand bereits seit mindestens 6 Jahren und wurde über diesen Zeitraum bis Januar 2007 im Hinblick auf die Mietzinszahlungen problemlos abgewickelt. Bereits im Juni 2007 war eine Kündigungslage für die Klägerin gemäß § 543 Abs. 2 BGB für das Mietobjekt in L. gegeben. Die Parteien standen seit Aufkommen der Liquiditätsprobleme in Kontakt miteinander und haben diese erfolgreich und einvernehmlich bis dahin bereinigt. Eine ausdrückliche Beendigung des Lastschriftverfahrens seitens der Klägerin gegenüber der Beklagten war vor der Kündi-

gung nicht erfolgt. Die Klägerin hat insgesamt vier Rücklastschriften geduldet, ohne vom Abbuchungsverfahren Abstand zu nehmen. Unter diesen konkreten Umständen durfte die Beklagte erwarten, dass die Klägerin sie auf den Ernst der Lage und eine beabsichtigte Kündigung hinweist, zumal angesichts der erheblichen Umsätze der Beklagten in ihren zahlreichen Filialen zu erwarten war, dass sie die Zahlungstermine gegenüber der Klägerin einhält, wenn sie gewusst hätte, dass sie ihr – entgegen ihrem bisherigen Verhalten – so wichtig sind. Besonders auch im Hinblick auf die einschneidenden Folgen des Verlusts der Filialen angesichts der Lage in den Einkaufszentren der Klägerin, die nicht austauschbar sind, einschließlich des drohenden Verlusts der Arbeitsplätze für die Mitarbeiter der Beklagten, durfte die Beklagte nach Treu und Glauben eine unmissverständliche Abmahnung erwarten.

Auch der Hinweis der Klägerin, eine Insolvenzanfechtung befürchten zu müssen, wenn keine zeitnahe Kündigung erfolgt, greift nicht durch. Ein Hinweis der Klägerin an die Beklagten, dass vom Lastschriftverfahren Abstand genommen werde, und eine Abmahnung hätten bereits im Mai 2007 erfolgen können, so dass keine Nachteile für die Klägerin für den Fall einer Insolvenz der Beklagten bestanden hätten.

III. [...] Für den Streitwert ist der zuletzt von der Klägerin verlangte Mietzins in Höhe von € 7159,06 netto für die Ladenfläche und € 203,47 netto für die Nebenfläche maßgebend. Die darüber hinaus zu leistenden Nebenkosten werden gem. Ziff. 5.6.5. des Mietvertrages Teil B als Vorauszahlung geleistet und jährlich oder halbjährlich abgerechnet und sind deshalb gemäß § 41 Abs. 1 Satz 2 GKG nicht in die Streitwertberechnung mit einzubeziehen. Nachdem der Mietvertrag auf 10 Jahre fest vereinbart wurde und diese Mietzeit bis mindestens Herbst 2011 andauert, ist gem. § 41 Abs. 2 Satz 1 GKG die Jahresmiete zuzüglich Mehrwertsteuer anzusetzen (Schneider – Herget, Streitwertkommentar, 12. Aufl., Seite 753 Rdn. 3490). Das Nettogrundentgelt gem. § 41 Abs. 1 Satz 2 GKG beträgt damit für die Ladenfläche € 7159,06 zuzüglich 19% (€ 1360,22) somit im Monat € 8519,28 und für 12 Monate damit € 102 231,36. Für die Nebenfläche ergibt sich der Nettomietzins mit € 203,47 zuzüglich 19% (38,66 €), somit insgesamt € 242,12, und für 12 Monate ein Betrag in Höhe von € 2905,44.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Fragen von einer über den vorliegenden Einzelfall hinausgehenden Bedeutung sind nicht ersichtlich. Die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht.

§ 543 BGB

**Gewerberaummiete; Backshop;
erheblicher Mietrückstand; Zahlungsverzug;
überhöhte Miete; Mietwucher; Mängel;
Konkurrenzschutz-Verletzung**

a) Ein Verzug mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete i. S. des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB liegt bei vereinbarter monatlicher Mietzahlung auch bei der Geschäftsraummiete jedenfalls dann vor, wenn der Rückstand den Betrag von einer Monatsmiete übersteigt.

b) Ein solcher Rückstand reicht für eine außerordentliche fristlose Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB nur aus, wenn er aus zwei aufeinanderfolgenden Zahlungszeiträumen (hier: Monaten) resultiert.

c) Ein Rückstand, der diese Voraussetzung nicht erfüllt, weil er (auch) aus anderen Zahlungszeiträumen herrührt, rechtfertigt die außerordentliche fristlose Kündigung lediglich, wenn seine Höhe zwei Monatsmieten erreicht (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 b BGB).

(BGH, Urteil vom 23. 7. 2008 – XII ZR 134/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien verlangen mit der Klage und der Widerklage Feststellung, dass der zwischen ihnen bestehende Mietvertrag über Gewerberäume durch ihre wechselseitigen außerordentlichen Kündigungen beendet worden ist, und begehren Ersatz des ihnen daraus entstandenen Schadens. Der Beklagte verlangt weiter Herausgabe einer Bürgschaftsurkunde, die er dem Kläger zur Abwendung des Vermieterpfandrechts übergeben hat.

2 Der Kläger vermietete an den Beklagten mit Vertrag vom 15. Oktober 2002 noch nicht fertig gestellte Räume in einem Neubau zum Betrieb eines „Cafés und Backshops (Bäckercafé)“ für die Zeit vom 1. Dezember 2002 bis 30. November 2012 mit Verlängerungsoption zu einem im Voraus bis spätestens zum 3. Werktag eines jeden Monats an den Vermieter zu zahlenden monatlichen Mietzins von 7779,54 € einschließlich Nebenkostenvorauszahlung und 16% MwSt. Dieser Mietzins setzt sich im Einzelnen zusammen aus einer „Netto-Kaltniete“ von 6370 € für eine Mietfläche von 130 m², einer Nebenkostenvorauszahlung für 130 m² von 260 €, einer „Netto-Kaltniete“ für einen Technikraum von 9 m² von 67,50 € und einer Nebenkostenvorauszahlung für diesen Raum von 9 €, jeweils zuzüglich MwSt. Die exakte Miethöhe sollte gemäß § 20 Ziff. 5 des Mietvertrages nach Aufmaß festgelegt und bei einer Fläche von weniger als 130 m² entsprechend korrigiert werden.

3 Nach § 2 Nr. 6 des Mietvertrages sollte der Vermieter das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aus wichtigem Grund kündigen können,

a) wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit einem Betrag rückständig ist, der eine Monatsmiete übersteigt, oder

b) wenn der Mieter in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, mit einem Betrag in Höhe von zwei Monatsmieten rückständig ist.

4 Zum Konkurrenzschutz enthält § 18 des Mietvertrages die Zusicherung des Vermieters, dass im selben Gebäude kein (weiteres) Bäckercafé vermietet wird.

5 Am 31. Dezember 2002 oder 2. Januar 2003 eröffnete in dem Gebäude, in dem sich die Mieträume befinden, die „Bar und Café Ü.“. Der Beklagte erhielt am 17. Dezember 2002 die Schlüssel für die Mieträume, in denen er am 10. Januar 2003 einen Backshop mit Café eröffnete. Er zahlte für Dezember 2002 keine und für den Zeitraum von Januar bis Mai 2003 eine wegen behaupteter Mängel und eines behaupteten Verstoßes gegen das Konkurrenzschutzgebot geminderte Miete und zwar am 6. März 2003: 12 898,62 €, am 3. April 2003: 6909,54 € und am 5. Mai 2003: 6039,54 €, somit insgesamt 25 847,70 €. Für Januar und Februar 2003 minderte er die Miete um jeweils 3000 € netto, für März 2003 um 2250 € netto und für April und Mai 2003 um jeweils 1500 € netto, wovon der Betrag von jeweils 1500 € netto auf die behauptete Verletzung der Konkurrenzschutzklausel und der jeweilige Restbetrag auf die Mängel entfiel.

6 Mit Anwaltschreiben vom 7. Mai 2003 kündigte der Kläger den Mietvertrag fristlos wegen Zahlungsverzugs mit einem Mietzins in Höhe von insgesamt 15 643,18 €. Bei der Berechnung dieses Rückstands legte er eine wegen verspäteter Übergabe auf ein Drittel = 2593,18 € reduzierte Dezembermiete und für die Monate Januar bis Mai 2003 die vertraglich vereinbarte Miete von monatlich 7779,54 €, somit eine geschuldete Miete für die Zeit von Dezember 2002 bis Mai 2003 in Höhe von insgesamt 41 490,88 €, zugrunde.

7 Der Beklagte widersprach der Kündigung und erklärte seinerseits mit Schreiben vom 22. Mai 2003, abgeändert durch Schreiben vom 25. Juni 2003, wegen Verstoßes gegen die Konkurrenzschutzklausel die fristlose Kündigung des Mietvertrages zum 31. August 2003.

8 Nach erfolglosen Vergleichsverhandlungen räumte der Beklagte das Mietobjekt Ende September 2003.

9 Das Landgericht Meiningen hat die Klage und die Widerklage abgewiesen. Gegen das Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht Jena hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Landgerichts abgeändert und der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten hat es zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision des Beklagten.

10 **Aus den Gründen:** Die Revision ist begründet und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

11 I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Die fristlose Kündigung des Klägers sei gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 3 a BGB wirksam. Der Beklagte sei zum Zeitpunkt des Zugangs der fristlosen Kündigung mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete, von dem bei einem Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete auszugehen sei, in Verzug gewesen. Der Gesamtrückstand an Miete und Nebenkosten habe 15 643,18 € betragen und damit den monatlich vereinbarten Betrag von 7779,54 € überstiegen.

12 Der im Mietvertrag vereinbarte Mietzins sei nicht wegen Wuchers sittenwidrig. Zwar liege bei gewerblichen Mietverträgen ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor, wenn die vereinbarte Miete knapp 100% höher sei als die Marktmiete. Hier überschreite der vereinbarte Mietzins den ortsüblichen Mietzins schon nicht um 100%. Ausgehend von der von dem Sachverständigen ermittelten, für die Berechnung des Mietzinses maßgeblichen Fläche von 138 m² ergebe sich unter Berücksichtigung der vereinbarten Nettomiete von 6437,50 € ein Nettomietzins von 46,65 €/m². Dieser Mietzins überschreite den von dem Sachverständigen ermittelten ortsüblichen Mietzins von 23,60 €/m² nicht um 100%. Im Übrigen fehle es an der für eine Sittenwidrigkeit der Miete neben dem auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung erforderlichen verwerflichen Gesinnung des durch den Vertrag objektiv Begünstigten. Die vom Kläger vorgelegte Halbjahresanalyse der ortsansässigen Makler weise für 1 a-Lagen Gewerberaumieten zwischen 37,50 €/m² im 1. Halbjahr 2003 und 40 €/m² im 1. Halbjahr 2002 aus. Dagegen beliefen sich die Quadratmeterpreise für Ladenlokale in der 1 b-Lage lediglich auf 10 €/m² bis 13 €/m². Da es oft schwierig sei zu entscheiden, ob ein in guter Geschäftslage liegendes Objekt der 1 a-Lage oder der 1 b-Lage zuzuordnen sei, ergebe sich eine Preisspanne von 10 € bis 40 €. Einem privaten Vermieter, der einen Mietpreis im Bereich der dargelegten Schwankungsbreite durchgesetzt habe, könne man angesichts der kurzfristig möglichen Mietzinsveränderungen bei der Gewerberaumiete nicht ohne weiteres ein unredliches Verhalten vorwerfen, wenn ein Sachverständiger später zu dem Ergebnis gelange, dass innerhalb der Schwankungsbreite ein um die Hälfte niedrigerer Mietzins marktüblich gewesen wäre. Es müssten dann weitere Umstände für eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Vertragspartners sprechen. Solche Umstände lägen hier nicht vor. Vielmehr sei der Beklagte, der im Zeitpunkt der Anmietung des Mietobjekts bereits mehrere Backshops in der Region unterhalten habe, unternehmerisch nicht derart unerfahren gewesen, dass er bei der Vereinbarung des Mietzinses dem Kläger unterlegen gewesen sei und dieser seine Unerfahrenheit ausgenutzt habe.

13 Ein Verzug mit der Entrichtung von mehr als einer Monatsmiete scheitere auch nicht an der von dem Beklagten geltend gemachten Minderung. Selbst wenn der Beklagte die von dem Kläger in Höhe von 2593,18 € verlangte Miete für Dezember 2002 wegen der behaupteten Nichtgewährung des Gebrauchs nicht geschuldet hätte und die von ihm für die Zeit von Januar bis März 2003 angenommene Minderung wegen angeblicher Mängel in Höhe von insgesamt 3750 € netto berechtigt gewesen wäre, somit der Minderungsbetrag insgesamt 6343,18 € betragen hätte, verbliebe zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung des Klägers ein Mietzinsrückstand, der eine Monatsmiete übersteige.

14 Gegenüber diesem Anspruch habe dem Beklagten auch kein Zurückbehaltungsrecht in Höhe von 1500 € monatlich wegen der behaupteten Verletzung des vereinbarten Konkurrenzschutzes zugestanden.

15 Die in § 18 des Mietvertrages vereinbarte Konkurrenzschutzklausel sei bei verständiger Würdigung dahin auszulegen, dass der Kläger dem Beklagten Konkurrenzschutz lediglich in Bezug auf künftig abzuschließende weitere Mietverträge zugesagt habe. Aus den nicht angegriffenen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils ergebe sich aber, dass bereits zu Vertragsbeginn im Obergeschoss des Anwesens das Café Ü. als gastronomische Einrichtung existiert habe. Diese Feststellungen stünden im Einklang mit dem klägerischen Vortrag, wonach der mit dem Konkurrenten bestehende Mietvertrag bereits im März 2003 (richtig: 2002) geschlossen worden sei. Der Kläger sei auch nicht verpflichtet gewesen, dem Beklagten den Umfang des von dem Café Ü. angebotenen Warensortiments zu offenbaren. Vielmehr habe der Beklagte, dem bei Vertragsschluss die Vermietung der Räume an das Café Ü. bekannt gewesen sei, selbst Erkundigungen über die dort angebotenen Waren einholen müssen. Im Übrigen habe der Beklagte nicht ausreichend dargelegt, dass der vereinbarte Konkurrenzschutz verletzt sei. Grundsätzlich erstrecke sich der Konkurrenzschutz nur auf die Fernhaltung solcher Konkurrenten, welche die von dem Beklagten als Hauptartikel seines Geschäfts vertriebenen Waren oder Leistungen ebenfalls als Hauptartikel vertrieben und damit dieselbe Verbrauchergruppe ansprächen. Einen die Ertragslage in der Regel nicht wesentlich beeinträchtigenden Wettbewerb in bloßen Nebenartikeln müsse der Mieter dagegen hinnehmen. Der Beklagte habe aber nicht dargetan, dass das Café Ü. vom Schwerpunkt her auf bäckerspezifische Angebote ausgerichtet und damit einem Backshop vergleichbar sei. Dem Beklagten sei es bei Vertragsschluss ersichtlich darauf angekommen, vor dem Betrieb eines Bäckereigeschäftes geschützt zu werden, das in der näheren Umgebung die gleichen Kunden anspreche wie sein eigenes Unternehmen.

16 Da der Beklagte den Ausspruch der außerordentlichen Kündigung vom 7. Mai 2003 auch zu vertreten habe, sei er dem Kläger dem Grunde nach verpflichtet, den aus der Kündigung entstandenen Schaden zu ersetzen.

17 Im Hinblick auf die Wirksamkeit der Kündigung des Klägers vom 7. Mai 2003 habe die außerordentliche Kündigung des Beklagten vom 22. Mai 2003 bzw. 25. Juni 2003 nicht mehr zur Beendigung des Vertragsverhältnisses führen können, weshalb die Widerklage abzuweisen sei.

18 II. Die Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

19 1. Ohne Erfolg rügt die Revision allerdings, das Berufungsgericht sei rechtsfehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt, der im Mietvertrag vereinbarte Mietzins sei nicht sittenwidrig überhöht.

20 a) Zwar beanstandet die Revision zu Recht, dass das Berufungsgericht bei seiner Annahme, der vereinbarte Mietzins übersteige den ortsüblichen Mietzins nicht um 100%, sondern liege knapp darunter, unzutreffend von der im Sachverständigenutachten mit 138 m² festgestellten Gesamtmietfläche ausgegangen ist. Das Berufungsgericht hätte vielmehr die für die Berechnung des im Mietvertrag mit 6370 € netto vereinbarten Mietzinses maßgebliche Hauptnutzungs- und Verkehrsfläche zugrunde legen müssen, die nach den Feststellungen des Sachverständigen lediglich 130,52 m² beträgt.

21 Dieser Fehler wirkt sich jedoch auf die Entscheidung nicht aus. Denn das Berufungsgericht ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats davon ausgegangen, dass ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung bereits dann vorliegt, wenn die vereinbarte Miete – wie hier – knapp 100% höher ist als die ortsübliche Miete (Senatsurteile vom 14. Juli 2004 – XII ZR 352/00 – NJW 2004, 3553, 3554 [= GuT 2004, 225] und BGHZ 141, 257, 262 [= WuM 1999, 527]; BGHZ 146, 298, 302).

22 b) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht bei der Annahme, es fehle an einer verwerflichen Gesinnung des Klägers, keine Ausführungen und Beweisanträge des Beklagten übergangen.

23 Das Berufungsgericht hat unter Berücksichtigung der ständigen Rechtsprechung des Senats, nach der bei gewerblichen Mietverträgen allein aus einem auffälligen Missverhältnis zwischen der vereinbarten und der marktüblichen Miete noch nicht auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten geschlossen werden kann, geprüft, ob das bestehende auffällige Missverhältnis für den Kläger erkennbar war (Senatsurteile vom 14. Juli 2004 – XII ZR 352/00 – NJW 2004, 3553, 3555 [= GuT 2004, 225], vom 13. Juni 2001 – XII ZR 49/99 – NJW 2002, 55, 57 [= GuT 2002, 9] und vom 31. Oktober 2001 – XII ZR 159/99 – BGH-Report 2002, 224). Dabei ist es unter Berücksichtigung der von dem Kläger vorgelegten Halbjahresanalyse der ortsansässigen Makler davon ausgegangen, dass dem Kläger angesichts der erheblichen Unterschiede der Mietpreise für Objekte in der 1 a- und der 1 b-Lage und der Schwierigkeit zu entscheiden, welcher genauen Lage das Objekt zuzuordnen sei, nicht ohne Weiteres ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden könne. Andere Umstände, die eine verwerfliche Gesinnung des Klägers begründen könnten, hat das Berufungsgericht nicht festzustellen vermocht.

24 Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht dadurch, dass es nicht ausdrücklich auf die von dem Beklagten behauptete Überrumpelung durch den Kläger bei Abschluss des Mietvertrages und dessen Tätigkeit auf dem Gebiet der Immobilienerrichtung, -verwertung, sowie -verwaltung eingegangen ist, nicht gegen Art. 103 GG verstoßen.

25 Zwar verpflichtet das Gebot des rechtlichen Gehörs das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Art. 103 Abs. 1 GG ist aber erst verletzt, wenn sich im Einzelfall klar ergibt, dass das Gericht dieser Pflicht nicht nachgekommen ist. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Gericht das Vorbringen der Parteien zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat. Das Gericht ist dabei nicht verpflichtet, sich mit jedem Vorbringen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu befassen. Deshalb müssen im Einzelfall besondere Umstände deutlich machen, dass tatsächliches Vorbringen entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidung nicht erwogen worden ist (BVerfGE 86, 133, 145 f.).

26 Solche besonderen Umstände sind hier nicht gegeben. Vielmehr hat das Berufungsgericht der von dem Beklagten behaupteten Überrumpelung im Hinblick darauf, dass dieser im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages bereits mehrere Backshops in der Region betrieb und deshalb unternehmerisch nicht derart unerfahren war, dass er bei der Vereinbarung des Mietzinses dem Kläger unterlegen gewesen wäre und dieser seine Unerfahrenheit ausgenutzt hätte, zu Recht kein entscheidendes Gewicht beigemessen. Angesichts der besonderen Erfahrung des Beklagten und der sich aus der Halbjahresanalyse der ortsansässigen Makler ergebenden Mietpreise kam auch der Tätigkeit des Klägers auf dem Immobiliensektor für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit keine eigenständige Bedeutung zu.

27 2. Die Revision rügt weiter ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen Art. 103 GG ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten wegen Verletzung der vereinbarten Konkurrenzschutzklausel verneint.

28 a) Das Berufungsgericht hat die in § 18 des Mietvertrages getroffene Vereinbarung der Parteien, in der sich der Kläger gegenüber dem Beklagten verpflichtet hat, im selben Gebäude kein Bäckercafé zu vermieten, in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise dahin ausgelegt, dass der Kläger nur vor der Konkurrenz eines vom Konzept her einem Backshop mit Café gleichenden, vom Schwerpunkt auf bäckerspezifische Angebote ausgerichteten Betriebs geschützt werden sollte, nicht aber generell vor gastronomischen Einrichtungen. Wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, liegt der Schwer-

punkt des auf einen Barbetrieb ausgerichteten Café Ü. nicht in der Versorgung von Gästen mit Kaffeespezialitäten und Backwaren. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht dabei den Vortrag des Beklagten berücksichtigt, wonach das Café Ü. auch Kaffeespezialitäten mit backspezifischen Waren anbietet.

29 3. Das Berufungsgericht hat jedoch – wie die Revision zu Recht rügt – rechtsfehlerhaft angenommen, die dem Beklagten am 9. Mai 2003 zugegangene Kündigung des Klägers vom 7. Mai 2003 sei gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB wirksam, weil der Gesamtrückstand der Miete einschließlich Nebenkosten für die Zeit von Januar bis Mai 2003 zum Zeitpunkt der Zustellung der Kündigung den Mietzins für einen Monat überstiegen habe.

30 a) Nicht zu beanstanden ist, dass das Berufungsgericht § 2 Nr. 6 a des Mietvertrages, der die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung regelt, nicht ausdrücklich erwähnt und ausschließlich auf § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB abstellt. Denn § 2 Nr. 6 a des Mietvertrages stimmt weitgehend mit § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB überein, nach dem für eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund der Verzug mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete für zwei aufeinander folgende Termine ausreicht. § 2 Nr. 6 a des Mietvertrages konkretisiert lediglich den nicht unerheblichen Teil dahin, dass der Verzug mit einem Betrag, der eine Monatsmiete übersteigt, ausreicht. Ein Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete ist auch gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB als nicht unerheblich anzusehen. Das ergibt sich aus § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB, der dies für die Wohnraummiete ausdrücklich regelt. Da § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB eine Schutzvorschrift zugunsten des Wohnraummietlers ist, ist nach einhelliger Auffassung ein Mietrückstand von einer Monatsmiete bei gewerblichen Mietverhältnissen erst recht erheblich (BGH Urteil vom 15. April 1987 – VIII ZR 126/86 – NJW-RR 1987, 903, 905 [= WuM 1987, 317] zu § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB a. F.; Palandt/Weidenkaff 67. Aufl. § 543 BGB Rdn. 24; Both NJW 1970, 2197). Im Hinblick auf die Übereinstimmung mit § 2 Nr. 6 a des Mietvertrages durfte das Berufungsgericht allein auf die gesetzliche Regelung des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a BGB abstellen.

31 b) Zutreffend ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte sei bei Zugang der Kündigung mit mehr als einer Monatsmiete in Verzug gewesen. Miete im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB und damit gemäß § 2 Nr. 6 des Mietvertrages ist die Grundmiete zuzüglich der Nebenkostenvorauszahlung (Senatsurteil vom 10. Oktober 2001 – XII ZR 307/98 – BGHReport 2002, 225 m.w.N.; Stempel Mietrecht 3. Aufl. IV Rdn. 402), hier somit ein Betrag von monatlich insgesamt 7779,54 €.

32 Das Berufungsgericht hat zugunsten des Beklagten unterstellt, dass dieser die von dem Kläger für Dezember 2002 in Höhe von 2593,18 € verlangte Miete wegen Nichtgewährung des Gebrauchs und die Miete für die Zeit von Januar bis März 2003 wegen verschiedener Mängel in Höhe von 3750 € (richtig: 3750 € zzgl. 16% MwSt. = 4350 €), folglich in Höhe von insgesamt 6343,18 € (richtig: 6943,18 €), nicht geschuldet habe. Davon ist im Revisionsverfahren auszugehen. Der Betrag von 6943,18 € ist somit bei der Berechnung des Rückstandes von dem für die Zeit von Dezember 2002 bis Mai 2003 vertraglich noch geschuldeten Mietzins von 15 643,18 € in Abzug zu bringen. Danach bestand zur Zeit des Zugangs der Kündigung des Klägers ein Mietzinsrückstand von 8700 €, der sich aus den wegen der behaupteten Verletzung des Konkurrenzschutzgebots von den Mieten für Januar bis Mai 2003 monatlich jeweils einbehaltenen 1500 € zuzüglich 16% MwSt. zusammensetzt. Einer anderen Verrechnung der geleisteten Zahlungen steht die ausdrückliche Leistungsbestimmung des Beklagten entgegen (§ 366 Abs. 1 BGB).

33 Mit diesem die monatliche Miete von 7779,54 € übersteigenden Gesamtbetrag befand sich der Beklagte zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 9. Mai 2003 gemäß § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Verzug, da die Miete gemäß § 4 des Miet-

vertrages monatlich im Voraus, spätestens bis zum dritten Werktag des Monats zur Zahlung fällig war.

34 c) Zu Unrecht geht das Berufungsgericht jedoch davon aus, dass dieser Rückstand die weitere Voraussetzung des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB erfüllt, indem er für zwei aufeinander folgende Termine angefallen ist. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts genügt hierfür nicht, dass sich der Rückstand in Höhe von mehr als einer Monatsmiete aus Einzelbeträgen zusammensetzt, die für einen Zeitraum von mehr als zwei aufeinander folgenden Terminen angefallen sind (wie das Berufungsgericht: OLG Düsseldorf DWW 2006, 240 [= GuT 2006, 138]; Schmidt-Futterer/Blank Mietrecht 9. Aufl. § 543 BGB Rdn. 109). § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB setzt vielmehr voraus, dass der Gesamtrückstand von mehr als einer Monatsmiete aus zwei aufeinander folgenden Monatsmieten resultiert (BGH Urteil vom 15. April 1987 – VIII ZR 126/86 – NJW-RR 1987, 903 [= WuM 1987, 317]; MünchKomm/Bieber 5. Aufl. § 543 Rdn. 46; Staudinger/Emmerich <2006> § 543 BGB Rdn. 52; Bub/Treier/Grapentin Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. IV Rdn. 178; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann Geschäftsraummiete Kap. 15 Rdn. 210; Gramlich Mietrecht § 553 Rdn. 10; Both NJW 1970, 2197). Diese Auslegung von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a BGB ergibt sich aus dem Wortlaut, der systematischen Stellung und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift.

35 Schon der Wortlaut: „wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung eines nicht unerheblichen Teils der Miete (§ 2 Nr. 6 des Mietvertrages: mit einem Betrag, der eine Monatsmiete übersteigt) in Verzug ist“, spricht dafür, dass der Rückstand aus zwei aufeinander folgenden Monaten herrühren muss.

36 Zudem lassen die beiden Regelungen in § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a und b (§ 2 Nr. 6 a und b des Mietvertrages) erkennen, dass der Fall, in dem der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Mietzahlung in Verzug ist, abweichend von dem Fall, in dem der Verzug sich über einen Zeitraum von mehr als zwei Terminen erstreckt, dahin geregelt werden soll, dass im ersten Fall ein Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete ausreicht, während im zweiten Fall ein Rückstand in Höhe von zwei Monatsmieten erforderlich ist. Dieser Wille des Gesetzgebers ist auch den Gesetzesmaterialien zu § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB a. F. (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a und Nr. 3 b BGB) zu entnehmen. Danach sollten in § 554 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB a. F. zwei selbständige Tatbestände geregelt werden, nämlich der des Verzugs für zwei aufeinander folgende Termine, bei dem der Rückstand mit mehr als einer Monatsmiete für die außerordentliche fristlose Kündigung ausreicht, und der des Verzugs in einem Zeitraum, der sich über mehr als zwei Termine erstreckt, bei dem aber ein Rückstand von zwei Monatsmieten erforderlich ist (Materialien zum Ersten Gesetz zur Änderung mietrechtlicher Vorschriften vom 29. Juli 1963, Bundestag 4. Wahlperiode 12. Ausschuss Stenografisches Protokoll 56. Sitzung des Rechtsausschusses vom 12. Juni 1963 S. 10, 11). § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB erfasst folglich nur die Fälle, in denen Rückstände, die eine Monatsmiete übersteigen, aus zwei aufeinander folgenden Terminen entstanden sind, wohingegen § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 b BGB die Fälle abdeckt, in denen sich die Rückstände aus mehr als zwei aufeinander folgenden Terminen ergeben. Da sich der Gesamtrückstand des Beklagten über einen Zeitraum von Januar bis Mai 2003 und damit über mehr als zwei Termine erstreckte, ohne die Höhe von zwei Monatsmieten zu erreichen, liegen die Voraussetzungen für eine fristlose Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB bzw. § 2 Nr. 6 a des Mietvertrages nicht vor.

37 4. Der Senat kann in der Sache nicht abschließend entscheiden, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die von dem Beklagten geltend gemachte Minderung wegen behaupteter Mängel in der Zeit von Januar bis März 2003 und wegen Nichtgewährung des Gebrauchs im Dezember 2002 berechtigt ist. Andernfalls hätte der Mietzinsrückstand zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung des Klä-

gers, am 9. Mai 2003, zwei Monatsmieten erreicht, so dass die Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 b BGB wirksam wäre. Ist dies nicht der Fall, wäre die Kündigung des Klägers unwirksam und zu prüfen, ob die Kündigung des Beklagten vom 22. Mai 2003 den Mietvertrag beendet hat und der Kläger zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet ist. Der Rechtsstreit war deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§ 543 BGB; §§ 4, 16 SchuldRAnpG
Grundstücksmiete; Erholungsgrundstück;
jährlicher Mietzahlungstermin;
Zahlungsverzug über mehr als einen Termin;
Sonderkündigungsrecht gegenüber Erben des Nutzers;
Schuldrechtsanpassung**

a) Die Regelung des § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB, nach der der Vermieter das Mietverhältnis nur dann fristlos kündigen kann, wenn der Mieter für mehr als einen Termin mit der Entrichtung der Miete ganz oder teilweise in Verzug geraten ist, gilt unabhängig davon, ob die Miete monatlich oder in längeren Zeitabschnitten – hier: jährlich – zu entrichten ist.

b) Das Sonderkündigungsrecht, das § 16 SchuldRAnpG dem Grundstückseigentümer für den Fall des Todes des Nutzers gegenüber dessen Erben einräumt, besteht nicht gegenüber einem Erben, der aufgrund eines vor dem Beitritt erfolgten Erbfalls seinerseits Nutzer des Grundstücks geworden ist.

(BGH, Urteil vom 17. 9. 2008 – XII ZR 61/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Räumung und Herausgabe eines in der Gemeinde B. in Brandenburg belegenen und 1998 an sie nach dem Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen zurückgegebenen Grundstücks.

2 Der Rat der Gemeinde B. hatte mit dem Vater der Beklagten 1962 einen als Mietvertrag überschriebenen Vertrag über die entgeltliche Nutzung des Grundstücks geschlossen. Der Vater sollte berechtigt sein, das dort „vorhandene, mit einem Notdach versehene Gebäude nach seinem Geschmack auszubauen, einen Zaun aufzustellen und andere Einrichtungen zu schaffen, die seiner Erholung dienen“. Der Vertrag sollte vom 1. Oktober 1962 bis 30. September 1967 gelten und sich jeweils um ein Jahr verlängern, wenn er nicht sechs Monate vor Beendigung gekündigt würde. Der monatliche Mietpreis sollte bis zum 10. eines jeden Monats gezahlt werden.

3 Nach dem Tod ihrer Eltern (der Vater verstarb 1979, die Mutter 1989), aber vor dem Wirksamwerden des Beitritts begründete die Beklagte auf dem Grundstück ihren Hauptwohnsitz. In der Folgezeit wurde das Nutzungsentgelt wiederholt erhöht; außerdem wurde nunmehr ein Jahresentgelt vereinbart, das unstreitig als Einmalbetrag – und zwar nach der Behauptung der Klägerin jährlich im Voraus – gezahlt werden sollte. Die Zahlung des Entgelts für 1998/1999 erfolgte im Juni 1999, für 1999/2000 im Februar 2000, für 2000/2001 und für 2001/2002 jeweils im Januar 2001 bzw. 2002, für 2002/2003 im Dezember 2002, für 2003/2004 und 2004/2005 jeweils im Oktober 2003 bzw. 2004. Die Zahlung des Entgelts für 2005/2006 erfolgte am 31. Mai und 2. Juni 2006, nachdem die Klägerin das Nutzungsverhältnis mit Schreiben vom 24. Mai 2006 fristlos, hilfsweise zum 30. September 2007, gekündigt hatte und ihre Prozessbevollmächtigten die an sie abgetretene Entgeltforderung im Mahnverfahren geltend gemacht hatten.

4 Im Berufungsrechtszug kündigte die Klägerin das Nutzungsverhältnis mit Schreiben vom 10. Oktober 2006 nunmehr unter Berufung auf § 16 SchuldRAnpG, weil ihr erst jetzt bekannt geworden sei, dass die Eltern der Beklagten verstorben seien. Ferner erklärte sie mit Schreiben vom 17. Oktober 2006

die Kündigung wegen vertragswidriger Nutzung des Grundstücks zu Wohnzwecken. Mit Schreiben vom 7. November 2006 kündigte sie das Nutzungsverhältnis erneut, weil die Beklagte das Entgelt für 2006/2007 nicht geleistet habe.

5 Das Amtsgericht Königs Wusterhausen hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung hat das Landgericht Potsdam zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr erstinstanzliches Begehren weiter.

6 **Aus den Gründen:** Die Entscheidung beruht, unbeschadet der Säumnis der Beklagten, auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81 ff.). Das zulässige Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

7 I. Nach Auffassung des Landgerichts steht der Klägerin gegen die Beklagte ein Anspruch auf Räumung und Herausgabe des Grundstücks nicht zu. Die Klägerin habe mit ihrem Schreiben vom 24. Mai 2006 das zwischen den Parteien bestehende Nutzungsverhältnis nicht wirksam nach § 543 BGB gekündigt, da sich die Beklagte mit der (am 31. Mai und 2. Juni 2006 erfolgten) Zahlung des Mietzinses für 2005/2006 nicht im Verzug befunden habe. Nach den getroffenen Abreden habe das Nutzungsentgelt zwar nicht mehr, wie ursprünglich vorgesehen, monatlich (bis zum 10. des jeweiligen Kalendermonats), sondern nunmehr als Jahresbetrag (jeweils für die Zeit vom 1. Oktober bis 30. September) entrichtet werden müssen. Die Klägerin habe indes nicht bewiesen, dass – nach der Umstellung auf eine jährliche Zahlungsweise – die bisherige Vorauszahlung des Mietzinses habe beibehalten werden sollen; allerdings hätten die Parteien im Hinblick auf die bisherige Handhabung die gesetzliche Regelung, die eine quartalsweise Zahlung vorsehe (§ 551 Abs. 2 BGB a. F. i. V. m. Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB), abbedungen.

8 Auch die Nutzung des Grundstücks zu Wohnzwecken rechtfertige eine außerordentliche Kündigung des Nutzungsverhältnisses im Hinblick auf § 24 Abs. 3 SchuldRAnpG nicht. Nach dieser Vorschrift sei der eigenmächtige Übergang zur dauernden Wohnnutzung eines Grundstücks nur dann als vertragswidriges Verhalten einzustufen, wenn der Vertragspartner dem ausdrücklich widersprochen habe. Einen solchen Widerspruch durch die staatlichen Organe der DDR bzw. nach dem Beitritt durch die Gemeinde B., denen die Wohnnutzung aufgrund der Ummeldung der Beklagten bekannt gewesen sei, habe die Klägerin nicht vorgetragen. Im Übrigen wäre eine – erstmals im Berufungsverfahren – auf vertragswidrige Wohnnutzung durch die Klägerin gestützte Kündigung verwirkt, nachdem die Klägerin diese Nutzung seit der Übernahme der Verwaltung (1998) stets hingenommen habe. Aus dem Umstand, dass die Klägerin sämtliche für die Beklagte bestimmten Schreiben an die Adresse des von dieser genutzten Grundstücks gerichtet und diese Adresse in der Klagschrift auch als deren ladungsfähige Anschrift angegeben habe, ergebe sich, dass die Klägerin von einem dauernden Aufenthalt der Beklagten auf dem Grundstück ausgegangen sei.

9 Auch die auf § 16 SchuldRAnpG gestützte Kündigung vom 10. Oktober 2006 habe das Nutzungsverhältnis nicht beendet. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift, die dem Eigentümer beim Tod des Nutzers ein außerordentliches Kündigungsrecht einräume, lägen nicht vor. Vielmehr sei die Beklagte als Erbin ihrer Eltern vor dem Beitritt selbst Nutzerin des Grundstücks geworden, denn die auf den §§ 312 ff. des Zivilgesetzbuchs der DDR (im folgenden: ZGB) beruhende Rechtsposition des Nutzungsberechtigten sei ein dem Wesen des persönlichen Eigentums entsprechendes Recht im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 2 ZGB und habe deshalb gemäß § 362 Abs. 2 ZGB vererbt werden können.

10 Eine Umdeutung der außerordentlichen Kündigung der Klägerin in eine ordentliche Kündigung sei im Hinblick auf § 23 SchuldRAnpG ausgeschlossen.

11 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Räumungs- und Herausgabeverlangen der Klägerin ist nicht begründet.

12 1. Zwischen den Parteien besteht ein Vertrag über die entgeltliche Nutzung des Grundstücks. Das ergibt sich bereits aus der bisherigen Handhabung der Parteien. Die Klägerin hat spätestens seit 1998 – selbst handelnd – die Nutzung des Grundstücks durch die Beklagte hingenommen und dafür ein Entgelt verlangt und vereinnahmt.

13 Das Nutzungsverhältnis über das Grundstück ist als Mietvertrag im Sinne des § 535 BGB anzusehen (zur Anwendbarkeit des BGB vgl. § 6 SchuldRAnpG). Das ergibt sich bereits aus dem ursprünglichen, vom Vater der Beklagten 1962 abgeschlossenen und von den Parteien fortgesetzten Vertrag, der – noch unter der Geltung des BGB – als Mietvertrag bezeichnet war und eine Nutzung des Grundstücks zu Erholungszwecken vorsah. Der Umstand, dass der Vater – nach dem später geltenden Recht sogar ausdrücklich (vgl. § 2 Abs. 2 EGZGB i.V.m. § 313 Abs. 1 Satz 2 ZGB) – auch berechtigt war, sich den Ertrag von ihm vorgenommener Anpflanzungen anzueignen, steht der Qualifikation als Mietvertrag nicht entgegen; denn dieses Fruchtziehungsrecht (vgl. § 581 Abs. 1 Satz 1 BGB) hat das Nutzungsverhältnis jedenfalls nicht vorrangig geprägt (zur Abgrenzung von Miet- und Pachtvertrag vgl. etwa MünchKomm/Harke BGB 4. Aufl. § 581 Rdn. 16 m.w.N.).

14 2. Die Klägerin hat diesen Mietvertrag nicht wirksam gekündigt.

15 a) Eine außerordentliche Kündigung nach § 543 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 BGB (zur Anwendbarkeit des neuen Mietrechts auf Altverträge vgl. Art. 229 § 3 Nr. 1 EGBGB e contr.) kommt nicht in Betracht. Nach dieser Vorschrift kann der Vermieter das Mietverhältnis fristlos kündigen, wenn der Mieter für mehr als einen Termin mit der Entrichtung der Miete ganz oder teilweise in Verzug geraten ist; dies gilt unabhängig davon, ob die Miete monatlich oder in längeren Zeitabschnitten – etwa jährlich – zu entrichten ist. Daran fehlt es im vorliegenden Fall. Die Beklagte hat die Miete für 2005/2006 am 31. Mai und 2. Juni 2006 entrichtet. Auch wenn man – mit dem Vortrag der Klägerin – von einer vereinbarten Vorfälligkeit des Jahresmietzinses am 1. Oktober 2005 bzw. am 1. Oktober 2006 für den neu beginnenden Mietzeitraum (Oktober 2005 bis September 2006; Oktober 2006 bis September 2007) ausgeht, war die Beklagte zu keinem Zeitpunkt mit der Miete für mehr als einen Termin in Verzug. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Parteien keinerlei Abrede über die Fälligkeit getroffen hätten und der vereinbarte Mietzins pro Jahr deshalb gemäß § 551 Abs. 2 BGB a. F. (= § 579 Abs. 1 Satz 3 BGB n. F.; vgl. Art. 229 § 3 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB) zu je 1/4 quartalsweise zu zahlen wäre. Dies hat die Klägerin jedoch nicht, auch nicht hilfsweise, vorgetragen und wäre auch mit der bisherigen Handhabung der Parteien, nach der der Jahresmietzins stets als Einmalbetrag gezahlt wurde, nicht zu vereinbaren.

16 b) Auch die Nutzung des Grundstücks zu Wohnzwecken rechtfertigt eine außerordentliche Kündigung nach § 543 Abs. 1, 3 BGB nicht; denn insoweit fehlt es bereits an der von § 543 Abs. 3 Satz 1 BGB geforderten Abmahnung, die der Kündigung vorausgehen muss. Im Übrigen wäre eine auf die Wohnnutzung des Grundstücks gestützte Kündigung auch verwirkt (§ 242 BGB). Nach den – durchaus plausiblen, jedenfalls aber revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden – tatrichterlichen Feststellungen war der Klägerin bereits seit der Übernahme der Verwaltung des Grundstücks (1998) bekannt, dass die Beklagte auf dem Grundstück ihren Lebensmittelpunkt genommen hatte; nichts anderes gilt für die zuvor im Auftrag des Grund-

stückseigentümers tätige Verwalterin. Die Beklagte durfte sich deshalb bei objektiver Betrachtung darauf einrichten, dass ihr die – jedenfalls seit 1990 praktizierte – Nutzung des Grundstücks zu Wohnzwecken von der Klägerin, die – ebenso wie die frühere Verwalterin – die Beklagte stets unter der Adresse des Grundstücks angeschrieben hat, auch künftig nicht verweigert würde. Unter diesen Umständen widerspricht es Treu und Glauben, wenn die Klägerin trotz dieser seit längerem bestehenden Kenntnis und Duldung die Wohnnutzung der Beklagten nunmehr erstmals im Berufungsverfahren beanstandet und als Kündigungsgrund gleichsam „nachgeschoben“ hat.

17 c) Der Klägerin steht auch kein Sonderkündigungsrecht nach § 16 SchuldRAnpG zu.

18 Zwar unterliegt das Mietverhältnis mit der Beklagten dem Schuldrechtsanpassungsgesetz. Denn deren Nutzungsrecht an dem Grundstück beruht ursprünglich auf dem von ihrem Vater 1962 geschlossenen Mietvertrag, der – wie dargelegt – eine Nutzung des Grundstücks zur „Erholung“ vorsah (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 3 SchuldRAnpG). Die durch diesen Vertrag begründeten Rechte und Pflichten sind – vor dem Beitritt – mit dem Tod der Eltern der Beklagten auf diese als Erbin (ihrer Eltern) bzw. Erbeserbin (ihres Vaters) übergegangen. Die Erbfolge nach den Eltern der Beklagten bestimmt sich, weil vor dem Beitritt verstorben, nach dem Recht des ZGB (Art. 235 Abs. 1 Satz 1 EGBGB). § 363 ZGB sieht eine Gesamtnachfolge des Erben in das Vermögen des Erblassers vor. Vererbbares Vermögen ist das Eigentum des Erblassers. Darunter fallen alle zum persönlichen Eigentum im Sinne des § 23 ZGB gehörenden Rechte (Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19. Juni 1975 und zum Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19. Juni 1975, herausgegeben vom Ministerium der Justiz, 1983, § 363 ZGB Anm. 2.1.). Dazu zählen auch die Rechte des Nutzers – hier der Eltern der Beklagten – aus einem Grundstücksnutzungsvertrag (Kommentar zum Zivilgesetzbuch a. a. O. § 313 ZGB Anm. 3.2. a.E.; Rövekamp, Schuldrechtsanpassung, 2. Aufl., Rdn. 229). Die Erbenstellung der Beklagten hat das Landgericht, wenn auch ohne nähere Herleitung, festgestellt. Sie folgt aus der gesetzlichen Erbfolge der Beklagten als einzigem Kind seiner Eltern, das nach § 365 Abs. 1 Satz 1 ZGB gemeinsam und zu gleichen Teilen mit seiner Mutter seinen Vater und – nach dem Tod auch der Mutter – diese beerbt hat. Der Umstand, dass der somit von der Beklagten als Rechtsnachfolgerin ihrer Eltern fortgesetzte Vertrag nach dem Beitritt geändert worden ist, indem die Vertragsparteien den bisherigen monatlichen Mietzins durch die Vereinbarung eines Jahresentgelts ersetzt haben, steht der Anwendung des Schuldrechtsanpassungsgesetzes nicht entgegen (Senatsurteil vom 11. Juli 2007 – XII ZR 113/05 – NJW-RR 2008, 97 [= WuM 2007, 676]).

19 Das Kündigungsrecht, das § 16 SchuldRAnpG dem Grundstückseigentümer für den Fall des Todes des Nutzers gegenüber dessen Erben einräumt, besteht jedoch nicht gegenüber einem Erben, der – wie hier die Beklagte – aufgrund eines vor dem Beitritt erfolgten Erbfalls seinerseits Nutzer des Grundstücks geworden ist. Das ergibt sich bereits aus dem auf künftige Erbfälle abstellenden Wortlaut der Vorschrift („Stirbt der Nutzer, ist ... der Grundstückseigentümer zur Kündigung ... berechtigt“). Es folgt im Übrigen aus Sinn und Zweck der Regelung: Die vom SchuldRAnpG vorgesehenen befristeten Kündigungsbeschränkungen (vgl. § 23 SchuldRAnpG) dienen in erster Linie dem Schutz des Nutzers, der im Vertrauen auf den Fortbestand der vertraglichen Bindung vielfach persönliche Dispositionen getroffen hat. Stirbt der Nutzer, ist für einen weitergehenden Dispositionsschutz kein Raum. Der Grundstückseigentümer soll deshalb den Vertrag nach den Vorschriften des BGB gegenüber dem Erben fristgerecht kündigen können. Dieses Kündigungsrecht ist aber nur dann sinnvoll, wenn der Erbe nicht seinerseits Nutzer des Grundstücks (im Sinne des § 4 SchuldRAnpG) ist und in dieser Eigenschaft seinerseits den vom SchuldRAnpG angestrebten Dispositionsschutz beanspruchen kann. Das ist dann der Fall, wenn der Erbe das Nutzungsrecht

Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2006-2007

Preis: 15,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Sonderpreise für GuT-Einbanddecken und
Bestelladresse in diesem Heft Seite 412

Lieferung solange vorrätig.

bereits vor dem Beitritt durch Erbfall erlangt hat. Denn die Rechtsposition des Nutzers ist unabhängig davon schutzwürdig, ob das Nutzungsrecht auf einem mit dem Nutzer selbst geschlossenen Vertrag beruht oder – wie hier – als vertragliches Recht des Erblassers von ihm im Erbgang erworben worden ist.

20 d) Eine – von der Klägerin hilfsweise erklärte – ordentliche Kündigung kommt jedenfalls derzeit nicht in Betracht, da § 23 SchuldRAnpG eine solche Kündigung ausschließt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 546 BGB; § 91a ZPO

Geschäftsraummiete; Rückgabe der Mietsache; Schlüsselrückgabe; unvollständige Räumung

1. Zur Räumung i. S. des § 546 BGB gehört grundsätzlich die Übergabe aller Schlüssel.

2. Die Rückgabe nur eines Schlüssels kann genügen, wenn daraus der Wille des Mieters zur endgültigen Besitzaufgabe hervorgeht und dem Vermieter ein ungestörter Gebrauch ermöglicht wird. Hieran fehlt es, wenn sich noch eine Kaffeemaschine, eine Garderobe, Bekleidung, Computierzubehör, Computerteile und Geschäftspost in den Räumlichkeiten befinden.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. 3. 2008 – I-10 W 4 + 21/08)

Aus den Gründen: Die gemäß §§ 91 a Abs. 2, 567 ZPO zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Nachdem die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärt haben, ist gemäß § 91 a ZPO durch Beschluss über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen zu entscheiden. Im Rahmen der Ermessensentscheidung sind nach allgemeiner Meinung die Grundgedanken des Kostenrechts heranzuziehen, die sich aus den §§ 91 ff ZPO ergeben. Bei der Kostenentscheidung ist daher wesentlich mit darauf abzustellen, ob das Begehren in der Hauptsache ohne das erledigende Ereignis Erfolg gehabt hätte oder nicht. Folglich sind regelmäßig demjenigen die Kosten aufzuerlegen, der voraussichtlich unterlegen wäre.

Gemessen an diesen Grundsätzen sind die Kosten des Rechtsstreits entgegen der Auffassung des Landgerichts insgesamt den Beklagten aufzuerlegen. Nach den getroffenen Feststellungen endete das Mietverhältnis der Parteien am 31. 3. 2007, so dass sich die Beklagten seitdem mit der Rückgabe der Mietsache in Verzug befanden, § 284 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Der Rückgabeanpruch des Vermieters aus § 546 BGB umfasst außer der Verschaffung der tatsächlichen Gewalt auch die Räumung. Hierzu gehört – wie die Kammer zutreffend ausführt – grundsätzlich die Übergabe aller Schlüssel. Diese ist jedoch nicht bereits am 16. 6. 2007 erfolgt, denn an diesem Tag hat der Beklagte zu 3) der Klägerin unbestritten lediglich die Rückgabe eines Schlüssels angeboten, während sich die weiteren Schlüssel nach dem mit Schriftsatz der Klägerin vom 2. 1. 2008 überreichten Schreiben der Beklagten von Anfang Juli 2007 auf dem Türöffner befunden haben sollen. Dass die Klägerin hiervon bei der verweigerten Schlüsselrücknahme am 16. 6. 2007 unterrichtet worden ist, ist dem Vortrag der Beklagten nicht zu entnehmen. Sämtliche Schlüssel hat die Klägerin – auch insoweit unbestritten – erst am 6. 7. 2007 zurückerhalten, d. h. nach Zustellung der Klage am 26. 6. 2007. Zwar kann ausnahmsweise die Rückgabe nur eines Schlüssels genügen, wenn daraus der Wille des Mieters zur endgültigen Besitzaufgabe hervorgeht und dem Vermieter ein ungestörter Gebrauch ermöglicht wird (OLG Köln, ZMR 2006, 859 [= GuT 2006, 265 KL]). Hiervon kann jedoch im Streitfall schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Mieträume bei Rückerhalt sämtlicher Schlüssel nicht vollständig geräumt waren. Insbesondere befanden sich noch eine Kaffeemaschine, eine Garderobe, Bekleidung, Computierzubehör, Computerteile und Geschäftspost in den Räumlichkeiten. Insoweit hatten die Beklagten auch ihren Rücknahme-

willen nicht aufgegeben, wie sich bereits daraus ergibt, dass sie diese Sachen später noch abgeholt haben. Vor diesem Hintergrund ist der Hinweis der Kammer auf die Möglichkeit einer Klagerücknahme fernliegend und für eine anteilige Kostenbelastung der Klägerin auch nach Billigkeitserwägungen kein Raum.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

§§ 554, 578 BGB

Raummiete; Duldungspflichtige Maßnahme zur Einsparung von Energie; Anschluss an das KWK-Fernwärmenetz

a) Der Anschluss einer mit einer Gasetagenheizung ausgestatteten Mietwohnung an das aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeiste Fernwärmenetz ist eine Maßnahme zur Einsparung von Energie, die der Mieter nach § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB grundsätzlich zu dulden hat.

b) Die Pflicht zur Mitteilung der zu erwartenden Mieterhöhung (§ 554 Abs. 3 BGB) bezieht sich nur auf die aufgrund von Modernisierungsmaßnahmen zu erwartende Mieterhöhung nach § 559 BGB und nicht auf eine etwa mögliche Erhöhung der Vergleichsmiete nach § 558 BGB. (nur Leitsatz)

(BGH, Urteil vom 24. 9. 2008 – VIII ZR 275/07)

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

5 I. Das Berufungsgericht [LG Berlin] hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit im Revisionsverfahren von Interesse, ausgeführt:

6 Die Klägerin könne gemäß § 554 Abs. 2 BGB die Duldung des Anschlusses der Heizung und der Warmwasserversorgung in der Wohnung der Beklagten an die Fernwärmeversorgung verlangen. Zwar begründe der Anschluss an das Fernwärmenetz regelmäßig keine Wohnwertverbesserung, wenn die betreffenden Räumlichkeiten bereits mit einer Gasetagenheizung ausgestattet seien. Dem Anwendungsbereich des § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB unterfielen indes auch Maßnahmen zur Einsparung von Energie, wie sie durch den Anschluss der Wohnung an das Fernwärmenetz bewirkt werde. Dies führe zu einer Ersparnis an Primärenergie im Verhältnis zu der Erzeugung von Wärme für Heizung und Warmwasser durch die in der Wohnung vorhandene Gasetagenheizung. Die Ersparnis an Primärenergie sei darauf zurückzuführen, dass das Fernwärmenetz überwiegend aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeist werde. Hieraus ergebe sich nach DIN V 4701-10: 2001-02 ein durchschnittlicher Primärenergiefaktor von 0,7, der bei der Gasetagenheizung bei 1,1 liege. Es komme nicht darauf an, ob für die Beheizung der Wohnung tatsächlich weniger Energie verbraucht werde. Es könne auch dahinstehen, ob sich die von der Beklagten zu tragenden Kosten verringerten und insbesondere unter Berücksichtigung einer Mieterhöhung wirtschaftlich seien. Denn der Gesetzgeber habe im volkswirtschaftlichen Interesse an einer Modernisierung des Wohnungsbestandes – auch zum Zwecke der Energieeinsparung – von einer begrenzenden Regelung bewusst abgesehen. Auch die Einsparung (nur) von Primärenergie mit ihren begrenzten Ressourcen werde nach den umweltpolitischen Interessen des Gesetzgebers im Interesse der Allgemeinheit vom Duldungsanspruch nach § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB erfasst.

7 Eine nicht zu rechtfertigende Härte sei für die Beklagte mit dem Anschluss der Wohnung an die Fernwärmeversorgung nicht verbunden. [...]

9 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand, so dass die Revision zurückzuweisen ist. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die im Tenor des Versäumnis- und Schlussurteils vom 2. März 2007 als Modernisierungsmaßnahmen aufgeführten Bauarbeiten in der Mietwohnung zu dulden. Der Anschluss

der Wohnung an das aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeiste Fernwärmenetz ist eine Modernisierungsmaßnahme, zu deren Duldung die Beklagte nach § 554 Abs. 2 BGB verpflichtet ist. Bei den noch strittigen weiteren Arbeiten handelt es sich zum Teil ebenfalls um Modernisierungsmaßnahmen (Kalt- und Warmwasserzähler in Bad und Küche, Verlegung einer Unterputzleitung mit Fehlstromschutzschalter im Bad) und im Übrigen (neue Verfließung der Wände des Bades) um Instandsetzungsarbeiten, die infolge der von der Beklagten zu duldenen Modernisierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen im Bad notwendig werden und deshalb von der Beklagten ebenfalls zu dulden sind.

10 1. Entgegen der Auffassung der Revision steht der Duldungspflicht der Beklagten, soweit es um Modernisierungsmaßnahmen geht, die Bestimmung des § 554 Abs. 3 BGB nicht entgegen. [...]

19 2. Die Beklagte ist verpflichtet, den Anschluss ihrer Wohnung an das aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeiste Fernwärmenetz und die damit verbundenen Arbeiten im Bad und in der Küche ihrer Wohnung zu dulden. Hierbei handelt es sich, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, um eine Maßnahme zur Einsparung von Energie (§ 554 Abs. 2 Satz 1 BGB).

20 a) Das Berufungsgericht hat hierzu festgestellt, dass der Anschluss der Wohnung an das aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeiste Fernwärmenetz nach derzeitigem Erkenntnisstand zu einer Ersparnis an Primärenergie im Verhältnis zur Erzeugung von Wärme für Heizung und Warmwasser durch die in der Wohnung vorhandene Gasetagenheizung führt. Diese Tatsachenfeststellung wird von der Revision nicht angegriffen und ist damit für das Revisionsverfahren bindend (§ 559 Abs. 2 ZPO).

21 b) Die Revision ist der Auffassung, eine Duldungspflicht nach § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB bestehe für die Beklagte nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt gleichwohl nicht. Da das Berufungsgericht offen gelassen habe, ob mit dem Anschluss an die Fernwärmeversorgung nicht nur eine Einsparung an Primärenergie, sondern auch eine Einsparung der in der Wohnung verbrauchten Endenergie verbunden wäre, sei revisionsrechtlich davon auszugehen, dass dies nicht der Fall sei. Zur Duldung des Anschlusses an die Fernwärmeversorgung sei die Beklagte unter dem Gesichtspunkt der Energieeinsparung aber nur dann verpflichtet, wenn für die Beheizung ihrer Wohnung tatsächlich weniger Endenergie verbraucht werde; die bloße Einsparung an Primärenergie reiche nicht aus. Damit dringt die Revision nicht durch.

22 Unabhängig davon, ob mit dem Anschluss der Mietsache an ein aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeistes Fernwärmenetz (auch) eine Verringerung des Endenergieverbrauchs verbunden ist, handelt es sich hierbei um eine Maßnahme zur Einsparung von Energie im Sinne des § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB. Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und dem aus den Gesetzesmaterialien ersichtlichen Zweck der Vorschrift und entspricht auch der in der Rechtsprechung der Instanzgerichte und im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung (LG Berlin, GE 1997, 491; NJW-RR 2001, 1590; GE 2005, 1193; GE 2007, 849; LG Hamburg, NZM 2006, 536; Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl., § 554 Rdnr. 48; Staudinger/Emmerich, BGB (2006), § 554 Rdnr. 19; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl., § 554 Rdnr. 8; Kinne in: Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 554 Rdnr. 74; MünchKommBGB/Bieber, 5. Aufl., § 554 Rdnr. 18; Heilmann, jurisPK-BGB, 3. Aufl., § 554 Rdnr. 12; Schmid, Mietrecht, § 554 Rdnr. 22; Wilcken, NZM 2006, 521 ff.; W. Lorenz in: Blümmel/Blömeke, Die Modernisierung und Instandsetzung von Wohnraum, 3. Aufl., S. 165; vgl. auch Sternel, NZM 2001, 1058, 1059; aA LG Berlin, GE 1988, 731; LG Hamburg, WuM 2002, 375; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Aufl., § 554 BGB Rdnr. 152; Meyer-Harport, NZM 2006, 524 ff.). Ob der Mieter nach § 554

Abs. 2 Satz 1 BGB auch andere Maßnahmen zu dulden hat, mit denen (lediglich) Primärenergie eingespart wird, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung.

23 aa) Eine Verpflichtung des Mieters, den Anschluss der Mietsache an ein aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeistes Fernwärmenetz zu dulden, war erstmals im Gesetz zur Förderung der Modernisierung von Wohnungen und von Maßnahmen zur Einsparung von Heizenergie in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Juli 1978 (BGBl. I, S. 993; im Folgenden: Modernisierungs- und Energieeinsparungsgesetz – ModEnG) normiert. Im Katalog des § 4 Abs. 3 ModEnG war die „Änderung von zentralen Heizungs- und Warmwasseranlagen innerhalb des Gebäudes für den Anschluss an die Fernwärmeversorgung, die überwiegend aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung ... gespeist wird,“ als Beispiel für „bauliche Maßnahmen, die nachhaltig Einsparungen von Heizenergie bewirken (energiesparende Maßnahmen),“ ausdrücklich genannt; diese Maßnahme hatte der Mieter nach § 20 ModEnG – vorbehaltlich einer unzumutbaren Härte – zu dulden. Die Duldungspflicht bezog sich nach der Gesetzesbegründung nicht nur auf die Änderung zentraler Heizungs- und Warmwasseranlagen, sondern auch auf „Stockwerksheizungen“ (BT-Drs. 8/1692, S. 10) wie etwa Gasetagenheizungen.

24 Die Förderung heizenergiesparender Maßnahmen aus öffentlichen Mitteln und die auf solche Maßnahmen bezogene Duldungspflicht des Mieters waren nach dem Modernisierungs- und Energieeinsparungsgesetz nicht von einer Verminderung des Endenergieverbrauchs und einer entsprechenden Energiekostensparnis für den Mieter abhängig; es ging nach der Gesetzesbegründung ganz allgemein darum, dass der Volkswirtschaft auch in Zukunft Energie in ausreichender Menge und zu angemessenen Preisen zur Verfügung steht (a. a. O., S. 1). Dass diese Zielsetzung nicht auf eine Verminderung des Endenergieverbrauchs beschränkt war, sondern auch die Einsparung des Verbrauchs von Primärenergie umfasste, geht aus dem Hinweis auf die „begrenzten Ressourcen“ hervor (a. a. O.). Auf dieser Zielsetzung beruhte die gesetzlich ausdrücklich geregelte Pflicht des Mieters zur Duldung des Anschlusses eines Gebäudes an eine aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeiste Fernwärmeversorgung, auch wenn in den Gesetzesmaterialien zu § 4 Abs. 3 ModEnG der Begriff der Primärenergie noch nicht verwendet wird.

25 bb) An der aus dem Allgemeininteresse abgeleiteten Pflicht des Mieters zur Duldung der in § 4 Abs. 3 ModEnG aufgeführten Maßnahmen zur Einsparung von Heizenergie hat sich in der Folgezeit nichts geändert. Die Duldungspflicht des Mieters wurde im Zuge späterer Gesetzesänderungen über das Modernisierungs- und Energieeinsparungsgesetz hinaus auf andere Bereiche ausgeweitet, zu keinem Zeitpunkt aber dahin eingeschränkt, dass die Maßnahmen des § 4 Abs. 3 ModEnG wie etwa der Anschluss der Mietsache an ein aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeistes Fernwärmenetz etwa nicht mehr vom Mieter zu dulden wären.

26 (1) Die Pflicht des Mieters zur Duldung der Maßnahmen des § 4 Abs. 3 ModEnG wurde durch das Gesetz zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen vom 20. Dezember 1982 (BGBl. I S. 1912) aus § 20 ModEnG in das Bürgerliche Gesetzbuch übertragen und war zunächst in § 541b BGB geregelt. Damit verbunden war eine Erweiterung der Duldungspflicht auf nicht-subventionierte Energiesparmaßnahmen, nicht jedoch eine Einschränkung hinsichtlich der in § 4 Abs. 3 ModEnG aufgeführten Maßnahmen; die Gesetzesbegründung nahm ausdrücklich auf den Katalog des § 4 Abs. 3 ModEnG Bezug (BT-Drs. 9/2079, S. 10). Der Anschluss an ein aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeistes Fernwärmenetz war damit vom Mieter auch nach § 541b BGB – in den Grenzen der in dieser Vorschrift enthaltenen Härteklausele – weiterhin zu dulden. Die spätere Beendigung der öffentlichen Förderung von Energiesparmaßnahmen nach dem Modernisierungs- und Energieeinsparungsgesetz und die damit einhergehende Aufhebung dieses Gesetzes ändern nichts an der § 541b BGB zugrunde liegenden Intenti-

on des Gesetzgebers, dass der Mieter Maßnahmen im Sinne des § 4 Abs. 3 ModEnG weiterhin zu dulden hat; mit der Neuregelung des § 541b BGB wurde gerade eine Erweiterung dieser Pflicht bezweckt, indem solche Maßnahmen unabhängig von ihrer Subventionierung sollten zu dulden sein (a. a. O.).

27 (2) Auch die im Zuge der Mietrechtsreform eingeführte Neuregelung des § 554 BGB brachte insoweit keine Änderung. Mit ihr wurde die Duldungspflicht des Mieters auf Maßnahmen zur Einsparung aller Arten von Energie erweitert (BT-Drs. 14/4553, S. 49). Als Beispiele für diese Erweiterung werden in der Gesetzesbegründung Stromeinsparungsmaßnahmen angeführt (a. a. O.); eine Einschränkung der bereits nach § 541b BGB bestehenden Pflicht des Mieters zur Duldung heizenergiesparender Maßnahmen im Sinne des § 4 Abs. 3 ModEnG war nicht beabsichtigt. Vielmehr wird hervorgehoben, dass der Inhalt des bisherigen § 541b BGB über die Duldungspflicht des Mieters im Wesentlichen übernommen wird und lediglich eine Erweiterung auf andere Energiearten „statt bisher nur Heizenergie“ erfolgt, um „Energieeinsparungen insgesamt zu fördern“ (a. a. O., S. 49, 58). Dem entspricht auch die gesetzgeberische Zielsetzung der Mietrechtsreform, „volkswirtschaftlich und ökologisch sinnvolle Modernisierungsmaßnahmen“ zu fördern (a. a. O., S. 2, 36; vgl. auch Senatsurteile vom 3. März 2004 – VIII ZR 149/03, WuM 2004, 285 = NJW 2004, 1738, unter II 2 e bb (2), vom 18. Juli 2007 – VIII ZR 285/06, NJW 2007, 3122 [= WuM 2007, 703], Tz. 12 ff., und vom 9. April 2008 – VIII ZR 287/06, NJW 2008, 2031 [= WuM 2008, 355], Tz. 11, jeweils zu § 559 BGB). Ebenso wie in der Gesetzesbegründung zu § 4 Abs. 3 ModEnG (BT-Drs. 8/1692, a. a. O.) wird auch in der Gesetzesbegründung des Mietrechtsreformgesetzes betont, „dass in Zukunft ein sparsamer Umgang mit Energieressourcen immer nötiger wird“ (BT-Drs. 14/4553, S. 36). Damit ist die Einsparung von Primärenergie durch einen möglichst geringen Verbrauch fossiler Brennstoffe weiterhin gesetzgeberisches Ziel. Angesichts dieser auch ökologische Gesichtspunkte einbeziehenden Begründung der Duldungspflicht des Mieters ist kein Raum für die Annahme, dass der bisher nach § 541b BGB in Verbindung mit § 4 Abs. 3 ModEnG zu dulden Anschluss der Mietsache an ein aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeistes Fernwärmenetz aufgrund der Neuregelung in § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB etwa keine vom Mieter zu dulden Energieparmaßnahme mehr darstellen sollte.

28 cc) Schützenswerte Interessen des Mieters stehen dieser Auslegung des § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht entgegen. Aus der Begründung für die Neuregelung des § 554 BGB und der korrespondierenden Bestimmung in § 559 BGB über eine aufgrund von Maßnahmen nach § 554 BGB zulässige Mieterhöhung geht, wie ausgeführt, hervor, dass hierbei volkswirtschaftliche und umweltpolitische Interessen im Vordergrund stehen und nicht das finanzielle Interesse des Mieters etwa an einer Senkung seiner Heizkosten (vgl. auch Senatsurteil vom 3. März 2004, a. a. O., unter II 2 e bb, zu § 559 BGB). Dementsprechend sind die Interessen des Mieters bei der Auslegung des Begriffs der energiesparenden Maßnahmen, die der Mieter nach § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB grundsätzlich zu dulden hat, nicht zu berücksichtigen. Daraus folgt nicht, dass der Mieter gegenüber Modernisierungsmaßnahmen schutzlos gestellt ist. Die Belange des Mieters werden aufgrund einer umfassenden Interessensabwägung im Rahmen der Härteklausele des § 554 Abs. 2 Satz 2 bis 4 BGB gewahrt; damit wird insbesondere das finanzielle Interesse des Mieters, vor einer unzumutbaren Erhöhung der Miete oder der Betriebskosten bewahrt zu werden, geschützt (vgl. Senatsurteil a. a. O., unter II 2 e bb (4)). Es ist kein Grund dafür ersichtlich, warum der Mieter die Duldung einer ökologisch und volkswirtschaftlich sinnvollen Maßnahme zur Energieeinsparung darüber hinaus auch dann sollte verweigern dürfen, wenn seine finanziellen oder sonstigen Interessen nicht in einer Weise berührt sind, welche die Anwendung der Härteklausele rechtfertigen.

29 c) Die Pflicht der Beklagten zur Duldung des Anschlusses ihrer Wohnung an die Fernwärmeversorgung ist nicht we-

gen einer unzumutbaren Härte nach § 554 Abs. 2 Satz 2 bis 4 BGB ausgeschlossen.

30 Die Beurteilung, ob eine Modernisierungsmaßnahme im Sinne des § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB für den Mieter oder dessen Familie eine nicht zu rechtfertigende Härte bedeuten würde, obliegt dem Tatrichter, der aufgrund einer umfassenden Würdigung aller Umstände des Einzelfalles die Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen hat (Staudinger/Emmerich, a. a. O., Rdnr. 28; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a. a. O., Rdnr. 186 ff.; MünchKomm/Bieber, a. a. O., Rdnr. 23). Das Berufungsgericht ist unter Berücksichtigung der von der Beklagten geltend gemachten Nachteile zu der Auffassung gelangt, dass der Anschluss des Gebäudes und der Wohnung an die Fernwärmeversorgung für die Beklagte keine unzumutbare Härte bedeutet. Diese tatrichterliche Würdigung ist frei von Rechtsfehlern.

31 Auf eine unzumutbare Härte wegen einer für die Beklagten nicht tragbaren Mieterhöhung beruft sich die Beklagte im Revisionsverfahren nicht mehr. Eine Unzumutbarkeit unter finanziellem Gesichtspunkt kommt auch nicht mehr in Betracht, nachdem die Klägerin im Berufungsverfahren auf eine Mieterhöhung nach § 559 BGB verzichtet hat. Auf eine theoretisch mögliche Mieterhöhung nach § 558 BGB kommt es, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, im Rahmen der Härteklausele des § 554 Abs. 2 BGB nicht an. Insoweit gilt nichts anderes als für die Mitteilungspflicht nach § 554 Abs. 3 BGB.

32 Vergeblich macht die Revision geltend, die Umstellung auf Fernwärme bedeute für die Beklagte deshalb eine unzumutbare Härte, weil die Beklagte die Heizungsanlage dann nicht mehr – wie bei der Gasheizung – nach Belieben in Betrieb nehmen könne. Das Berufungsgericht hat sich mit diesem Vorbringen auseinandergesetzt, es jedoch für nicht durchgreifend erachtet. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Soweit die Revision vorbringt, die Fernwärmeversorgung vermöge das altersbedingt erhöhte Wärmebedürfnis der Beklagten nicht ausreichend zu befriedigen, handelt es sich um neuen Sachvortrag, der im Revisionsverfahren nicht zu berücksichtigen ist (§ 559 Abs. 1 ZPO).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Weitergehende Veröffentlichung in WuM 2008, 667.

§ 580a BGB

Geschäftsraummiete; Anmietung für den GmbH-Geschäftsführer zur Büro- und Wohnnutzung; Reihenhaus

Mietet eine juristische Person ein Reihenhaus an, um es teils als Büroraum für ihren Geschäftsbetrieb zu nutzen und teils ihrem Geschäftsführer als Wohnung zur Verfügung zu stellen, handelt es sich um einen der Kündigungsfrist des § 580a Abs. 2 BGB unterliegenden Mietvertrag über Geschäftsräume.

(BGH, Versäumnisurteil vom 16. 7. 2008 – VIII ZR 282/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die beklagte GmbH hatte vom Kläger ab dem 1. Mai 2002 ein Reihenhaus gemietet. Bei Abschluss des Mietvertrages waren sich die Parteien darüber einig, dass der Geschäftsführer der Beklagten das Haus bewohnen und die Geschäfte der Beklagten von dort aus betreiben würde. Das Mietverhältnis wurde vom Kläger mit Schreiben vom 11. Dezember 2006 zum 30. Juni 2007 und von der Beklagten mit Schreiben vom 31. Januar 2007 zum 30. April 2007 gekündigt. Im Hinblick auf die unterschiedlichen Kündigungsfristen von § 573c Abs. 1 und § 580a Abs. 2 BGB streiten die Parteien darüber, ob es sich um ein Mietverhältnis über Wohnraum oder über Geschäftsräume handelt.

2 Der Kläger hat rückständige Miete in Höhe eines – von der Beklagten anerkannten – Betrags von 550 € geltend ge-

macht. Im Wege der Widerklage hat die Beklagte die Feststellung begehrt, dass das Mietverhältnis der Parteien mit Ablauf des 30. April 2007 beendet ist. Das Amtsgericht Ludwigsburg hat die Beklagte zur Zahlung entsprechend ihrem Anerkenntnis verurteilt und der Widerklage stattgegeben. Das Landgericht Stuttgart hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers, mit der er die Abweisung der Widerklage erstrebt.

3 **Aus den Gründen:** Die Revision hat Erfolg. Über das Rechtsmittel ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da die Beklagte in der mündlichen Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht anwaltlich vertreten war. Inhaltlich beruht das Urteil indessen nicht auf der Säumnis der Beklagten, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. BGHZ 37, 79, 81 f.).

4 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

5 Der von der Beklagten im Wege der Widerklage beehrte Feststellungsantrag sei zulässig, weil der Kläger die Beendigung des Mietverhältnisses zum 30. April 2007 nicht anerkennt, sondern sich auf die Gültigkeit des Mietvertrages bis zum 30. Juni 2007 berufen habe.

6 Der Feststellungsantrag sei auch begründet, weil auf den Mietvertrag Wohnraummietrecht anzuwenden sei. Bei der Zuordnung eines Mietverhältnisses komme es darauf an, welche Nutzung im Vordergrund stehe. Angesichts der Vermietung eines typischerweise zu Wohnzwecken dienenden Reihenhauses und der Vereinbarung einer Staffel- bzw. Indexmiete sei davon auszugehen, dass die gewerbliche Tätigkeit gegenüber dem Wohnen von untergeordneter Bedeutung gewesen sei. Hierfür spreche auch der Umstand, dass der ehemalige Geschäftsführer der Beklagten die Absetzbarkeit der Miete als Betriebsausgabe als „Schachzug“ bezeichnet habe; auch habe er das Haus trotz des Umzugs der Beklagten nach G. weiter bewohnt.

7 Der Umstand, dass auf Seiten des Mieters eine juristische Person den Vertrag abgeschlossen habe, stehe der Einordnung als Wohnraummiete nicht entgegen, da nicht auf diesen formalen Aspekt, sondern auf den tatsächlichen Nutzungszweck abzustellen sei.

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

9 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings die Zulässigkeit des mit der Widerklage geltend gemachten Feststellungsantrags bejaht. Die Beklagte hat ein berechtigtes Interesse (§ 256 Abs. 1 ZPO) an der alsbaldigen Klärung der zwischen den Parteien streitigen Frage, ob das Mietverhältnis bereits zum 30. April 2007 beendet worden ist. Entgegen der Ansicht des Klägers kommt es deshalb nicht darauf an, ob (auch) die Voraussetzungen des § 256 Abs. 2 ZPO vorliegen.

10 2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht jedoch angenommen, dass die Kündigung der Beklagten vom 31. Januar 2007 das Mietverhältnis der Parteien zum 30. April 2007 beendet hat. Anders als das Berufungsgericht meint, handelt es sich bei dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag nicht um einen – nach § 573c Abs. 1 Satz 1 BGB bis zum dritten Werktag eines Kalendermonats zum Ende des übernächsten Monats kündbaren – Wohnraummietvertrag, sondern um einen Mietvertrag über Geschäftsräume, der gemäß § 580a Abs. 2 BGB nur bis zum dritten Werktag eines Kalendervierteljahres zum Ablauf des nächsten Kalendervierteljahres durch ordentliche Kündigung beendet werden kann.

11 a) Bei der Frage, ob ein Mietverhältnis über Wohnraum vorliegt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf den Zweck abzustellen, den der Mieter mit der Anmietung des Mietobjekts vertragsgemäß verfolgt. Geht der Zweck des Vertrages dahin, dass der Mieter die Räume weitervermietet oder sonst Dritten – auch zu Wohnzwecken – überlässt, sind die Vorschriften des Wohnraummietrechts auf das (Haupt-)

Mietverhältnis nicht anwendbar (BGHZ 94, 11, 14 [= WuM 1985, 288]; 135, 269, 272 [= WuM 1997, 380] m.w.N.; Senatsurteil vom 11. Februar 1981 – VIII ZR 323/79, NJW 1981, 1377 [= WuM 1982, 109], unter 2 b cc). Entscheidend ist mithin, ob der Mieter die Räume nach dem Vertrag zu eigenen Wohnzwecken anmietet (Reinstorf in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., Kap. I Rdnr. 83). Dies war hier nicht der Fall. Darauf, ob die Beklagte das vom Kläger gemietete Reihenhaus nach dem Vertragszweck vorwiegend als Geschäftsräume für sich selbst oder als Wohnung für ihren Geschäftsführer nutzen wollte, kommt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht an.

12 b) Auch die Überlassung der Räume als Wohnräume an den Geschäftsführer persönlich ist aus der maßgeblichen Sicht der Beklagten als Mieterin kein Wohnzweck, sondern geschäftliche Nutzung. Wie die Revision zutreffend geltend macht, kann eine juristische Person Räume schon begrifflich nicht zu (eigenen) Wohnzwecken anmieten; ebenso kann sie als Vermieterin nicht geltend machen, dass sie von ihr vermietete Räume als Wohnung für sich oder Angehörige im Rahmen von Eigenbedarf benötige (vgl. zur KG als Vermieterin Senatsurteile vom 23. Mai 2007 – VIII ZR 122/06, NJW-RR 2007, 1460 [= WuM 2007, 457 = GuT 2007, 315 KL] und VIII ZR 113/06, NJW-RR 2007, 1516 [= WuM 2007, 459]).

13 c) Gegenstand des zwischen den Parteien abgeschlossenen Mietvertrags sind Geschäftsräume im Sinne des § 580a Abs. 2 BGB, denn das von der Klägerin angemietete Reihenhaus dient ihrem Geschäftsbetrieb, indem sie es teils als Büroräum für ihren Geschäftsbetrieb nutzt und teils ihrem Geschäftsführer als Wohnung am unmittelbaren Ort ihres Geschäftsbetriebs zur Verfügung stellt. Die Beklagte konnte deshalb das Mietverhältnis nur mit der Frist des § 580a Abs. 2 BGB jeweils bis zum 3. Werktag eines Kalendervierteljahres zum Ablauf des nächsten Kalendervierteljahres kündigen. Die Kündigung der Beklagten vom 31. Januar 2007 hätte das Mietverhältnis daher erst zum 30. September 2007 beendet, wenn es nicht schon zuvor durch die Kündigung des Klägers vom 11. Dezember 2006 zum 30. Juni 2007 aufgelöst worden wäre.

14 III. Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da es keiner weiteren Feststellungen bedarf (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Widerklage ist in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils abzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 652 BGB

Maklerprovision; Eigentümerwerb im Rahmen der Zwangsversteigerung; Kausalitätserfordernis

Auch wenn die Parteien eines Maklervertrages eine Provisionsvereinbarung individualvertraglich für den Fall abgeschlossen haben, dass der Makler eine Provision auch dann erhält, wenn der Eigentümerwerb im Rahmen der Zwangsversteigerung erfolgt, muss die Tätigkeit des Maklers (mit)ursächlich sein.

(OLG Naumburg, Beschluss vom 12. 6. 2008 – 9 U 16/08)

Aus den Gründen: Die Berufung ist durch Beschluss zurückzuweisen, weil das Rechtsmittel insbesondere keine Aussicht auf Erfolg hat und auch die übrigen Voraussetzungen von § 522 Abs. 2 ZPO gegeben sind.

Im Kern ist die Klägerin der Ansicht, dass der streitgegenständliche Maklervertrag (einschließlich der handschriftlichen Zusätze) so auszulegen sei, dass ein ursächlicher Beitrag der Klägerin im Hinblick auf den Eigentümerwerb an dem Grundstück nicht in jedem Fall erforderlich gewesen sei. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Der Provisionsanspruch entsteht nur, wenn die vom Makler entfaltete Vermittlungs- oder Nachweistätigkeit für den Vertragsabschluss ursächlich war. Der

Hauptvertrag muss nämlich nach § 652 Abs. 1 S. 1 BGB infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande kommen. Das Kausalitätserfordernis gehört damit zum Leitbild des Maklervertrages. Daran ändert sich nicht dadurch etwas, dass die Parteien im vorliegenden Fall eine Regelung zum Eigentumserwerb im Rahmen einer Zwangsversteigerung getroffen haben. Die Berufung verkennt insoweit, dass es nach der im rechtlichen Hinweis zitierten Rechtsprechung einer solchen individualvertraglichen Regelung zwingend bedarf, damit ein Provisionsanspruch des Maklers bei Eigentumserwerb im Rahmen der Zwangsversteigerung überhaupt entstehen kann. Über das Kausalitätserfordernis besagt eine solche individualvertragliche Vereinbarung zunächst einmal überhaupt nichts. Auch bei wohlwollenster Auslegung der Vereinbarung lässt sich dieser zum Kausalitätserfordernis nichts entnehmen, schon überhaupt nicht, dass dieses ausgeschlossen werden sollte. Zwar kann auch das Kausalitätserfordernis grundsätzlich ausgeschlossen werden. Eine solche Abrede muss jedoch, da sie – wie bereits ausgeführt – von der gesetzlichen Regelung abweicht, eindeutig und im Wege der Individualvereinbarung von den Parteien in der Regel ausdrücklich getroffen sein (BGH NJW-RR 1986, 346 (hier: zitiert nach juris, Rn. 28); Schwedtmann, Maklerrecht, 4. Aufl., Rn. 603). Da es daran vorliegend fehlt, insbesondere auch der streitgegenständlichen Regelung dazu nichts entnommen werden kann, muss – wie im rechtlichen Hinweis bereits angenommen – davon ausgegangen werden, dass eine Tätigkeit der Klägerin im Zwangsversteigerungstermin (mit)ursächlich für den Eigentumserwerb geworden sein muss. Davon kann nicht ausgegangen werden. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf den Inhalt des rechtlichen Hinweises vom 2. 4. 2008 Bezug genommen.

Der Senat vermag sich auch der Ansicht der Klägerin nicht anzuschließen, dass die Beklagte in dem im Schriftsatz vom 16. 5. 2007 erwähnten Telefonat ... *daß sich die Klägerin nicht mehr bemühen müsse, sie komme schon allein zurecht*. die Entgegennahme von Leistungen endgültig verweigert hat, mit der Folge (Rechtsgedanke aus § 162 BGB), dass das Kausalitätserfordernis als eingetreten anzusehen sei. Nicht jede Äußerung kann als Erklärung i. S. v. § 162 BGB (analog) gewertet werden. Erforderlich ist eine wirklich ursächliche Einwirkung auf den Bedingungseintritt (Palandt/Heinrichs BGB, 67. Aufl., § 162, Rn. 2). Dass die Klägerin selbst dies nicht so gesehen hat, ergibt sich schon daraus, dass sie im Versteigerungstermin anwesend war und nach ihrem eigenen Vortrag im Sinne der vertraglichen Vereinbarung sogar tätig wurde. Selbst wenn also das Telefonat als solches unstreitig geblieben ist, kann dem Inhalt die von der Berufung angenommene rechtliche Konsequenz nicht beigemessen werden. Insbesondere kann keine Rede davon sein, dass die Beklagte selbst dieser Ansicht war (bzw. eingeräumt hätte, die Entgegennahme von Diensten abgelehnt zu haben). Der zitierten Passage aus dem Schriftsatz der Beklagten vom 25. 1. 2007 kann allenfalls die Behauptung entnommen werden, dass die Klägerin keine Tätigkeit mehr *entfaltet hat* und dementsprechend die Beklagte auch keine Dienste mehr in Anspruch *nehmen konnte*.

Zur Reichweite des Bestreitens der Beklagten im Schriftsatz vom 7. 6. 2007 verbleibt es bei den Ausführungen im rechtlichen Hinweis. Dem Vortrag ist im Kern die Behauptung zu entnehmen, dass die Beklagte eine – wie auch immer geartete – Kontaktaufnahme durch die Klägerin (oder umgekehrt) im Zwangsversteigerungstermin bestreiten will und damit auch die Behauptung der Klägerin, die Beklagte *habe abgewinkt, sie müsse sich nicht mehr bemühen*. Diese Behauptung setzte denotwendig die von der Klägerin bestrittene Kontaktaufnahme voraus.

Da im Ergebnis weder feststeht, dass das erforderliche Kausalitätserfordernis zwischen den Parteien ausgeschlossen wurde, noch dass eine entsprechende (mit)ursächliche Leistung von der Klägerin erbracht oder die Annahme einer solchen von der Beklagten treuwidrig verhindert wurde, liegen die Vorausset-

zungen für einen Provisionsanspruch nicht vor, sodass das Landgericht [Stendal] die Klage im Ergebnis zutreffend abgewiesen hat.

Entgegen der Ansicht der Berufung liegen auch die Voraussetzungen von § 522 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO vor. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Kausalitätserfordernis in Maklerverträgen ausgeschlossen werden kann, hat der Bundesgerichtshof höchstrichterlich geklärt (BGH a. a. O.). Im Übrigen ist nicht ersichtlich, worin sich die Voraussetzungen für den Provisionsanspruch unterscheiden sollen, wenn der Eigentumserwerb rechtsgeschäftlich erfolgt oder im Rahmen der Zwangsversteigerung bei Vorliegen einer individualvertraglichen Vereinbarung. Diese Vereinbarung ist lediglich *zusätzlich* erforderlich, damit der Provisionsanspruch beim Eigentumserwerb im Rahmen der Zwangsvollstreckung entstehen kann.

Mitgeteilt vom Veröffentlichungsverein des OLG Naumburg

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH WuM 1983, 238 KL = NJW 1983, 1849.

§§ 535, 823 BGB; § 522 ZPO
Pkw-Stellplatzmiete; Verkehrssicherungspflicht;
Winterdienst; allgemeines Lebensrisiko

Der Mieter eines PKW-Stellplatzes hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Winterdienst des Vermieters.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. 5. 2008 – I-24 U 161/07)

Aus den Gründen: Die Berufung des Klägers hat keine Aussicht auf Erfolg.

I. Das landgerichtliche Urteil ist richtig und aus der Berufungsbegründung ergeben sich keine Gründe für die beantragte Abänderung. Dem Kläger steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte wegen einer etwaig begangenen Verkehrssicherungspflichtverletzung zu. Denn die Beklagte war auf dem streitgegenständlichen Autostellplatz nicht zur Durchführung von Winterdienstmaßnahmen verpflichtet. Sie war folglich nicht verpflichtet, den Stellplatz von Eis und Schnee freizuhalten.

Zwar muss es dem Benutzer eines Stellplatzes grundsätzlich möglich sein, sein Fahrzeug gefahrlos zu verlassen und es auch wieder zu erreichen. Dem hat die Beklagte indes dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass sie dem Kläger und den anderen Mietern der Stellplätze als Zuwegung und Abstellfläche eine ordnungsgemäß asphaltierte Fläche zur Verfügung gestellt hat. Dies wird anhand der vorgelegten Lichtbilder deutlich. Hierauf hat auch das Landgericht [Wuppertal] zutreffend hingewiesen.

Eine darüber hinausgehende Verpflichtung zur Durchführung von Winterdienstmaßnahmen traf die Beklagte hingegen nicht. Grundsätzlich richtet sich der Umfang der Streupflicht im allgemeinen nach den räumlichen und zeitlichen Umständen des Einzelfalles und ist insbesondere nach den örtlichen Verhältnissen, der Art und Wichtigkeit des Verkehrswegs oder Platzes, der Stärke des Verkehrs sowie der Zumutbarkeit der Maßnahmen im einzelnen zu beurteilen (BGH VersR 1975, 359 = NJW 1975, 444; LG Bielefeld VersR 1998, 380). Eine Räum- und Streupflicht besteht mithin nicht uneingeschränkt (BGH VersR 1995, 721 f.; BGHZ 112, 75 f.).

Selbst wenn man die deutlich strengeren Anforderungen, die nach der Rechtsprechung an *öffentliche* Parkplätze gestellt werden (im Vergleich zu privaten, nur einem eingeschränkten Nutzerkreis zugänglichen Parkflächen), auf den hier zu entscheidenden Fall anwendet, läge keine Verletzung der Räum- und Streupflicht durch die Beklagte vor. Für öffentliche Parkplätze ist anerkannt, dass eine Streupflicht lediglich bei großer Ausdehnung und großem Fassungsvermögen oder bei einem schnellen Fahrzeugwechsel besteht (BGH VersR 1966, 90 (92); VersR 1983, 162 (163)). Eine generelle Pflicht, den gesamten Parkplatz von Glatteis zu befreien und zu streuen, existiert auch hier

nicht (KG VersR 1965, 1105; OLG Frankfurt ZfS 1983, 129; OLG Koblenz OLGR 1999, 396 f.). Vielmehr ist ausreichend, die Möglichkeit zum gefahrlosen Verlassen des Platzes oder zum gefahrlosen Erreichen des Wagens sicherzustellen (BGH VersR 1966, 90 (93)). Deshalb kann eine Streu- und Räumspflicht bei öffentlichen Parkplätzen bestehen, wenn die Wagenbenutzer die von den Kraftfahrzeugen befahrenen Flächen auf eine nicht nur unerhebliche Entfernung betreten müssen, um die Wagen zu verlassen oder zu erreichen (BGH VersR 1983, 162; VersR 1966, 90 (92); OLG Hamm NJW-RR 2004, 386; OLG Celle MDR 2005, 273; Palandt/Sprau, BGB, 67. Auflage, § 823 Rn. 226).

Dass diese Voraussetzungen hier vorliegen, ist weder vorge-tragen noch ersichtlich. Wie auf den vom Kläger vorgelegten Lichtbildern erkennbar, ist die öffentliche Straße mit Gehweg in wenigen Schritten zu erreichen. In Fällen wie diesen wird deshalb eine Streupflicht verneint (vgl. OLG München, Beschluss vom 21. August 2006, Az. 1 U 3569/06). Dem Verkehrsteilnehmer kann zugemutet werden, auf winterliche Glätte zu achten und etwaige Gefahren auf einer kurzen Strecke selbst zu meistern (OLG München VersR 1992, 210; Beschluss vom 13. Januar 2006, Az. 1 U 5136/05). Eine völlige Mangel- und Gefahrenfreiheit kann nicht verlangt werden und wird vom vernünftigen Verkehrsteilnehmer auch nicht erwartet (OLG München Beschluss vom 21. August 2006, Az. 1 U 3569/06). Ein vernünftiger Verkehrsteilnehmer stellt sich in der Regel auch auf die winterlichen Verhältnisse durch eigene Vorkehrungen (z. B. geeignetes Schuhwerk; Mitnahme von Hilfsmitteln zur Schnee- oder Eisbeseitigung etc.) ein. Das Vorbringen des Klägers lässt nicht erkennen, dass er dahingehend Vorsorge getroffen hat. Es hat sich deshalb mit dem Sturz ein allgemeines Lebensrisiko verwirklicht, welches nicht der beklagten Vermieterin anzulasten ist.

Die streitgegenständliche Streu- und Räumspflicht besteht erst Recht nicht bei dem im hier zu entscheidenden Fall vorhandenen *privaten* Stellplatz, zumal dieser auch nur eine geringe Ausdehnung hat. Folglich ist der Parkplatz wenig frequentiert und hat auch nur eine geringe Verkehrsbedeutung. Soweit ersichtlich wird er nur von Personen betreten, die dort zu ihren auf den angemieteten Stellplätzen abgestellten Fahrzeugen gelangen oder diese verlassen wollen. Von diesen Personen muss erwartet werden, dass sie sich auf schlechte Wetterverhältnisse angemessen einstellen (s.o.).

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

Hinw. d. Red.: Winterdienst bei Gewerberaummieta: OLG Koblenz GuT 2008, 112; Winterdienst des Wegerechtsinhabers: BGH GuT 2006, 257.

Art. 2, 22 EuGVVO (Brüssel-I-VO)
Europa; Gerichtsstand;
Miete von unbeweglichen Sachen;
Urlaubswochen in spanischer Ferienanlage

Art. 22 Nr.1 EuGVVO, wonach für Klagen, welche die Miete von unbeweglichen Sachen zum Gegenstand haben, ausschließlich die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig sind, in dem die unbewegliche Sache belegen ist, findet keine Anwendung auf einen Vertrag über den Erwerb „tauschfähiger Urlaubswochen“, wenn der Zusammenhang zwischen dem Vertrag über die Überlassung von „Ferien-Tauschwochen“ und der Immobilie, die tatsächlich genutzt werden kann, nach der Gestaltung des in Rede stehenden Vertrages nicht hinreichend eng ist, um die Einordnung des Vertrages als Miete einer unbeweglichen Sache zu rechtfertigen (im Anschluss an EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2005 – Rs. C-73/04, Slg. 2005, I S. 8667).

(BGH, Urteil vom 25. 6. 2008 – VIII ZR 103/07)

Hinw. d. Red.: Dazu BGH-Pressemitteilung Nr. 121/2008 vom 25. 6. 2008:

»Widerruf eines als Haustürgeschäft geschlossenen Vertrages über „Ferien-Tauschwochen“ in einer Ferienanlage auf Teneriffa

Der Bundesgerichtshof hat im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 13. Oktober 2005 (Rs. C-73/04 – Klein/Rhodos Management Ltd.) die Frage präzisiert, wann eine „Miete von unbeweglichen Sachen“ im Sinne von Art. 22 Nr.1 EuGVVO anzunehmen ist. Davon hing im vorliegenden Fall ab, ob die deutschen oder ausschließlich die spanischen Gerichte international für den Rechtsstreit zuständig sind.

Dem heute verkündeten Urteil [Urt. v. 25. 6. 2008 – VIII ZR 103/07] liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Die im Fürstentum Liechtenstein ansässige Klägerin verlangt von den Beklagten, die ihren Wohnsitz in Deutschland haben, eine Vergütung aus einem Vertrag, der die „Überlassung von Ferien-Tauschwochen“ in einer Ferienanlage in Spanien zum Gegenstand hat. Die Beklagten wurden während ihres Urlaubs auf Teneriffa in der Fußgängerzone von Puerto de la Cruz angesprochen, Lose zu ziehen. Nachdem sich das gezogene Los als Gewinn herausgestellt hatte, wurde den Beklagten mitgeteilt, dass sie zum Aussuchen des Gewinns wenige Tage später zu einer Veranstaltung in eine näher bezeichnete Ferienanlage kommen sollten. Dort wurden die Beklagten am vereinbarten Tag, dem 26. September 2004, in einen Raum geführt, in dem sich Stühle und Tische befanden, aber keine Büroeinrichtung. Zwischen den Parteien ist streitig, ob an oder neben der Tür ein Schild angebracht war, wonach der Raum ein Geschäftsraum der Klägerin sei. Die Parteien vereinbarten ein Recht der Beklagten, jährlich zwei so genannte „Ferien-Tauschwochen“ in der Anlage zu verbringen. Der monatliche Gesamtpreis belief sich auf 83 €. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2004 widerriefen die Beklagten die Vereinbarung, ohne in der Anlage Urlaub gemacht zu haben.

Mit der Klage verlangt die Klägerin im Wesentlichen 996 € (12×83 €) als Entgelt für das Jahr 2005. Das Amtsgericht [Nordhausen] hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht [Jena] hat die Berufung zurückgewiesen. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die deutschen Gerichte international bereits deshalb zuständig sind, weil die Beklagten ihren Wohnsitz in Deutschland haben (Art. 2 Abs.1 EuGVVO). Art. 22 Nr.1 EuGVVO, wonach für Klagen, welche die Miete von unbeweglichen Sachen zum Gegenstand haben, ohne Rücksicht auf den Wohnsitz ausschließlich die Gerichte des Vertragsstaats zuständig sind, in dem die unbewegliche Sache belegen ist, greift nicht ein. Die Überlassung von zwei „Ferien-Tauschwochen“ ist nach der Gestaltung des hier in Rede stehenden Vertrags nicht als Miete einer unbeweglichen Sache im Sinne von Art. 22 Nr.1 EuGVVO einzustufen. Den Schwerpunkt des Vertrags bildete nicht die Nutzung einer bestimmten Immobilie, sondern der Erwerb „tauschfähiger Urlaubswochen“.

Der von der Klägerin geltend gemachte Zahlungsanspruch steht ihr mit Rücksicht auf die Widerrufserklärung der Beklagten vom 7. Oktober 2004 nicht zu. Die Wirksamkeit des Widerrufs ist nach spanischem Recht zu beurteilen, dessen Anwendung die Parteien vereinbart haben. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei entschieden, dass hier das spanische Gesetz Nr. 26/1991 maßgeblich ist, welches den Zweck hat, die Richtlinie über Haustürgeschäfte (85/577/EWG) in das spanische Recht aufzunehmen. Das Berufungsgericht hat verfahrensfehlerfrei festgestellt (§ 293 ZPO), dass die vom spanischen Recht vorgesehenen Widerrufsvoraussetzungen gegeben sind. Unter anderem ist erforderlich, dass der Vertrag außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers geschlossen worden ist. Das

www.gut-netzwerk.de

Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass sich es bei dem Raum, in dem die Beklagten den Vertrag unterzeichneten, vom äußeren Erscheinungsbild her durchaus um einen Aufenthaltsraum der Ferienanlage hätte handeln können. Die Beklagten hätten keinen Anlass gehabt, auf anders lautende Schilder zu achten.«

§§ 522, 42 ZPO; § 546 BGB
Untermiete; Befangenheitsbesorgnis;
Vorbefassung im Räumungsrechtsstreit der Parteien
des Hauptmietvertrags;
Zurückweisungsbeschluss im Berufungsverfahren

Keine Befangenheit des Berufungsgerichts wegen Anwendung des Verfahrens der Zurückweisung der Berufung durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO, wenn das Berufungsgericht das Ergebnis des Erstgerichts für richtig hält, aber die Begründung des angefochtenen Urteils auswechselt.

Keine Befangenheit des Berufungsgerichts im Räumungsprozess gegen den Untermieter wegen Vorbefassung mit dem Räumungsprozess gegen den Hauptmieter, der sich mit den im Wesentlichen gleichen Argumenten verteidigt hat.

(KG, Beschluss vom 20. 3. 2008 – 12 U 164/07)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin nahm den Beklagten auf Räumung der von diesem im Hause in Berlin inne gehaltenen Büroräume in Anspruch, die sie an den Prozessbevollmächtigten des Beklagten, Rechtsanwalt Dr. R, vermietet hatte und die der Beklagte nach seinen Angaben seinerseits von Dr. R gemietet hatte.

Die Klägerin hat das Hauptmietverhältnis gekündigt und gegen Dr. R ein Räumungsverfahren vor dem Landgericht Berlin zum Aktenzeichen 32 O 318/06 betrieben. Das Landgericht hat Dr. R im dortigen Verfahren zur Räumung verurteilt; die Berufung von Dr. R hat der Senat durch einstimmigen Beschluss vom 15. November 2007 – 12 U 7/07 – gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Die gegen diesen Beschluss gerichtete Verfassungsbeschwerde von Dr. R hat der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin durch Beschluss vom 17. Dezember 2007 einstimmig verworfen – VerfGH 188/07 und 188 A/07.

Das Landgericht hat den Beklagten durch am 3. August 2007 verkündetes Urteil zur Räumung verurteilt, gegen das der Beklagte mit Schriftsatz vom 17. August 2007 Berufung eingelegt hat.

Mit Beschluss vom 7. Januar 2008 hat der Senat durch die abgelehnten Richter den Beklagten darauf hingewiesen, dass er nach Vorberater beabsichtige, die Berufung des Beklagten durch Beschluss zurückzuweisen, weil sie weder nach dem Hauptantrag noch nach dem Hilfsantrag Aussicht auf Erfolg habe, da die angefochtene Entscheidung jedenfalls im Ergebnis richtig sei.

Dabei hat der Senat ausgeführt, dass sich der Beklagte nicht darauf stützen könne, dass das Landgericht entscheidungserhebliche Tatsachen fehlerhaft festgestellt habe, da das Landgericht den Tatbestand durch Beschluss vom 25. September 2007 wegen offensichtlicher Unrichtigkeit berichtigt habe. Ebenfalls rechtsfehlerfrei habe das Landgericht eine Berechtigung von K angenommen, die Klägerin zu vertreten. Schließlich könne sich der Beklagte auch nicht darauf berufen, dass das Landgericht unter Verletzung seines Grundrechts auf rechtliches Gehör eine Überraschungsentscheidung erlassen habe, indem es den Prozessstoff aus dem Verfahren gegen den Hauptmieter Dr. R eingeführt und in seinem Urteil verwertet habe. Weiterhin ist in dem Beschluss ausgeführt, dass es dem Beklagten oblegen hätte, zum Fortbestand des Hauptmietverhältnisses vorzutragen, auf dem sein behauptetes Mietverhältnis beruhen soll.

Weiterhin ist ausgeführt, dass der Senat dem Argument des Beklagten, ihm sei der Sachvortrag aus dem Parallelverfahren

weitgehend unbekannt gewesen, nicht folge. Der jetzt im Berufungsverfahren mitgeteilte Vortrag des Beklagten hätte seiner Rechtsverteidigung auch erstinstanzlich nicht zum Erfolg verholfen, da diese Argumente, die dem Senat bereits aus dem Parallelverfahren 12 U 7/07 bekannt seien, nicht die Auffassung rechtfertigten, das Hauptmietverhältnis bestehe fort.

Die Beschlüsse aus dem Parallelverfahren 12 U 7/07 vom 1. Oktober 2007, 15. November 2007 und 29. November 2007, die dem Prozessbevollmächtigten des hiesigen Beklagten als dortiger Prozesspartei bekannt gewesen seien, hat der Senat dem Beschluss in der Anlage beigelegt.

Der Beklagte lehnt die an dem Beschluss beteiligten Richter wegen der Besorgnis der Befangenheit ab und trägt hierzu vor:

Es habe schon im Parallelverfahren die Besorgnis bestanden, dass der Senat unter für den konkreten Fall nicht indizierter Heranziehung der Verfahrensgestaltung des § 522 Abs. 2 ZPO „kurzen Prozess“ machen wolle.

Auch in dem Parallelverfahren habe der Senat die – insoweit zutreffende – Auffassung vertreten, dass die Begründung des Landgerichts zur Rechtfertigung der außerordentlichen Kündigung (vermeintliche Nichtzahlung der Mietsicherheit) rechtlich nicht haltbar sei und statt dessen eine vollkommen andere Begründung (angeblicher Mietrückstand wegen fehlendem Leistungsverweigerungsrecht) herangezogen.

Auch vorliegend beabsichtige der Senat erkennbar erneut „kurzen Prozess“ zu machen und die Berufung des Beklagten nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen und verweise ihn hinsichtlich der materiellen Wirksamkeit der Kündigung auf diverse Beschlüsse in dem Verfahren gegen seinen Prozessbevollmächtigten, an dem er nicht beteiligt war und von dem er auch keinerlei Aktenkenntnis habe.

Diese Vorgehensweise begründe die Annahme, dass die Mitglieder des Senats voreingenommen seien und nicht unparteiisch entscheiden würden.

Die abgelehnten Richter haben zu dem Ablehnungsgesuch jeweils eine dienstliche Äußerung abgegeben.

In seiner Stellungnahme zu dem Hinweisbeschluss des Senats vom 21. Februar 2008 hat der Beklagte mitgeteilt, dass er die streitgegenständlichen Mieträume zwischenzeitlich geräumt habe.

Die Klägerin hat in ihrer Stellungnahme vom 12. März 2008 zu dem Ablehnungsgesuch mitgeteilt, dass zwischenzeitlich die Zwangsräumung und Zwangseinweisung in die Mieträume erfolgt sei.

Aus den Gründen: II. Das zulässige Ablehnungsgesuch ist unbegründet.

Weder die Prozessführung, noch der Inhalt des Beschlusses des Senats vom 7. Januar 2008 sind geeignet, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit der abgelehnten Richter zu rechtfertigen.

Eine Besorgnis der Befangenheit nach § 42 ZPO setzt objektive Gründe voraus, die vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, der Richter stehe der Sache nicht unvoreingenommen und damit nicht unparteiisch gegenüber (Zöller/Vollkommer, 26. Aufl., § 42 ZPO, Rn 9 m.w.N.). Solche Gründe sind von dem Beklagten nicht vorgebracht worden.

1. Soweit der Beklagte rügt, die abgelehnten Mitglieder des Senats wollten offenbar „kurzen Prozess“ machen, indem sie in einem dafür nicht geeigneten Fall eine Zurückweisung der Berufung gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO beabsichtigten, begründet dies bereits deshalb keine Besorgnis der Befangenheit, weil der Beklagte keine ausreichenden Gründe dafür vorträgt, dass eine Entscheidung nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO nicht ergehen kann.

Soweit er meint, dies sei deshalb der Fall, weil der Senat der Begründung des Landgerichts nicht folge, sondern die Beru-

fung vielmehr mit einer anderen materiellen Begründung zurückweisen wolle, ist dies nicht zu beanstanden. Grundsätzlich darf auch in einem nach § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO zu entscheidenden Fall die rechtliche Begründung ausgewechselt werden (vgl. Zöller/Gummer/Heßler, 26. Aufl., § 522 ZPO, Rn 36; OLG Hamburg, Beschluss vom 10. Mai 2005 – 14 U 154/04 – NJW 2006, 71; Senat, Beschluss vom 29. November 2007 – 12 U 20/07 –, ebenso wie dies in jeder Entscheidung des Berufungsgerichts möglich ist. Die Entscheidung des Erstgerichts beruht nämlich nur dann auf einem Rechtsfehler (§§ 513, 546 ZPO), wenn bei der Verletzung des materiellen Rechts die richtige Anwendung zu einem dem Berufungsführer günstigen Ergebnis führen würde (vgl. Zöller/Gummer/Heßler, 26. Aufl., § 513 ZPO, Rn 5). Dies ist nicht der Fall, wenn die Entscheidung des Erstgerichts im Ergebnis richtig ist (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 11. März 2003 – 3 U 28/03 – MDR 2003, 1073).

2. Soweit der Beklagte sein Ablehnungsgesuch zudem damit begründen will, dass die abgelehnten Richter atypisch vorbefasst gewesen seien und dies unter Umständen zu einer endgültigen Festlegung geführt habe, die einer unvoreingenommenen Entscheidung der hiesigen Sache entgegen stehe, ist dies ebenfalls nicht geeignet, eine Besorgnis der Befangenheit zu begründen.

Die von dem Beklagten geltend gemachte Vorbefassung der abgelehnten Richter bestand darin, dass sie bezüglich des selben Mietobjektes bereits eine Entscheidung hinsichtlich des Hauptmietvertrages getroffen hatten. Eine derartige Vorbefassung ist insbesondere bei Gerichten mit Spezialsenaten für unterschiedliche Rechtsmaterien, wie vorliegend dem gewerblichen Mietrecht, nicht atypisch, sondern zwangsläufig häufig gegeben. Derartige Fälle der prozessrechtlich typischen Vorbefassung stellen grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund dar (vgl. Zöller/Vollkommer, 26. Aufl., § 42 ZPO, Rn 15 m.w.N.).

3. Schließlich stellt auch der Hinweis auf das Parallelverfahren und die deshalb bei den beteiligten Richtern bereits bestehende Kenntnis über die auch dort schon vorgetragenen rechtlichen Argumente kein Vorgehen dar, welches die Besorgnis der Befangenheit begründen könnte.

Der Hinweis auf die bereits erfolgte rechtliche Auseinandersetzung mit den im wesentlichen gleichen rechtlichen Argumenten enthält im Rahmen des rechtlichen Gehörs den Hinweis an den Beklagten, dass der Senat seine Rechtsauffassung zu dem gleich gelagerten Themenkomplex im vorliegenden Fall nicht geändert hat, sondern an der aus den für den Beklagten beigelegten Beschlüssen ersichtlichen Auffassung festhalten will.

Der Hinweis auf die bereits erfolgte obergerichtliche Entscheidung von Rechtsfragen ist gängige Praxis und der Hinweis auf frühere Entscheidungen eines Gerichtes gibt den Parteien die Möglichkeit die Erfolgsaussicht eines Rechtsmittels einzuschätzen.

Das Ablehnungsverfahren ist kein Instrument der Fehlerkontrolle, weshalb es auf eine etwaige Fehlerhaftigkeit der im Rahmen des Hinweises mitgeteilten Rechtsauffassung grundsätzlich nicht ankommt (Zöller/Vollkommer, a. a. O., Rn 28 m.w.N.). Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn dargelegt ist, dass die Fehlerhaftigkeit auf Willkür oder einer Voreingenommenheit beruht. Dies ist weder ersichtlich, noch mit dem Befangenheitsgesuch nachvollziehbar begründet.

4. Die im ergänzenden Schriftsatz des Beklagten vom 5. März 2008 enthaltene Kritik an dem Inhalt der dienstlichen Äußerungen der abgelehnten Richter ist nicht geeignet, eine Besorgnis der Befangenheit zu begründen. Soweit der Beklagte meint, die abgelehnten Richter hätten sich in ihren dienstlichen Äußerungen nicht in ausreichendem Maße mit seinem Vorbringen in der Sache auseinander gesetzt und seien insbesondere auch nicht auf die Besonderheiten der Fallkonstellation eingegangen, liegt, wie oben bereits dargelegt, eine besondere Fallkonstellation nicht ersichtlich vor und haben sich die abgelehnten Richter im Übrigen in ihren dienstlichen Äußerungen ausdrücklich zur Frage der Anwendbarkeit des § 522 Abs. 2 ZPO

im vorliegenden Fall erklärt und auch zu dem Vorwurf Stellung genommen, sie würden zu Lasten des Beklagten „kurzen Prozess“ machen wollen. Die dienstlichen Äußerungen entsprechen dem Erfordernis des § 44 Abs. 3 ZPO und lassen ihrerseits keine Gründe erkennen, die für den Beklagten eine Besorgnis der Befangenheit der abgelehnten Richter begründen könnten.

Mitgeteilt von VRiKG Grieb, Berlin

Anm. d. Red.: Zur Diskussion um § 522 Abs. 2 ZPO vgl. E. Schneider, § 522 Abs. 2 ZPO und der verfassungsrechtliche Effektivitätsgrundsatz, in ZAP Nr. 20 vom 15. 10. 2008, S. 1123 f. („ZAP Kolumne“).

§§ 712, 719 ZPO
Pacht von Gewerberaum;
Räumungsvollstreckungsschutz durch das
Revisionsgericht; Schutzantrag im Berufungsverfahren
im Verhältnis zur einstweiligen Anordnung

a) Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung durch das Revisionsgericht kommt im Verfahren über die Revision oder die Nichtzulassungsbeschwerde nicht in Betracht, wenn der Schuldner es versäumt hat, im Berufungsrechtszug einen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO zu stellen, obwohl ihm ein solcher Antrag möglich und zumutbar gewesen wäre (im Anschluss an die Senatsbeschlüsse vom 6. Juni 2006 – XII ZR 80/06 – NJW-RR 2006, 1088 [= GuT 2006, 201] und vom 2. Oktober 2002 – XII ZR 173/02 – FamRZ 2003, 598).

b) Weil der Vollstreckungsschutz durch das Revisionsgericht nach § 719 ZPO grundsätzlich einen Schutzantrag nach § 712 ZPO im Berufungsverfahren voraussetzt, darf das Berufungsgericht den Schutzantrag nicht mit der pauschalen Begründung zurückweisen, die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung nach den §§ 707, 719 ZPO verdränge regelmäßig den Vollstreckungsschutz nach § 712 ZPO (Abgrenzung zu OLG Stuttgart MDR 1998, 858).

c) Eine Einstellung der Zwangsvollstreckung durch das Revisionsgericht kommt im Verfahren über die Revision oder die Nichtzulassungsbeschwerde nicht in Betracht, wenn das Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg hat (im Anschluss an BGH, Beschlüsse vom 19. Oktober 2005 – VIII ZR 208/05 – WuM 2005, 735, 736 und vom 11. April 2002 – V ZR 308/01 – FamRZ 2003, 372, 373).

(BGH, Beschluss vom 4. 6. 2008 – XII ZR 55/08)

1 Zum Sachverhalt: Die Beklagte ist durch Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 17. September 2007 zur Räumung und Herausgabe gepachteter Gewerberäume in der E. Straße in D. verurteilt worden. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherungsleistung in Höhe von 35 000 € abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht mit einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil vom 3. April 2008 zurückgewiesen. Den beantragten Vollstreckungsschutz nach § 712 ZPO hat das Berufungsgericht abgelehnt, weil der Schutzantrag nach § 712 ZPO regelmäßig durch die Möglichkeit, eine einstweilige Anordnung nach den §§ 707, 719 ZPO zu beantragen, verdrängt werde. Eine Revision hat das Berufungsgericht nicht zugelassen.

2 Nach Einlegung der Nichtzulassungsbeschwerde und innerhalb verlängerter Begründungsfrist beantragt die Beklagte, die Zwangsvollstreckung aus dem Berufungsurteil vorläufig einzustellen. Ihr durch die Zwangsvollstreckung drohender Existenzverlust wiege deutlich schwerer als eine Verzögerung der Räumungsvollstreckung für den Kläger. Die Nichtzulassungsbeschwerde habe auch hinreichende Erfolgsaussicht, weil das Berufungsgericht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stehe und wegen dieser Divergenz die Zulassung der Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung geboten sei.

3 **Aus den Gründen:** II. Der Einstellungsantrag der Beklagten ist nicht begründet.

4 1. Allerdings scheidet die Erfolgsaussicht nicht schon daran, dass die Beklagte im Berufungsverfahren keinen Vollstreckungsschutzantrag nach § 712 ZPO gestellt hätte (vgl. insoweit Senatsbeschlüsse vom 6. Juni 2006 – XII ZR 80/06 – NJW-RR 2006, 1088 [= GuT 2006, 201] und vom 4. September 2002 – XII ZR 173/02 – NJW-RR 2002, 1650). Denn einen solchen Antrag hatte die Beklagte schon im Berufungsverfahren gestellt.

5 Soweit das Berufungsgericht der Beklagten den beantragten Vollstreckungsschutz versagt hat, weil die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung nach den §§ 707, 719 ZPO regelmäßig einen Vollstreckungsschutz nach § 712 ZPO verdrängt (vgl. insoweit auch OLG Stuttgart MDR 1998, 858), teilt der Senat diese Rechtsauffassung allerdings nicht. Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt ein Antrag nach § 719 ZPO im Verfahren der Revision oder der Nichtzulassungsbeschwerde umgekehrt voraus, dass im Berufungsverfahren ein Schutzantrag nach § 712 ZPO gestellt war (Senatsbeschlüsse vom 6. Juni 2006 – XII ZR 80/06 – NJW-RR 2006, 1088 [= GuT 2006, 201] und vom 4. September 2002 – XII ZR 173/02 – NJW-RR 2002, 1650). Wird aber ein solcher Antrag verlangt, um überhaupt Vollstreckungsschutz zu erlangen, kann diese Rechtsschutzmöglichkeit nicht regelmäßig hinter dem Vollstreckungsschutz nach § 719 ZPO zurücktreten.

6 2. Der Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung ist hier aber deswegen zurückzuweisen, weil die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten keine Aussicht auf Erfolg bietet (vgl. insoweit BGH, Beschlüsse vom 19. Oktober 2005 – VIII ZR 208/05 – WuM 2005, 735, 736 und vom 11. April 2002 – V ZR 308/01 – FamRZ 2003, 372, 373 jeweils a.E.).

7 Die Revision ist weder wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache noch zur Fortbildung des Rechts, noch – entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten – zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen. Das Berufungsgericht ist von der ständigen Rechtsprechung des Senats ausgegangen, wonach die wesentlichen vertraglichen Vereinbarungen in der schriftlichen Urkunde niedergelegt oder jedenfalls im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinreichend bestimmbar sein müssen (vgl. Senatsurteile vom 7. Mai 2008 – XII ZR 69/06 – zur Veröffentlichung bestimmt [= GuT 2008, 284] und vom 25. Juli 2007 – XII ZR 143/05 – NJW 2007, 3202 [= GuT 2007, 299]). Solches hat das Berufungsgericht hier ohne Verstoß gegen das Gebot des rechtlichen Gehörs oder gegen sonstige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Einzelfall zutreffend verneint.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 750 ZPO

**Gewerberaumiete; Räumungsvollstreckung;
Räumungstitel gegen Dritten / Untermieter im Besitz
der Mietsache; Bedienstete, Besucher;
Gewerberäume im Erdgeschoss des Hotels**

Die Räumungsvollstreckung darf nicht betrieben werden, wenn ein Dritter, der weder im Vollstreckungstitel noch in der diesem beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet ist, im Besitz der Mietsache ist. Dies gilt selbst dann, wenn der Verdacht besteht, dem Dritten sei der Besitz nur eingeräumt worden, um die Zwangsräumung zu vereiteln.

(BGH, Beschluss vom 14. 8. 2008 – I ZB 39/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Gläubiger betreibt gegen die Schuldner zu 1 bis 3 die Zwangsvollstreckung aus einem Urteil, durch das diese zur Räumung von Gewerberäumen im Erdgeschoss eines Hotels verurteilt worden sind.

2 Dagegen hat der weitere Beteiligte Erinnerung eingelegt. Er hat behauptet, aufgrund eines Untermietvertrags mit dem Schuldner zu 1 alleiniger Untermieter der Räume zu sein, und ist der Ansicht, die Vollstreckung aus dem Räumungstitel gegen die Schuldner zu 1 bis 3 sei ihm gegenüber unzulässig, weil dieser Vollstreckungstitel sich nicht gegen ihn richte.

3 Das Amtsgericht Eutin hat die Zwangsvollstreckung aus dem Räumungsurteil gegen die Schuldner zu 1 bis 3 für unzulässig erklärt. Auf die sofortige Beschwerde des Gläubigers hat das Beschwerdegericht [LG Lübeck] die Entscheidung des Amtsgerichts aufgehoben und die Erinnerung des weiteren Beteiligten zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des weiteren Beteiligten. Der Gläubiger beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

4 **Aus den Gründen:** II. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

5 1. Das Beschwerdegericht hat die Zwangsvollstreckung gegen den weiteren Beteiligten für zulässig erachtet. Zur Begründung hat es ausgeführt:

6 Aus einem Räumungstitel gegen den Hauptmieter könne gemäß § 750 ZPO zwar grundsätzlich nicht gegen einen im Räumungstitel namentlich nicht bezeichneten Untermieter vollstreckt werden. Anders verhalte es sich aber, wenn dem Gläubiger erst kurz vor Beginn der beabsichtigten Räumungsvollstreckung ein angeblicher Untermieter präsentiert werde, der sein angebliches Besitzrecht erst nach der Beendigung des Besitzrechts des Hauptmieters begründet habe. Andernfalls würde dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet, weil ein räumungsunwilliger Schuldner die geschuldete Räumung nach Belieben durch Präsentation immer neuer angeblicher Untermieter verzögern könnte. Ein solches Zusammenwirken des Hauptmieters und des angeblichen Untermieters zum Zweck der Vollstreckungsvereitelung sei rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich.

7 Ein solcher Missbrauchsfall sei hier gegeben. Der Schuldner zu 1 habe das angebliche Untermietverhältnis mit dem weiteren Beteiligten erst nach der berechtigten fristlosen Kündigung des Hauptmietverhältnisses durch den Vermieter begründet. Mit der Kündigung durch den Vermieter sei das Recht des Schuldners zu 1 zum Besitz und zur Untervermietung beendet gewesen. Der weitere Beteiligte sei bei der Besitzerlangung (so er ihn denn erlangt habe) hinsichtlich des fehlenden Besitzrechts des Schuldners zu 1 bösgläubig gewesen. Das Untermietverhältnis sei dem Gläubiger erst nach Verkündung des Räumungsurteils offenbart worden. Dies lasse nur den Schluss zu, dass die Räumung in bewusstem Zusammenspiel habe vereitelt werden sollen. Es erscheine daher rechtsmissbräuchlich, wenn der weitere Beteiligte auf der strikten Beachtung des § 750 ZPO bestehe.

8 2. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde haben Erfolg. Die Erwägungen, mit denen das Beschwerdegericht die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung gegen den weiteren Beteiligten aus dem Räumungstitel gegen die Schuldner zu 1 bis 3 bejaht hat, halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Entscheidung über die

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!

Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung hängt davon ab, ob der weitere Beteiligte Besitzer der Gewerberäume ist. Hierzu sind weitere Feststellungen des Beschwerdegerichts erforderlich.

9 a) Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Räumungsvollstreckung gegen einen Untermieter einen gegen diesen gerichteten Vollstreckungstitel erfordert und nicht aufgrund eines gegen den Hauptmieter ergangenen Vollstreckungstitels betrieben werden kann (BGH, Beschl. v. 18. 7. 2003 – IXa ZB 116/03, NJW-RR 2003, 1450, 1451 [= GuT 2003, 231 = WuM 2003, 577]). Die Zwangsvollstreckung darf nach § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO nur beginnen, wenn unter anderem die Personen, gegen die sie stattfinden soll, in dem Urteil oder in der diesem beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind.

10 b) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts rechtfertigt der Grundsatz von Treu und Glauben, der auch im Zwangsvollstreckungsverfahren gilt (vgl. BGH, Beschl. v. 19. 3. 2008 – I ZB 56/07, NJW 2008, 1959 [= WuM 2008, 364] Tz. 17), im Streitfall keine abweichende Beurteilung. Die Berufung auf eine nur formale Rechtsstellung kann allerdings, wie die Rechtsbeschwerdeerwiderung grundsätzlich zutreffend geltend macht, den Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen und daher rechtsmissbräuchlich sein. Eine Person, gegen die die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, beruft sich jedoch nicht auf eine nur formale Rechtsstellung, wenn sie geltend macht, die Zwangsvollstreckung sei nach § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO unzulässig, weil sie in dem Titel oder der Klausel namentlich nicht bezeichnet sei. Die Bestimmung des § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO sichert nicht lediglich die Einhaltung einer Formalität, sondern gewährleistet, dass staatlicher Zwang nur zur Durchsetzung eines urkundlich bereits ausgewiesenen Anspruchs gegen die in dem Titel oder der Klausel genannten Personen ausgeübt wird (vgl. BGHZ 159, 383, 385 f. [= WuM 2004, 555]; BGH NJW-RR 2003, 1450, 1451 [= GuT 2003, 231]; BGH, Beschl. v. 29. 5. 2008 – IX ZB 102/07, ZIP 2008, 1338 Tz. 14, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

11 aa) Diese allgemeine Voraussetzung jeder Zwangsvollstreckung kann nicht durch materiell-rechtliche Erwägungen außer Kraft gesetzt werden. Gegen andere als die in dem Titel oder der Klausel bezeichneten Personen darf die Räumungsvollstreckung selbst dann nicht erfolgen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass diese nach materiellem Recht zur Herausgabe der Mietsache an den Gläubiger verpflichtet sind. So ist die Räumungsvollstreckung des Vermieters gegen den im Räumungstitel nicht genannten Untermieter selbst dann unzulässig, wenn feststeht, dass das Mietverhältnis zwischen dem Vermieter und dem Hauptmieter beendet und der Untermieter daher nach § 546 Abs. 2 BGB zur Herausgabe der Mietsache an den Vermieter verpflichtet ist (vgl. BGHZ 159, 383, 385 f. [= WuM 2004, 555]; BGH NJW-RR 2003, 1450, 1451 [= GuT 2003, 231]; ZIP 2008, 1338 Tz. 14).

12 bb) Billigkeitserwägungen können es erst recht nicht rechtfertigen, die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung außer Acht zu lassen und staatlichen Zwang gegen Personen auszuüben, gegen die kein Vollstreckungstitel bzw. keine Vollstreckungsklausel vorliegt (vgl. BGH NJW-RR 2003, 1450, 1451 [= GuT 2003, 231]; ZIP 2008, 1338 Tz. 14; a.A. OLG Hamburg MDR 1993, 274 [= WuM 1992, 548]; KG NZM 2003, 105; AG Lübeck DGVZ 1995, 92; AG Ludwigshafen ZMR 2003, 197; AG Hamburg-St. Georg ZMR 2007, 280). Es kommt daher nicht darauf an, ob der weitere Beteiligte gegen Treu und Glauben verstößt, weil er sich auf ein tatsächlich nicht bestehendes Untermietverhältnis mit dem Schuldner zu 1 beruft, um die Zwangsräumung zu vereiteln.

13 cc) Der Gerichtsvollzieher wäre überfordert, wenn er sich bei der Vollstreckung nicht allein auf den ihm vorliegenden Titel verlassen könnte, sondern daneben materiell-rechtliche Erwägungen zur Frage des Besitzrechts der im Titel nicht benannten, aber den Besitz tatsächlich innehabenden Person anzustellen hätte (LG Memmingen DGVZ 2007, 126). Gleiches

gilt, wenn er zu prüfen hätte, ob es Treu und Glauben widerspricht, dass die den tatsächlichen Besitz innehabende Person sich bei der Räumungsvollstreckung auf ein angebliches Besitzrecht beruft, etwa weil sie im Zusammenwirken mit dem Räumungsschuldner die Zwangsvollstreckung zu vereiteln versucht. Derartige Fragen sind daher nicht im formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahren, sondern im Erkenntnisverfahren zu klären (vgl. BGH NJW-RR 2003, 1450, 1451 [= GuT 2003, 231]). Der Gerichtsvollzieher hat nicht das behauptete Recht zum Besitz, sondern allein die tatsächlichen Besitzverhältnisse zu beurteilen, gleich wie der Besitz erlangt ist. Sodann hat er nur noch zu prüfen, ob sich die Räumungsverpflichtung nach dem vom Gläubiger beigebrachten Titel gegen den von ihm festgestellten Besitzer der Mietsache richtet (BGHZ 159, 383, 386 [= WuM 2004, 555]; BGH NJW 2008, 1959 [= WuM 2008, 364] Tz. 12).

14 c) Dem Senat ist eine abschließende Entscheidung verwehrt, da das Beschwerdegericht keine Feststellungen zu der Frage getroffen hat, ob der weitere Beteiligte Besitz an den Mieträumen hat. Das Beschwerdegericht bezeichnet den weiteren Beteiligten in seinem Beschluss nur als angeblichen Mitbesitzer bzw. Alleinbesitzer und lässt ausdrücklich offen, ob er Besitz an den Gewerberäumen erlangt hat. Es kommt hinzu, dass nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts der Gerichtsvollzieher dem Amtsgericht die Akte mit dem Bemerken zur Entscheidung über die Erinnerung zugeleitet hat, für ihn ergäben sich an Ort und Stelle – in den Gewerberäumen im Erdgeschoss des Hotels – keine Anhaltspunkte dafür, dass der weitere Beteiligte Gewahrsam an den Räumlichkeiten habe.

15 Sollte der weitere Beteiligte nicht Besitzer der zu räumenden Gewerberäume sein, wäre seine Erinnerung gegen die Zwangsvollstreckung nicht begründet. Gegen Personen, die sich in den herauszugebenden Mieträumen aufhalten, ohne deren Besitzer oder Mitbesitzer zu sein – wie etwa Bedienstete oder Besucher – findet keine Zwangsvollstreckung statt, da sie nicht im Sinne des § 885 Abs. 1 ZPO aus dem Besitz der Mieträume zu setzen sind. Ihre Zwangsräumung hat ihre Grundlage in der allein gegen den Mieter als Besitzer der Mieträume gerichteten Zwangsvollstreckung (KG NJW-RR 1994, 713 f. [= WuM 1994, 32]; Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl., § 885 Rdn. 9 und 14). Da gegen diese Personen keine Zwangsvollstreckung stattfindet, müssen sie in dem Titel oder der Klausel auch nicht gemäß § 750 Abs. 1 ZPO namentlich bezeichnet sein.

16 III. Auf die Rechtsbeschwerde des weiteren Beteiligten ist danach der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. LG Nürnberg-Fürth GuT 2008, 348 (in diesem Heft). S. a. nachfolgend LG Köln GuT 2008, 368.

§§ 750, 885 ZPO
Räumungsvollstreckung gegen GmbH;
persönlicher Mitbesitz des Geschäftsführers

Für die Räumungsvollstreckung gegen eine GmbH ist auch ein Räumungstitel gegen den Geschäftsführer erforderlich, wenn dieser persönlichen Mitbesitz an der zu räumenden Gewerbefläche begründet hat.

(LG Köln, Beschluss vom 31. 3. 2008 – 10 T 69/07)

Aus den Gründen: II. Die gemäß §§ 766 Abs. 2, 793, 567 ff. ZPO zulässige sofortige Beschwerde der Gläubigerin hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Es kann dahinstehen, ob die Schuldnerin das gegenständliche Grundstück geräumt hat und ob und inwieweit sie vorliegend (noch) als existent zu behandeln ist. Entscheidend ist viel-

mehr, dass (auch) eine dritte, in dem Titel nicht genannte Person (Mit-)Besitzer des Grundstücks ist und dies der Zwangsvollstreckung im Wege steht.

Gemäß § 885 Abs. 1 ZPO findet die Räumungsvollstreckung in der Weise statt, dass der Gerichtsvollzieher den Schuldner aus dem Besitz setzt und den Gläubiger in den Besitz einweist. Die Person des Schuldners ergibt sich aus § 750 Abs. 1 ZPO, d. h. eine Zwangsvollstreckung kann nur gegen eine Person begonnen werden, die im Titel und in der Vollstreckungsklausel als Vollstreckungsschuldner bezeichnet wird. Diese allgemeinen Voraussetzungen jeder Zwangsvollstreckung können nicht durch materiellrechtliche Erwägungen ersetzt werden; es ist daher ohne Bedeutung und bedarf keiner näheren Prüfung, ob der Besitzer der Sache nach materiellem Recht zur Herausgabe an die Gläubigerin verpflichtet wäre, denn diese Fragen gehören in das Erkenntnisverfahren und nicht in das formalisierte Zwangsvollstreckungsverfahren (BGH NZM 2004, 701 [= WuM 2004, 555]). Der Gerichtsvollzieher hat nicht das Recht zum Besitz zu beurteilen, sondern allein die tatsächlichen Besitzverhältnisse, gleich wie der Besitz erlangt ist, und dann nur noch zu prüfen, ob sich die Räumungsverpflichtung nach dem vom Gläubiger beigebrachten Titel gegen den von ihm festgestellten (Mit-)Besitzer richtet (BGH a. a. O.). Wer Besitz hat, bestimmt sich nach §§ 854 ff. BGB. Woraus er ein Besitzrecht ableitet, ist – so die inzwischen herrschende Ansicht – unerheblich (BGH a. a. O., m. w. N.; OLG Köln DGVZ 1997, 119 [= WuM 1997, 280]; Schuschke, NZM 2005, 686). Auch gegen denjenigen, der überhaupt kein Besitzrecht hat, weil er den Besitz beispielsweise durch verbotene Eigenmacht ergriffen hat – z. B. Hausbesetzer –, findet Räumungsvollstreckung nur statt, wenn der Gläubiger einen Titel gegen ihn erwirkt hat (BGH ZMR 2003, 826 [= GuT 2003, 231 = WuM 2003, 577]; OLG Köln, a. a. O.; Schuschke, a. a. O.). Einer erweiterten Auslegung des Titels und Erstreckung der in einem Räumungsurteil titulierten Verpflichtung auf Dritte, von denen sich ein Besitzrecht ableitet, steht schon das Erfordernis der Gewährung rechtlichen Gehörs entgegen (OLG Köln a. a. O.). Eine gewisse Ausnahme stellen Besitzdiener im Sinne von § 855 BGB dar, gegen die nach allgemeiner Meinung ein Titel nicht erforderlich ist. Um Besitzdiener im Sinne von § 855 BGB handelt es sich bei dem Geschäftsführer einer GmbH jedoch nicht.

Daher kann der Gerichtsvollzieher nur, muss andererseits aber auch, die tatsächlichen Verhältnisse prüfen, was beinhaltet, dass er die Umstände und die Grundlagen des Aufenthalts zu ermitteln und diese und die Gründe einer ablehnenden Entscheidung dem Gläubiger mitzuteilen hat (LG Wuppertal ZMR 2007, 457). Dabei ist es aber nicht seine Aufgabe, schwierige materiellrechtliche Fragen zu lösen; vielmehr kann er sich auf eine Zuordnung bzw. Bewertung anhand äußerlich erkennbarer Umstände und offensichtlicher Gegebenheiten beschränken.

2. Eine solche Prüfung hat der Gerichtsvollzieher vorliegend vorgenommen, indem er seine Ablehnung mit der tatsächlichen Sachherrschaft des Drittbeteiligten begründet hat; dass ihm bei der Ermittlung der tatsächlichen Verhältnisse aufgrund der nach außen sichtbaren Umstände ein Fehler unterlaufen wäre, ist nicht erkennbar.

Ausweislich der Ausführungen in dem Urteil des OLG Köln vom 13. 12. 2005 – 22 U 40/05 hatte die Schuldnerin als Untermieterin Besitz an dem gegenständlichen Grundstück erworben. Als GmbH vermochte die Schuldnerin selbst den Besitz

nicht auszuüben, sondern übte ihren Besitz durch ihren Geschäftsführer, vorliegend den Drittbeteiligten, aus (vgl. zur Ausübung des Besitzes durch eine GmbH OLG Düsseldorf GmbHR 2000, 283; OLG Köln JurBüro 1996, 217). Allerdings führt dies nicht dazu, dass die juristische Person an allen Sachen, die sich in der Gewalt ihres Organs befinden, auch Besitz erwirbt und der Organwahrer mithin jeder eigenen besitzrechtlichen Stellung beraubt wird; entscheidend ist vielmehr, ob er die tatsächliche Gewalt über eine Sache nicht als Eigenbesitz ausüben wollte, sondern für eine nach objektiven Kriterien identifizierbare juristische Person erlangt hat und ausüben wollte (OLG Düsseldorf a. a. O.). Deswegen ist es auch möglich, dass ein GmbH-Geschäftsführer als Organ für die juristische Person und auch zugleich für sich persönlich die tatsächliche Gewalt an einer Sache ausübt und der Wille darauf gerichtet ist, (gleichstufigen) unmittelbaren Mitbesitz zu begründen. Dabei handelt es sich keineswegs um die Annahme eines gleichzeitig verwirklichten Eigen- und Fremdbesitzes, der nach einer verbreiteter Auffassung (BGH NJW 1983, 568) nicht möglich sein soll.

Vorliegend ist davon auszugehen, dass der Drittbeteiligte auch Mitbesitz an dem Grundstück für sich persönlich begründet hat. Der Drittbeteiligte hat nämlich auf dem Grundstück nicht etwa lediglich einen Bürocontainer aufgestellt, sondern einen Wohnwagen. Aufgrund der von ihm vorgelegten Meldebescheinigung ist darüber hinaus auch davon auszugehen, dass er seit inzwischen acht Jahren nicht nur ein Büro für die Schuldnerin in dem Wohnwagen unterhält, sondern er dort auch wohnhaft ist. Dafür spricht auch der Umstand, dass beispielsweise die Zahlungserinnerung der Rheinenergie AG an den Drittbeteiligten persönlich – und nicht etwa nur als Geschäftsführer der Schuldnerin – unter der Anschrift E. Straße in Köln gerichtet und nicht erkennbar ist, dass die Rechnung sich auf Leistungen bezöge, die nicht das gegenständliche Objekt betreffen.

Soweit in dem Verfahren 22 U 40/05 OLG Köln mit Schriftsatz der Beklagtenseite vorgetragen worden war, die Beklagte – hiesige Schuldnerin – beherberge auf dem Grundstück keine weiteren Nutzer, steht dies zwar in Widerspruch mit dem Inhalt der Meldebescheinigung. Die Unrichtigkeit des Inhalts der Meldebescheinigung folgt daraus jedoch nicht. Erst recht ist eine Unrichtigkeit nicht derart offensichtlich, dass diese bei der Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse durch den Gerichtsvollzieher, auf die es allein ankommt, klar zutage treten würde.

Der hiernach anzunehmende Mitbesitz des Drittbeteiligten ist nicht lediglich auf das Areal beschränkt, auf dem sich der Wohnwagen befindet bzw. auf die Zuwegung dorthin. Aufgrund der von dem Drittbeteiligten vorgelegten Unterlagen ist jedenfalls für das vorliegende Vollstreckungsverfahren davon auszugehen, dass er im Jahre 2003 an dem – überall – auf dem Grundstück befindlichen Anlagevermögen der Schuldnerin Eigentum erworben hat. Die gewählte Konstruktion – Veräußerung an den Drittbeteiligten, Verpachtung der Gegenstände an die Schuldnerin – ist rechtlich möglich und angesichts dessen, dass der Geschäftsführer der Schuldnerin von den Beschränkungen nach § 181 BGB befreit war, nicht offensichtlich unwirksam. Aufgrund der Stellungnahme des Steuerberaters des Drittbeteiligten vom 12. 7. 2007 ist auch nicht in einer jede weitere materiellrechtliche Prüfung entbehrlieh machenden Weise offensichtlich, dass es sich bei diesen Geschäften um Scheingeschäfte handelt, die zur Verhinderung der Zwangsvollstreckung um Jahre zurückdatiert worden wären.

Da sich das ehemalige Anlagevermögen der Schuldnerin auf dem gesamten Grundstück befindet und nicht auf einem abgrenzbaren Areal gelagert ist – die Gläubigerin selbst trägt vor, die Verhältnisse auf dem Grundstück seien unverändert –, ist der Mitbesitz des Drittbeteiligten an dem Grundstück, den er – auch – dadurch ausübt, dass sich seine Sachen dort befinden, nicht auf einen Teilbereich des Grundstücks beschränkt.

Es fehlt daher für eine Räumung des Grundstücks, und sei es nur in Teilbereichen, an der gemäß §§ 750, 885 Abs. 1 ZPO

Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2006-2007

Preis: 15,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Sonderpreise für GuT-Einbanddecken und
Bestelladresse in diesem Heft Seite 412

Lieferung solange vorrätig.

erforderlichen Bezeichnung des Drittbeteiligten in dem Vollstreckungstitel oder einer dem Titel beigefügten Vollstreckungsklausel.

3. Die Berufung auf das Fehlen der allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung durch Schuldnerin und Drittbeteiligten ist nicht rechtsmissbräuchlich.

In Ausnahmefällen ist in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten worden, dass ein Dritt-Gewahrsamsinhaber, der seinen Besitz nicht aus einem selbständigen Rechtsgrund ableitet, zumindest dann zusammen mit dem Titelschuldner aus dem gegen diesen gerichteten Titel aus dem Besitz zu setzen sei, wenn Umstände hinzutreten, die eindeutig auf einen Rechtsmissbrauch des Vollstreckungsschuldners hinweisen, so etwa, wenn ein behauptetes Untermietverhältnis nicht nachgewiesen worden ist (AG Ludwigshafen ZMR 2003, 197), oder wenn ein Untermietverhältnis erst nach Erhebung der Räumungsklage begründet und dem Vermieter verheimlicht worden ist, wobei diese Rechtsauffassung damit begründet wird, dass sich dieses „Spiel“ unendlich fortsetzen lasse (AG Hamburg-St. Georg ZMR 2007, 280).

Vorliegend mag der Drittbeteiligte nur eingeschränkt schutzwürdig sein, weil er als Geschäftsführer der Schuldnerin Kenntnis von dem Räumungsrechtsstreit hatte und diesen beeinflussen konnte und zudem die Eigentümerin des Geländes nicht nur nicht davon in Kenntnis gesetzt worden ist, dass der Geschäftsführer der Schuldnerin das Gelände auch privat nutzte, sondern sogar ausdrücklich vorgetragen war, das Grundstück werde nicht durch Dritte genutzt. Da dieser Vortrag erst in zweiter Instanz erfolgte, kann er aber nicht dafür ursächlich geworden sein, dass kein Titel gegen den Drittbeteiligten erwirkt wurde, da dieser ohnehin nicht mehr in das Verfahren einbezogen werden konnte. Auch hat dieser Vortrag keine sonstige Verzögerung bewirkt, wie der Umstand zeigt, dass die Gläubigerin auch noch eineinhalb Jahre nach der Einstellung der Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher und Kenntniserlangung davon, dass der Drittbeteiligte angeblich dort wohnt, keine Räumungsklage gegen den Drittbeteiligten erhoben hat. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten in Form eines für die Verzögerung ursächlichen, zu missbilligenden ist hierin nicht zu sehen. Zur ungefragten Mitteilung darüber, wer auf dem Grundstück wohnt, war die Schuldnerin nicht verpflichtet.

Die Begründung des Wohnsitzes auf dem Gelände als solche ist ebenfalls nicht rechtsmissbräuchlich. Der Zeitablauf von mehreren Jahren seit der Anmeldung des Wohnsitzes im Jahre 2000 unter der gegenständlichen Anschrift steht der Annahme entgegen, diese sei lediglich zur Verhinderung der Räumungsvollstreckung erfolgt.

Es verbleibt also dabei, dass zur Durchführung der Räumung auch ein Titel gegen den Drittbeteiligten erforderlich ist. Der Gerichtsvollzieher hat mithin zu Recht die Durchführung der Zwangsvollstreckung abgelehnt.

Die Gläubigerin ist nicht rechtlos gestellt. Sie kann gegen den Drittbeteiligten, der noch nicht einmal geltend macht, zum Besitz berechtigt zu sein, auf Herausgabe nach § 985 BGB klagen und sich den Herausgabeanspruch titulieren lassen. Sofern es bei der Zwangsvollstreckung aus dem zu erwirkenden Titel wiederum zu ähnlich gelagerten Problemen wie vorliegend kommen sollte, dürfte die Frage des Rechtsmissbrauchs anders als in dem vorliegenden Verfahren zu beantworten sein. Insofern ist nicht zu befürchten, dass sich – wie es in der Entscheidung des AG Hamburg-St. Georg (a. a. O.) heißt – das „Spiel“ endlos fortsetzen ließe.

Mitgeteilt von RA Wiek, Köln

www.gut-netzwerk.de

§§ 924, 926, 927, 936 ZPO; § 861 BGB
Gewerbaumiete; Untermiete; einstweilige Verfügung auf Rückgabe bei verbotener Eigenmacht gegen den Herausgabe beanspruchenden Untervermieter

Für den Antrag des Schuldners nach § 926 Abs.1 ZPO fehlt das Rechtsschutzbedürfnis, wenn der zu sichernde Anspruch auf Rückgabe der durch verbotene Eigenmacht (§ 861 BGB) erlangten Sache (hier: Ladengeschäft) infolge Erfüllung durch den Schuldner erloschen ist; richtiger Rechtsbehelf des Schuldners in einem solchen Falle ist der Widerspruch (§ 924 ZPO) oder der Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen veränderter Umstände (§ 927 ZPO)

(KG, Beschluss vom 8.4.2008 – 12 W 16/08)

Zum Sachverhalt: Der Antragsgegner (Untervermieter) ist durch Beschluss der Zivilkammer 32 des Landgerichts Berlin vom 8. Januar 2008 im Wege der einstweiligen Verfügung verpflichtet worden, dem Antragsteller (Untermieter) den Besitz an einem Ladengeschäft einzuräumen, den er dem Antragsteller zuvor durch verbotene Eigenmacht (§ 861 BGB) entzogen hatte.

Auf Antrag des Antragsgegners vom 9. Januar 2008 hat der Rechtspfleger mit Beschluss vom 16. Januar 2008 nach §§ 926, 936 ZPO angeordnet, dass der Antragsteller binnen einer Frist von 3 Wochen Hauptsacheklage zu erheben habe und diese Frist später verlängert.

Mit seiner Erinnerung vom 1. Februar 2008 hat der Antragsteller geltend gemacht, er habe noch am Tage des Erlasses der einstweiligen Verfügung am 8. Januar 2008 den Besitz an dem von ihm gemieteten Ladengeschäft wiedererlangt, so dass ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag nach § 926 Abs.1 ZPO nicht bestanden habe.

Auf diese Erinnerung hat der Rechtspfleger seinen Beschluss vom 16. Januar 2008 durch weiteren Beschluss vom 27. Februar 2008 aufgehoben mit der Begründung, eine Fristsetzung nach § 926 ZPO sei unzulässig, wenn es an einem Rechtsschutzbedürfnis oder an einem noch zu sichernden Anspruch fehle; dies sei hier der Fall, weil der Antragsteller nach Erlass der einstweiligen Verfügung den Besitz zurück erlangt habe und es daher sinnlos sei, den Antragsteller in eine aussichtslose Hauptsacheklage zu zwingen. Dem Antragsgegner bleibe es unbenommen, das Widerspruchsverfahren (§ 924 ZPO) oder das Verfahren nach § 927 ZPO zu betreiben.

Gegen diesen ihm am 4. März 2008 zugestellten Beschluss vom 27. Februar 2008 wendet sich der Antragsgegner mit der am 18. März bei dem Landgericht eingegangenen Beschwerde. Mit dieser macht er u. a. geltend, der Antragsteller entziehe sich in rechtswidriger Art und Weise der Rückgabe der Mieträume und leiste keine Mietzahlungen. Soweit sich der Antragsteller (Gläubiger) auf den Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses berufe, sei seine Erinnerung unzulässig gewesen, da bei Wegfall des zu sichernden Anspruchs richtiger Rechtsbehelf der nach §§ 924, 927 ZPO sei.

Durch Beschluss vom 27. März 2008 hat der Rechtspfleger der Beschwerde nicht abgeholfen und diese dem Kammergericht zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen: B. Die Zurückweisung der nach § 11 Abs.1 RPflG, § 567 ZPO zulässigen Beschwerde (vgl. Zöller, ZPO, 26. Aufl., § 926 Rn 21) erfolgt aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschlusses sowie des Nicht-Abhilfe-Beschlusses vom 27. März 2008.

Es sind keine Rechtsfehler oder Ermessensfehler der angefochtenen Entscheidung festzustellen.

So fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag nach § 926 Abs.1 ZPO, wenn von der einstweiligen Verfügung für den

Schuldner keine Gefahr mehr ausgeht oder die Aufhebung der einstweiligen Verfügung auf einfacherem Weg – ohne den Umweg über das Hauptsacheverfahren – möglich ist.

Dies ist auch dann der Fall, wenn der zu sichernde Anspruch auf jeden Fall weggefallen ist (richtiger Rechtsbehelf des Schuldners dann § 924 ZPO oder § 927 ZPO), wenn also der Schuldner in der Zwischenzeit erfüllt hat und der allein auf Besitzschutz (§ 861 BGB) gestützten Herausgabeverfügung voll entsprochen wurde (vgl. Zöller, a. a. O., § 926 Rn 12 m. w. N.; Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 926 Rn 7). Diese Grundsätze hat das Landgericht zutreffend angewandt.

Es verhilft der Beschwerde nicht zum Erfolg, wenn der Antragsgegner in seinem der Beschwerde beigefügten Schriftsatz vom 22. Februar 2008 zutreffend darauf hinweist, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Anordnung des Beschlusses vom 16. Januar 2008 der Zeitpunkt des Erlasses dieses Beschlusses (16.1.2008) ist. Denn bereits bei Erlass des Beschlusses vom 16. Januar 2008 hat dem Antragsgegner das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis für einen Antrag nach § 926 ZPO gefehlt, weil er – unstreitig – bereits am 8. Januar 2008 der allein auf Besitzschutz gestützten Herausgabeverfügung entsprochen hat.

Auch soweit der Antragsgegner in demselben Schriftsatz unter Berufung auf Zöller, ZPO, § 926 Rn 12, geltend macht, bei Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses seien Maßnahmen nach § 924 oder § 927 ZPO der richtige Rechtsbehelf, trifft dies zwar in vollem Umfang zu.

Es bedeutet indes, dass ihm, dem Antragsgegner und Beschwerdeführer, diese Rechtsbehelfe offen stehen, wenn er meint, die gegen ihn gerichtete einstweilige Verfügung sei zu Unrecht ergangen; in diesem Fall kann er nämlich nach § 924 ZPO Widerspruch einlegen oder nach § 927 ZPO die Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen veränderter Umstände beantragen. Darauf hat bereits das Landgericht in dem angefochtenen Beschluss vom 27. Februar 2008 zutreffend hingewiesen.

Soweit der Antragsgegner meint, der Antragsteller müsse zur Erhebung der Hauptsacheklage gezwungen werden, weil er sich in rechtswidriger Weise der Rückgabe der Mietsache entziehe, verhilft auch dies der Beschwerde nicht zum Erfolg. Denn es war nicht der Antragsteller (Untermieter), der sich im Wege verbotener Eigenmacht den Besitz an der Mietsache verschafft hat, sondern dies war der Antragsgegner und Beschwerdeführer (Untervermieter). Wenn dieser nun meint, ihm stehe ein Herausgabeanspruch gegen seinen Untermieter zu, entspricht es der Rechtsordnung, dass er sein Herausgabeverlangen im ordentlichen Verfahren geltend macht.

Mitgeteilt von VRiKG Grieb, Berlin

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.

§§ 259, 273, 556 BGB – Betriebskostenabrechnung; vereinbarte entsprechende Anwendung von Wohnraummietrecht; Anwaltskanzlei in einer Wohnung

Sind Betriebskosten nach Flächenanteilen abzurechnen, ist zur Erstellung einer formell ordnungsgemäßen Abrechnung eine Erläuterung der angesetzten Flächenwerte nicht allein deswegen erforderlich, weil diese Werte für aufeinander folgende Abrechnungsjahre Unterschiede aufweisen, deren Grund für den Mieter nicht ohne Weiteres erkennbar ist. Gleiches gilt, wenn abgelesene Verbrauchswerte im Vergleich zu anderen Abrechnungszeiträumen auffällige Schwankungen zeigen. Ob die angesetzten Flächen- und Verbrauchswerte zutreffen, berührt allein die materielle Richtigkeit der Abrechnung.

(BGH, Urteil vom 28. 5. 2008 – VIII ZR 261/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 407; Berufungsgericht LG Berlin in WuM 2007, 626.

§§ 257, 93 ZPO – Gewerberaummiete; Klage auf zukünftige Räumung; sofortiges Anerkenntnis

Der Gesetzgeber gibt dem Vermieter von nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen in § 257 ZPO bewusst ein Mittel in die Hand, zu einem frühen Zeitpunkt und ohne das Erfordernis eines konkreten Anlasses die Räumungspflicht des Mieters titulieren lassen zu können. Darauf, wie lange es noch bis zum Beendigungszeitpunkt dauert und ob eine Verweigerung befürchtet werden muss, kommt es dabei nicht an. Dem Mieter ergeben sich hieraus keine Nachteile, weil er (wenn er nicht vorher seine Leistungsbereitschaft in Abrede gestellt hat) sogleich das Anerkenntnis erklären kann und dann auch wegen § 93 ZPO von der Kostenlast befreit ist. Tritt der Mieter einer derartigen Klage entgegen, ist der Beschleunigungs- und Entlastungseffekt, den § 93 ZPO bewirken soll, dagegen nicht mehr gegeben; der Vermieter kann zumindest nicht wie intendiert frühzeitig und problemlos den Titel erlangen, wie es Zweck des § 257 ZPO ist. Kostenveranlasser ist dann der Beklagte, der sich dem Klageanspruch nicht bedingungslos unterworfen hat. Für eine Privilegierung des beklagten Mieters ist dann kein Raum mehr.

Auf die Frage, ob die Beklagte den Kläger zur Klageerhebung veranlasst hat, indem sich sich pflichtwidrig nicht in ausreichender Weise zur Räumungsbereitschaft erklärt hat, kommt es [...] nicht mehr an.

Das Gericht merkt allerdings an, dass der Erklärung vom 4. 2. 2008 einerseits bei objektiver Würdigung durchaus der Bedeutungsgehalt entnommen werden kann, dass die Beklagte sich dem durch die Kündigung bewirkten Ende des Mietverhältnisses fügt, sie aber andererseits nicht als klares und eindeutiges Zugestehen des Beendigungszeitpunkts und der Räumungspflicht bezeichnet werden kann. Auch wenn es durchaus nachvollziehbar ist, dass sich der Beklagtenvertreter wegen des schwebenden anderen Rechtsstreits mit klaren Zugeständnissen zunächst zurückhalten wollte, ist festzustellen, dass eine eindeutige Zusage der Räumung nicht erfolgt ist. Dies dürfte der aus § 242 BGB folgenden Obliegenheit des Mieters, sich zu erklären (vgl. OLG Nürnberg, Beschl. v. 12.1.2004, 8 W 2530/02; OLG Stuttgart, Beschl. v. 7. 5. 1999, Az. 5 W 16/99, NZM 2000, 95 [= WuM 1999, 414]), nicht genügen, da es gerade darum geht, Klarheit zu schaffen. Inwieweit eine solche Pflicht allerdings, wie vom Beklagtenvertreter eingewandt, auch erhebliche Zeit vor dem Beendigungstermin besteht und ob die vom Kläger vorliegend vorgebrachten Gründe diese generell oder ausnahmsweise begründen, bedarf mangels Entscheidungserheblichkeit keiner Erörterung.

(LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 25. 6. 2008 – 7 O 4785/08)

§§ 592, 92, 97 ZPO – Kosten der Anschlussberufung bei Zurückweisung der Berufung

Bei Zurückweisung der Berufung nach § 522 Abs. 2 ZPO trägt der Anschlussberufungsführer die Kosten der Anschlussberufung – anders als bei Rücknahme der Berufung – anteilig.

(KG, Beschluss vom 14. 4. 2008 – 12 U 86/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 506.

§ 244 StGB – Wohnungseinbruchsdiebstahl; Eindringen in Büroräume

1 Das Landgericht hat den Angeklagten – unter Freisprechung im Übrigen – wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls in neun Fällen, versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahls in vier Fällen und Diebstahls in sechs Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und drei Monaten verurteilt und Tatwerkzeuge eingezogen. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat nur den aus der Beschlusssformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

2 1. Der Senat stellt das Verfahren aus verfahrensökonomischen Gründen auf Antrag des Generalbundesanwalts gemäß § 154 Abs. 2 StPO ein, soweit der Angeklagte in den Fällen II 8

(versuchtes Eindringen in den Büroraum H.) und 11 (versuchtes Eindringen in die Büroräume K.) verurteilt worden ist, weil die bisherigen Feststellungen jedenfalls keinen versuchten Wohnungseinbruchsdiebstahl belegen.

3 2. Die Teileinstellung hat die Änderung des Schuldspruchs und den Wegfall der für die Fälle II 8 und 11 verhängten Einzelstrafen (zweimal neun Monate Freiheitsstrafe) zur Folge. Die übrigen Einzelstrafen können bestehen bleiben; denn es ist auszuschließen, dass sie von der Teileinstellung beeinflusst sind. Im Hinblick auf die rechtsfehlerfrei festgesetzten, verbleibenden Einzelstrafen (zwei Jahre zwei Monate, zweimal zwei Jahre, ein Jahr sieben Monate, ein Jahr sechs Monate, ein Jahr vier Monate, zweimal ein Jahr zwei Monate, ein Jahr, zweimal neun Monate, zweimal acht Monate, zweimal sechs Monate, vier Monate und drei Monate Freiheitsstrafe) hat auch die maßvolle Gesamtfreiheitsstrafe Bestand. Ein noch strafferer Zusammenzug der Einzelstrafen wäre nicht mehr schuldangemessen. Der Senat schließt daher aus, dass das Landgericht ohne die eingestellten Fälle eine geringere Gesamtfreiheitsstrafe als fünf Jahre und drei Monate verhängt hätte.

(BGH, Beschluss vom 7. 8. 2008 – 4 StR 188/08)

§§ 22, 263 StGB; §§ 338, 26a, 27 StPO; §§ 535, 559, 559b BGB – Betrug zum Nachteil des Wohnraummieters durch Kalkulation eines Wärmelieferungspreises einschließlich „kick-back“-Aufschlag des Vermieters

Zum (versuchten) Betrug zum Nachteil der Wohnraummieter durch Kalkulation eines Wärmelieferungspreises, der einen Gewinnaufschlag zugunsten des Vermieters enthält und den Aufschlag auf die Mieter umlegt („kickback“), ohne dass eine Modernisierungsmieterhöhung stattfände.

Zur Würdigung eines Beweisantrags, der die Kalkulation eines Wärmelieferungspreises zum Gegenstand hat.

(nichtamtliche Leitsätze)

(BGH, Beschluss vom 2. 4. 2008 – 5 StR 129/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 343.

KL-Mitteleiler: RiBGH Wellner, Karlsruhe; RA Specht, Nürnberg; VRiKG Grieb, Berlin

Teileigentum

§ 15 WEG; § 1004 BGB

Verpachtetes Teileigentum; Diskothek-Gaststätte in der Wohnanlage; Verwendungszweck; Gebrauchsregelung; Funktionsbezeichnung; störender Lärm

Bei einer Trennung zwischen Vorschriften in einer Teilungserklärung über die Teilung einerseits und die Gemeinschaftsordnung andererseits spricht eine allgemeine Vermutung dafür, dass eine in der Gemeinschaftsordnung enthaltene Gebrauchsregelung eher der Festlegung des Verwendungszwecks dient als eine Funktionsbezeichnung in den Vorschriften über die Teilung.

(OLG Schleswig, Beschluss vom 21. 12. 2007 – 2 W 202/07)

Zum Sachverhalt: Die Beteiligte zu 3. ist Eigentümerin des im Erdgeschoss des Hauses gelegenen Teileigentums, den Beteiligten zu 1. und 2. gehören die in mehreren Stockwerken darüber gelegenen Wohnungseigentumseinheiten. Die Beteiligte zu 3. hat ihr Teileigentum verpachtet. Ihr Pächter betreibt darin eine Diskogaststätte. Zwischen der Beteiligten zu 3. und den Wohnungseigentümern besteht seit spätestens 1981 Streit über die Unzulässigkeit des von der Diskogaststätte auf die Wohnungen ausgehenden Lärms. In der Teilungserklärung vom 30. 3. 1970 (TE) ist u. a. bestimmt:

„§ 1 Teilung

(1) Das Eigentum an dem vorbezeichneten Grundstück wird hiermit gemäß § 8 WEG in Miteigentumsanteile derart aufgeteilt, dass mit jedem Miteigentumsanteil Sondereigentum nach Maßgabe des von der Baubehörde in Westerland genehmigten und beigelegten Aufteilungsplans verbunden ist, nämlich

1. Miteigentumsanteil von 3052/10000 verbunden mit dem Sondereigentum an

a) der gesamten Parterre zur gewerblichen Nutzung als Restaurant, bestehend aus der gesamten nutzbaren Restaurantfläche nebst im Aufteilungsplan mit E bezeichnet.“

(Im Aufteilungsplan des Erdgeschosses – E –, enthalten in den beigezogenen Grundakten zum Grundbuch von Westerland

Blatt xxx, sind die Räume mit „Gastraum 1“ und „Gastraum 2“ bezeichnet.)

„§ 3 Grundregelung des Gemeinschaftsverhältnisses

(1) Für das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und für die Verwaltung gelten, soweit diese Erklärung nichts Abweichendes bestimmt, die §§ 10 bis 29 WEG.

(2) Auf das Teileigentum finden die Vorschriften dieser Erklärung entsprechende Anwendung.

§ 4 Art und Umfang des Gebrauchs

(1) Dem Wohnungseigentümer ist es grundsätzlich gestattet, eine berufliche Tätigkeit – gleich welcher Art – in der Wohnung nachhaltig auszuüben oder durch Dritte ausüben zu lassen oder die Wohnung oder Teile davon Dritten zu diesem Zweck zu überlassen; das gilt auch für das Teileigentum.

(2) ...“

Gemäß § 17 Abs. 1 TE bewilligt und beantragt der Eigentümer, die Teilung gemäß § 1 sowie die Vorschriften der §§ 2 bis 16 dieser Erklärung als Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums in das Grundbuch einzutragen. Ausweislich des eingereichten Grundbuchsatzugs ist die Eintragung dementsprechend erfolgt. Insbesondere ist im Bestandsverzeichnis wegen des Gegenstandes und des Inhalt des Sondereigentums auf die vorerwähnte Eintragungsbewilligung Bezug genommen.

Zunächst hat die Verwalterin für die Wohnungseigentümergeinschaft, auf einen Hinweis durch das Landgericht Flensburg sodann in Vollmacht der Beteiligten zu 1. u. a. beantragt, die Beteiligte zu 3. zu verpflichten, es zur unterlassen, ihr Teileigentum anders zu nutzen denn als Restaurant, insbesondere als Musik- und Tanz- sowie Diskogaststätte, und ihr in jedem Fall der Zuwiderhandlung ein in das Ermessen des Gerichts gestelltes Ordnungsgeld bis zu 250 000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft anzudrohen. Die Beteiligte zu 3. hat beantragt, den Antrag der Beteiligten zu 1. zurückzuweisen und festzustellen, dass sie – die Beteiligte zu 3. – berechtigt ist, ihr Teileigentum als Diskogaststätte zu nutzen. Das Amtsgericht Niebüll hat u. a. den Antrag der Beteiligten zu 1. zurückgewiesen und dem Feststellungsantrag der Beteiligten zu 3. stattgegeben. Hiergegen

haben die Beteiligten zu 1. sofortige Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat in teilweiser Änderung des angefochtenen Beschlusses den Feststellungsantrag als unzulässig und im übrigen die sofortige Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss richten sich die sofortigen weiteren Beschwerden der Beteiligten. Die Beteiligten zu 1. verfolgen weiter ihren Unterlassungsantrag, die Beteiligte zu 3. ihren Feststellungsantrag.

Aus den Gründen: II. Nach Art. 4 des Gesetzes zur Änderung des WEG und anderer Gesetze vom 26. 3. 2007 und § 62 Abs. 1 WEG n. F. sind für das vorliegende Verfahren grundsätzlich die bis zum 1. 7. 2007 geltenden Vorschriften anzuwenden (vgl. BGH NJW 2007, 3492 [= WuM 2007, 644]; Elzer WuM 2007, 295, 305). Die Paragrafenangaben beziehen sich auf das WEG a. F.

Die sofortigen weiteren Beschwerden sind nach §§ 45 Abs. 1 WEG, 20, 21, 22, 27 und 29 FGG zulässig.

1. Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1. ist unbegründet. Die angefochtene Entscheidung beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§§ 27 FGG; 546 ZPO).

Das Landgericht hat hierzu ausgeführt: Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus §§ 15 Abs. 3 WEG; 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB stehe den Beteiligten zu 1. nicht zu. Die Beteiligte zu 3. lasse ihr Teileigentum durch ihren Pächter grundsätzlich nicht entgegen den Bestimmungen der TE nutzen (§ 1004 Abs. 2 BGB). Die Auslegung der maßgeblichen Bestimmungen der TE ergebe, dass die Regelung in § 1 Abs. 1 Nr. 1. Bst a), enthalten in deren sachenrechtlichem Teil, der TE im engeren Sinne, die der Abgrenzung des Sondereigentums zum Gemeinschaftseigentum diene, im Widerspruch stehe zur Regelung in § 4 Abs. 1, enthalten in deren schuldrechtlichem Teil, der sog. Gemeinschaftsordnung (GO), die das schuldrechtliche Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander betreffe. Während § 1 Abs. 1 Nr. 1. Bst. a) TE die gewerbliche Nutzung des Teileigentums (nur) als Restaurant vorsehe, meine § 4 Abs. 1 TE mit „beruflicher Tätigkeit – gleich, welcher Art –“, dass darin jede gewerbliche Tätigkeit – so auch der hier beanstandete Diskothekenbetrieb – grundsätzlich erlaubt sei. Bei einem Widerspruch zwischen Teilungserklärung und Gemeinschaftsordnung räume aber die Rechtsprechung, der sich die Kammer anschließe, der Regelung in der Gemeinschaftsordnung den Vorrang ein, weil in einem solchen Fall der Regelung in der TE nicht die Bedeutung einer Nutzungsbeschränkung zukomme. Die konkrete Nutzung widerspreche auch nicht dem Charakter oder der baulichen Gestaltung der Anlage. Diese liege in der Hauptgeschäftsstraße von Westerland, in der sich u. a. auch Bars und Tanzlokale bzw. Diskotheken befänden, und verfüge im Erdgeschoss über entsprechende Räumlichkeiten. Die Wohnungseigentümer könnten nur die Unterlassung konkreter beeinträchtigender Lärmimmissionen durch den Diskothekenbetrieb fordern, was sie vorliegend indessen nicht beantragt hätten.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung stand.

Die Wohnungseigentümer können den Gebrauch des Sondereigentums durch Vereinbarung regeln (§ 15 Abs. 1 WEG). Dabei stehen Regelungen in der TE oder der GO einer Vereinbarung gleich (§§ 8 Abs. 2 Satz 1, 5 Abs. 4 WEG; vgl. Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl., § 15 Rn. 7). TE und GO sind hier – wie eingangs dargelegt – unmittelbar oder durch zulässige Bezugnahme im Eintragungsvermerk Inhalt des Grundbuchs geworden (§§ 8 Abs. 2 Satz 1, 7 Abs. 1 und 3 WEG). Den Inhalt des Grundbuchs hat das Rechtsbeschwerdegericht ohne Bindung an die Auslegung durch das Landgericht selbständig auszulegen. Dabei ist auf den Wortlaut und Sinn der Eintragung sowie der darin in zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung samt Anlagen – etwa den Aufteilungsplan – abzustellen, wie sie sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergeben (§ 133 BGB; BayObLG DNotZ 2000, 205). Mit dieser Maßgabe folgt der Senat sowohl hinsichtlich des Umfangs der Gebrauchsregelung in

§ 4 Abs. 1 TE als auch hinsichtlich des Vorrangs dieser Regelung vor § 1 Abs. 1 Nr. 1 Bst. a) TE der Auslegung des Landgerichts, die mit der von ihm bereits angeführten einhelligen Rechtsprechung übereinstimmt (vgl. ibs. BayObLG DNotz 1989, 426 [= WuM 1988, 407] und OLG Düsseldorf FGPrax 2003, 202 [= GuT 2003, 150] – jew. m.w. Nw.; Weitnauer/Lüke a. a. O. § 15 Rn. 12).

Der Begriff „berufliche Tätigkeit – gleich welcher Art“ ist ersichtlich weit gefasst und beinhaltet jegliche gewerbliche Tätigkeit, mithin auch den Betrieb der Diskogaststätte. Nach der deutlichen Gliederung der TE, wie sie sich schon aus ihren Überschriften ergibt, regelt § 1 TE die (sachenrechtliche) „Teilung“ unter besonderer Hervorhebung der Abgrenzung des Gemeinschaftseigentums vom Sondereigentum (vgl. auch die Bezugnahme auf den Aufteilungsplan gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG, BayObLG DNotz 2000, 205), während § 4 TE im Abschnitt über das Gemeinschaftsverhältnis (vgl. § 3 TE) „Art und Umfang des Gebrauchs“ betrifft. Diese Unterscheidung zwischen Teilung und Gebrauchsregelung findet ihren Niederschlag auch in § 17 TE, der zwischen § 1 der TE und deren übrigen Bestimmungen unterscheidet. In einem solchen Fall spricht eine allgemeine Vermutung dafür, dass Gebrauchsregelungen in der GO enthalten sind und Funktionsbezeichnungen für Räume in der TE eher der Abgrenzung des Sondereigentums zum Wohnungseigentum als einer Festlegung des Verwendungszwecks dienen (BayObLG DNotz 1989, 426 [= WuM 1988, 407]). Dies folgt schon daraus, dass die GO den Gebrauch ausdrücklich regelt, während sich eine vergleichbare Bestimmung in der Beschreibung eines Teileigentums in der TE und dem Aufteilungsplan nur mittelbar im Wege der Auslegung feststellen lässt (Weitnauer/Lüke a. a. O. § 15 Rn. 12).

Diese Vermutung ist vorliegend auch nicht widerlegt. Insbesondere stellt § 1 Abs. 1 Nr. 1 Bst. a) TE keine spezielle Zweckbestimmung für das Teileigentum im Verhältnis zum Wohnungseigentum dar. § 4 Abs. 1 TE stellt ausdrücklich klar, dass die dort getroffene Gebrauchsregelung auch für das Teileigentum gilt. Zutreffend hat ferner das Landgericht bereits darauf hingewiesen, dass bei gegenteiliger Auslegung den Wohnungseigentümern eine grundsätzlich unbeschränkte Gewerbefreiheit eingeräumt wäre, während der Teileigentümer auf den Betrieb einer Gaststätte festgelegt wäre, obgleich das „Beeinträchtigungspotential“ einer Wohnung im allgemeinen als geringer einzuschätzen ist, als dasjenige eines in der Regel für die Ausübung eines Gewerbes vorgesehenen Teileigentums.

Das Vorbringen der Beteiligten 1. gibt dem Senat keinen Anlass, die angefochtene Entscheidung zu ändern. Soweit sie zwischen den Regelungen in § 1 TE und § 4 TE gar keinen Widerspruch sehen, lassen sie außer Acht, dass § 4 TE das Teileigentum ausdrücklich in seinen Geltungsbereich einbezieht. Ihr Vorbringen, nur § 1 TE sei in das Grundbuch eingetragen, nicht hingegen § 4, ist – wie schon ausgeführt – unrichtig. Ihre Auffassung, jedenfalls habe die Zweckbestimmung in der TE Vorrang vor jener in der GO, kehrt ohne nachvollziehbare Erläuterung zu Unrecht das Rangverhältnis um, wie bereits ausführlich begründet. Ihr Hinweis auf die Entscheidung BGH NJW 2004, 3413 [= WuM 2004, 681] liegt neben der Sache. Diese Entscheidung befasst sich mit der Schließung einer Lücke durch eine ergänzende Auslegung der GO im Wege der Ermittlung des hypothetischen Willens der Wohnungseigentümer, um einen vereinbarten Verteilungsschlüssel zu ändern. Eine Regelungslücke ist vorliegend jedoch gerade nicht gegeben. Der Umstand, dass typischerweise der Betrieb einer Diskothek die Umgebung mehr beeinträchtigt als eine Gaststätte, ist unerheblich, weil – wie die Auslegung ergeben hat – der Betrieb der Diskothek nach der GO grundsätzlich erlaubt ist. Mit Recht hat ferner das Landgericht darauf hingewiesen, dass die Wohnungseigentümer von der Diskothek ausgehende Beeinträchtigungen durch Lärm, die das zulässige Maß überschreiten, durch einen entsprechenden Unterlassungsantrag gegen die Beteiligte zu 3. verfolgen können. Diese Überschreitungen können nicht ohne weiteres zu einem Verbot des grundsätzlich gestatteten Diskobetriebs führen.

Der Nachweis mag im Einzelnen aufwändig sein, dieser Umstand wohnt indessen allen Verfahren auf Unterlassung unzulässigen Lärms inne.

2. Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 3. ist gleichfalls unbegründet. Auch insoweit beruht die angefochtene Entscheidung nicht auf einer Rechtsverletzung.

Das Landgericht hat insoweit ausgeführt: Dem Gegenantrag fehle das Rechtsschutzinteresse, denn er beinhalte das direkte Gegenteil des von den Beteiligten zu 1. geltend gemachten Unterlassungsantrags. Mit dessen Zurückweisung stehe nämlich bereits fest, dass die Beteiligte zu 3. berechtigt sei, ihr Teileigentum als Diskogaststätte zu nutzen. Das Rechtsschutzinteresse sei nicht etwa deshalb zu bejahen, weil die Beteiligten zu 1. ihren Antrag jederzeit hätten zurücknehmen können. Dies sei nach § 269 ZPO, der in einem echten Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend anzuwenden sei, nach mündlicher Verhandlung ohne Zustimmung der Beteiligten zu 3. ausgeschlossen gewesen.

Diese Auffassung hält der Senat für zutreffend. Das Argument der Beteiligten zu 3., der Antrag der Beteiligten zu 1. sei erst im zweiten Rechtszug durch Bevollmächtigung des Verwalters durch die einzelnen Wohnungseigentümer „zulässig“ geworden, im „Parteiwechsel“ von der Wohnungseigentümergemeinschaft auf die einzelnen Wohnungseigentümer sei eine unzulässige Klageänderung zu sehen, so dass der Antrag hätte zurückgewiesen und ihrem Feststellungsantrag hätte stattgegeben werden müssen, ist unrichtig. Als Prozessvoraussetzung muss das Feststellungsinteresse grundsätzlich bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung (in zweiter Instanz) vorliegen (Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl., § 256 Rn. 7c). Der Senat hat keine Bedenken, die Verwalterin zunächst als vollmachtlose Vertreterin für die Beteiligten zu 1. anzusehen, die ihre Prozessführung durch die Erteilung der Vollmacht mit rückwirkender Kraft konkludent genehmigt haben (vgl. Zöller/Vollkommer a. a. O. § 89 Rn. 13). Ferner hatten die Beteiligten zu 1. trotz des Feststellungsantrags der Beteiligten zu 3. stets ein Rechtsschutzinteresse an ihrem Unterlassungsantrag, weil ihnen auch mit einer Entscheidung über den Feststellungsantrag ein Titel gefehlt hätte, aus dem sie gegen die Beteiligte zu 3. hätten vorgehen können.

3. Es entspricht billigem Ermessen, dass die Beteiligten die gerichtlichen Kosten im Umfang ihres jeweiligen Unterliegens zu tragen haben (§ 47 Satz 1 WEG). Ein Anlass, von dem im Wohnungseigentumsverfahren geltenden Grundsatz abzuweichen, dass jeder Beteiligte seine eigenen außergerichtlichen Kosten zu tragen hat, besteht nicht (§ 47 Satz 2 WEG). Die streitentscheidende Gebrauchsregelung gemäß § 4 Abs. 1 TE wurde erstmals in der 2. Instanz erörtert. Das Feststellungsinteresse wurde von Amts- und Landgericht kontrovers beurteilt.

Mitgeteilt von RiOLG Schupp, Schleswig

**§§ 1004, 275 BGB
Teileigentum; Supermarkt;
Getränkelager auf dem überbauten Nachbargrundstück;
Überbau aufgrund zwischenzeitlich beendeten
Mietvertrags; Beseitigungsanspruch**

Die Anhörungsrüge der Kläger gegen das Urteil des Senats vom 30. Mai 2008 (GuT 2008, 290) wird zurückgewiesen. Das als übergangen gerügte Vorbringen der Kläger ist von dem Senat berücksichtigt worden. Für die Entscheidung des Rechtsstreits ist es ohne Bedeutung.

(BGH, Beschluss vom 26. 8. 2008 – V ZR 184/07)

Aus den Gründen: Das Anerkenntnis vom 21. Januar 2004 schließt die Kläger mit Einwendungen und Einreden aus, die ihnen zu diesem Zeitpunkt bekannt waren. So verhält es sich mit dem Unvermögen der Kläger gegenüber der Mieterin des Supermarkts, dieser den Besitz auch insoweit weiterhin zu überlassen, als für die Errichtung des Marktes das Grundstück P-

Straße in Anspruch genommen worden ist. Einen Verzicht auf ihre Ansprüche aus dem Mietvertrag hatte die Mieterin mit Schreiben an die Kläger vom 10. September 2003 abgelehnt. Dass sie eine Verkleinerung der Marktfläche nicht hinnehmen würde und der Bestand des Mietverhältnisses nicht gefährdet werden dürfe, ist wesentliches Argument der Kläger im Vorprozess. Ob die Mieterin später zeitweilig anderen Sinnes wurde, ist rechtlich ohne Bedeutung. Ausführungen hierzu bedarf es nicht.

Ebenso verhält es sich, soweit die Kläger rügen, ihr Vorbringen sei übergangen, die von ihnen bestellte Grundschuld erstrecke sich auf das Teileigentum auch soweit, als das Grundstück P.-Straße für den Bau in Anspruch genommen wurde. Zum Abriss bedürfe es der Zustimmung der Grundschuldgläubigerin.

Diese hat gegenüber dem Beklagten keine Rechte, die über die Rechte der Kläger hinausgehen. Dass ihr durch den verlangten Abriss Ansprüche gegen die Kläger erwachsen, die im Rahmen der nach § 275 Abs. 2 BGB vorzunehmenden Abwägung dazu führen, den Klageanspruch zu verneinen, ist weder ausgeführt worden noch zu erkennen.

Unabhängig von der fehlenden Entscheidungserheblichkeit sei – im Hinblick auf die Bemerkung, das Vorbringen der Kläger zu bestimmten Punkten sei in der mündlichen Verhandlung nicht angesprochen worden – folgender Hinweis erlaubt: In der mündlichen Verhandlung ist sehr deutlich und eingehend die Problematik des § 275 Abs. 2 BGB angesprochen worden. Dabei sind von dem Senat alle aus seiner Sicht wesentlichen Umstände genannt und den Prozessvertretern Gelegenheit gegeben worden, hierzu Stellung zu nehmen. Der Sinn dieser Verfahrensweise besteht gerade darin, den Prozessvertretern die Möglichkeit zu eröffnen, Punkte anzusprechen, die der Senat aufgrund der Einführung in den Sach- und Streitstand selbst nicht zu erwägen scheint, die von den Parteien aber für wesentlich erachtet werden. Es ist, wenn hiervon kein Gebrauch gemacht wird, nur schwer nachvollziehbar, wenn später gerügt wird, der Senat habe das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Teileigentum etc.**

§§ 123, 138, 276 BGB – Anlageobjekt; Immobilienfinanzierung; Kenntnis von sittenwidriger Überteuerung der Eigentumswohnung

Die Beschwerde der Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 11. April 2007 [– 9 U 224/06 –] wird zurückgewiesen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts sowie die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Die von den Beklagten gerügten Verstöße gegen Art. 103 Abs. 1 GG hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet, da diese mangels eines ausreichend konkreten Vortrages der Beklagten zu einer arglistigen Täuschung durch den Vermittler nicht entscheidungserheblich sind. Kenntnis der Klägerin von einer sittenwidrigen Überteuerung der Eigentumswohnung wird nicht vermutet (Senatsurteil vom 23. Oktober 2007 – XI ZR 167/05, WPM 2008, 154, 156 f. [= WuM 2008, 114], Tz. 16). Ein Beweisantritt der Beklagten für Kenntnis einer sittenwidrigen Überteuerung fehlt.

(BGH, Beschluss vom 23. 9. 2008 – XI ZR 301/07)

§ 43 WEG; § 36 ZPO – Zuständiges Gericht für Klage gegen Wohnungseigentümer und dessen Mieter

1. Bestimmung eines sachlich gemeinsam zuständigen Gerichts für Klage gegen Wohnungseigentümer und dessen Mieter.

2. Die „Abteilung für Wohnungseigentumssachen“ beim Amtsgericht ist kein gesetzlich bestimmter besonderer Spruch-

körper. Eine Bestimmung durch das übergeordnete Gericht, dass für eine Klage innerhalb des Amtsgerichts die Abteilung für Wohnungseigentumssachen zuständig ist, findet deshalb nicht statt.

(OLG München, Beschluss vom 24. 6. 2008 – 31 AR 074/08)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2008, 426.

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; Frau RiOLG M. Förth, München.

Wettbewerb

Internet – Umschau Oktober 2008

Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

DENIC – neuer „Domaincheck“ soll WHOIS ablösen

Die deutsche Domain-Verwaltung DENIC eG hat am Montag dieser Woche einen neuen Dienst gestartet: mit „Domaincheck“ kann man mehr über den Status von .de- und deutschen ENUM-Domains erfahren. Mittelfristig soll er den Abfrage-dienst WHOIS ablösen.

Wer wissen will, wer hinter einer .de-Domain steckt, bei welchem Registrar sie angemeldet ist oder welche Nameserver-Einträge verzeichnet sind, dem steht für fast alle Top Level Domains weltweit die so genannte WHOIS-Datenbank zur Verfügung. Meist lassen sich dort binnen Sekunden die gewünschten Informationen finden. Technisch gestaltet sich eine solche Abfrage jedoch mitunter schwierig; so gab es kein einheitliches Format für die Abfragen und Antworten; auch die Ausgabe der gespeicherten Informationen erfolgte zum Teil unstrukturiert. Hinzu kam, dass neue Entwicklungen wie internationalisierte Domain-Namen (IDNs) oder ENUM-Domains nach zusätzlichen Informationen verlangen. Unter Mitwirkung der DENIC eG wurde daher mehrere Jahre an einem solchen einheitlichen Standard gearbeitet und nun mit dem Internet Registry Information Service (IRIS) geschaffen. Damit lassen sich Antwortenschemata wesentlich einfacher entwickeln und zudem universeller einsetzen.

Nach Angaben der DENIC bringt der neue Dienst viele Vorteile mit sich. So erlaubt er die Nutzung von XML (Extensible Markup Language), einer Sprache zur standardisierten und strukturierten Abfrage der Verfügbarkeit einer Domain. Er basiert auf Unicode und unterstützt daher Umlaute und Sonderzeichen in allen Sprachen. Zudem arbeitet er effizienter, da sich in einer einzigen Abfrage der Status mehrerer Domains bestimmen lässt. Auch für die Registrare verspricht IRIS Vorteile, da sich das Abfragen der Domain-Datenbanken unterschiedlicher Top Level Domains vereinfacht.

Um Missverständnisse zu vermeiden: es handelt sich bei „Domaincheck“ nicht um ein Tool zur Analyse etwa der wirtschaftlichen Verwertbarkeit einer Domain. Es handelt sich vielmehr um ein Protokoll, mit dem sich verschiedene Parameter zu einer Domain abfragen lassen. Gerade die Vereinheitlichung solcher Abfragen verspricht für die Zukunft allerdings wesentliche Erleichterungen beim Statuscheck; nicht nur Technikern sei daher ein Blick in das ausführliche Informationsangebot der DENIC eG empfohlen.

Weitere Informationen finden Sie unter:
<http://domaincheck.denic.de>

Weitere Informationen zu IRIS finden Sie unter:
<http://tools.ietf.org/html/rfc3981>

mobile.de – Impressumspflicht für Portalnutzer

Das Oberlandesgericht in Düsseldorf musste in einer nicht ganz frischen Entscheidung ein Urteil des Landgericht Wuppertal korrigieren: Ein Kfz-Händler hat im Internetportal mobile.de über seine gesamte Fahrzeugpalette informiert, aber vergessen, ein ordentliches Impressum zu hinterlegen. Das wurde ihm zum Verhängnis.

Der Kläger ist ein Wettbewerbsverein, der sich unter anderem gegen den Internetauftritt der Beklagten im Portal mobile.de wandte. Dort fand sich ein unzulängliches Impressum, bei dem der gesetzliche Vertreter, die Handelsregistereintragung und die Umsatzsteueridentifikationsnummer nach § 27 a UStG fehlten. Die Klägerin beantragte, der Beklagten für das Unterlassen vollständiger Impressumsangaben ein Ordnungsgeld aufzuerlegen. Die Beklagte, die auf dem Portal mobile.de ihre vollständige Fahrzeugpalette anbietet, meint, das Teledienstegesetz (mittlerweile Telemediengesetz) finde auf ihren Internetauftritt keine Anwendung; es fehle am interaktiven Zugriff und der unmittelbaren Bestellmöglichkeit. Das Teledienstegesetz (bzw. Telemediengesetz) regle zudem lediglich die Pflichten des Betreibers von mobile.de.

Das Landgericht in Wuppertal (Urteil vom 20. 12. 2006, Az.: 15 O 71/06) bestätigte die Ansicht der Beklagten und gab ihr Recht: bei ihrem Angebot fehlte es an einem interaktiven Zugriff sowie an der unmittelbaren Bestellmöglichkeit. Die Klägerin legte gegen die Entscheidung Berufung ein. Nun war das Oberlandesgericht Düsseldorf am Zug, das die Ansicht der Klägerin bestätigte und die Entscheidung des Landgerichts aufhob: Das Impressum der Beklagten unter der Plattform mobile.de entsprach nicht den gesetzlichen Anforderungen sowohl des TDG als auch des TMG (Urteil vom 18. 12. 2007, Az.: I-20 U 17/07).

Indem die Beklagte die Internetplattform mobile.de nutzte und ihre Fahrzeuge dort einstellte und über deren jeweilige Eigenschaften informierte, war der Anwendungsbereich des § 6 TDG und ist der des § 5 TMG eröffnet. § 5 TMG ist einschlägig, wenn eine auf Dauer angelegte Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht vorliegt, wovon im Falle der Beklagten auszugehen ist. Nach § 2 Nr. 1 TMG, der Diensteanbieter definiert, sind nach Ansicht der Gerichte auch bloße Werbeangebote ohne unmittelbare Bestellmöglichkeit und sonstige Interaktionsmöglichkeiten Telemediendienste. Demnach wäre die Beklagte Diensteanbieterin; allerdings ist sie nicht Inhaberin der Domain, unter dem ihr Angebot zu finden ist.

Üblicherweise ist der Inhaber der Domain der Diensteanbieter, was bei mobile.de eine dritte, am Rechtsstreit Unbeteiligte ist. Doch gibt es Ausnahmen, wie beim Portal eBay, bei dem auch die geschäftsmäßigen Anbieter innerhalb des Portals impressumspflichtig sind. Dies gilt auch für das Portal mobile.de. Voraussetzung ist, dass der Anbieter, auch wenn seine Daten nicht auf eigenen Servern liegen, über den Inhalt und das Bereithalten des Dienstes bestimmen kann. Hier hat die Beklagte

volle Kontrolle über ihre Daten. Das zeigt sich darin, dass mobile.de nur beim Einstieg auf der Hauptseite einheitlich wirkt; die Anbieter hingegen können ihre Seiten selbst gestalten, wobei die Navigationsleiste links immer gleich ist. Entsprechend sieht das Angebot der Beklagten individuell aus. Nutzer von mobile.de können die einzelnen Angebote der Anbieter unter mobile.de auch unmittelbar ansteuern. Unter dem Angebot der Beklagten waren nun die Angaben im Impressum verwirrend, da sie unrichtig waren: so stand unter der Rubrik Handelsregister: „keine Eintragung“ und unter Umsatzsteueridentifikationsnummer: „nicht vorhanden“. Das konnte jedoch nicht zu treffen, da die Beklagte die Rechtsform der KG hat und als solche sowohl im Handelsregister eingetragen als auch Inhaberin einer Umsatzsteueridentifikationsnummer ist. Folglich lag ein Verstoß gegen die Impressumspflichten vor, und der stellte einen Wettbewerbsverstoß dar (§ 3 und 4 Nr.11 UWG). Mithin war der Anspruch der Klägerin gegeben.

Letzten Endes bringt diese Entscheidung, obwohl sie das Urteil erster Instanz zurechtrücken musste, nicht neues. Der Verweis des OLG Düsseldorf auf die eBay-Entscheidungen spricht für sich. Es sollte sich für jeden Anbieter verstehen, korrekte Angaben im Impressum zu machen, denn das ist letzten Endes ein Wettbewerbsvorteil: der potentielle Kunde weiss, mit wem er es zu tun hat, was Vertrauen stiftet.

Das Urteil findet man unter:

<http://www.domain-recht.de/verweis/17>

meinprof.ch – Dozentenbewertung in der Schweiz

Auch in der Schweiz beschäftigen Bewertungssysteme wie meinprof.ch die Öffentlichkeit und Juristen. Raphael Zingg hat sich die Rechtslage hinsichtlich der Einträge in meinprof.ch genauer angeschaut. Seine Einschätzung gibt es im Jusletter von weblaw.ch für Abonnenten. Wir bieten einen Einblick in den Artikel.

Die Bewertungsplattform meinprof.ch gibt es erst seit Oktober 2007. Sie ist noch kaum bekannt und wird auch kaum genutzt. Während in einem Artikel von Joel Bedetti vom 11. April 2008 in der Zürcher Studierendenzeitung zwei Professoren und ihre Bewertungen erwähnt wurden, hat sich nicht viel getan: Hatte seinerzeit ETH-Professor Martin Quack zwei Bewertungen, sind es heute, ein halbes Jahr später, vier; bei Uni-Professor Bruno Staffelbach wurden aus zwei Bewertungen gerade einmal 3. Kein Grund zur Panik also für die schweizer Hochschuldozenten. Gleichwohl Anlass genug für Raphael Zingg, sich die Rechtslage in einem Aufsatz näher anzuschauen.

In seinem Beitrag geht Zingg der Frage nach, ob die öffentlich einsehbaren Bewertungen persönlichkeitsverletzend im Sinne von Art. 28 ff. ZGB sind, und ob Bereiche der sogenannten sozialen Persönlichkeit, also die Ehre und die Privatsphäre, verletzt werden. Zudem geht er der Frage nach dem Schutz durch das Datenschutzgesetz (Art. 3 lit. a DSGVO) nach. Beide Schutznormen sieht Zingg verletzt, einerseits wegen der geringen Anzahl der Beiträge auf der Bewertungsplattform und andererseits weil die Informationen sich zwar auf Personen, die sich in einer gewissen Öffentlichkeit bewegen, beziehen, sie aber nichtsdestotrotz sensible Daten über die Person preisgeben. Zur Frage der Widerrechtlichkeit der Veröffentlichung der Informationen nimmt Zingg eine Abwägung vor (Art. 28 Abs. 1 ZGB):

Einer der wesentlichen Gründe für die Errichtung des Portals meinprof.ch ist das Anliegen, die Lehre zu verbessern. Dieses Ziel steht im öffentlichen Interesse. Dem steht das Interesse der Dozenten entgegen, ihre Persönlichkeit möge unversehrt bleiben. Für Zingg stellt sich die Frage, ob meinprof.ch in seiner jetzigen Form überhaupt Daten, die im überwiegenden öffentlichen Interesse sind, generiert. Mit der Beantwortung dieser Frage steht und fällt das Projekt meinprof.ch.

Sowohl meinprof.ch wie auch die deutlich ältere deutsche Version meinprof.de leiden leider bisher an dem wesentlichen Kriterium für eine ausgewogene Bewertung: mangelnde Betei-

ligung der Studierenden. Es fehlt hier wie dort an Bewertungseinträgen, womit sich das gesamte System in eine Schieflage begibt: die Angaben und Bewertungen sind nicht repräsentativ. Herr Zingg weist beim Blick auf ähnlich gelagerte Fälle allerdings darauf hin, dass deutsches und schweizer Recht die Frage nach Werturteilen unterschiedlich beurteilen, und die Maßstäbe in der Schweiz deutlich schärfer sind; mithin lässt sich nicht einfach auf die deutsche Rechtsprechung verweisen, die grundsätzlich keine Probleme mit Bewertungsportalen hat.

Raphael Zingg kommt zu einem anderen rechtlichen Ergebnis als die deutsche Rechtsprechung. Den zu beschreitenden Weg, Rechtsansprüche von Betroffenen geltend zu machen, gibt er vor. Er hält seiner Einschätzung zu Gute, dass mit mehr Beteiligung der Studierenden die rechtliche Beurteilung, jedenfalls teilweise, anders ausfallen würde.

Im Gegensatz zu meinprof.ch mussten sich in Deutschland Bewertungsportale wie meinprof.de und spickmich.de bereits einer gerichtlichen Bewertung unterziehen; diese fiel letztlich zu deren Gunsten aus. Die Entscheidungen findet man unter:

meinprof.de, LG Berlin Urteil vom 31. 05. 2007, Az.: 27 S 2/07): <http://www.jurpc.de/rechtspr/20070145.htm>

spickmich I, OLG Köln (Urteil vom 03. 07. 2008, Az.: 15 U 43/08): <http://www.jurpc.de/rechtspr/20080130.htm>

spickmich.de II, OLG Köln (Urteil vom 27. 11. 2007, Az.: 15 U 142/07): <http://www.jurpc.de/rechtspr/20070196.htm>

Weitere Informationen zu Jusletter von weblaw.ch unter:

<http://jusletter.weblaw.ch>

Suchmaschinen – Prüfen verringert Haftungsrisiko

Das Oberlandesgericht Nürnberg hat sich in einem Prozesskostenhilfverfahren ausführlich mit der Störerhaftung als solcher und der von Suchmaschinenbetreibern im Besonderen auseinander gesetzt und kam zu überzeugenden Ergebnissen: Wer seiner Prüfpflicht nachkommt, gewinnt.

Der Antragsteller im Prozesskostenhilfverfahren wurde wegen Mordes zu lebenslanger Haft verurteilt und kam Anfang 2008 auf Bewährung frei. Aus mehreren gerichtlichen Entscheidungen ergibt sich, dass über den Antragsteller nicht mehr öffentlich unter seiner vollen Namensnennung berichtet werden darf.

Die Antragsgegnerin betreibt die weltweit größte Internetsuchmaschine. Sie verlinkt auf eine Webseite, auf der ein Beitrag veröffentlicht ist, in dem der volle Name des Antragstellers im Zusammenhang mit dem Verbrechen, für das er verurteilt wurde, genannt wird. Der Antragsteller wandte sich über seinen Anwalt an den Suchmaschinenbetreiber und forderte diesen unter Vorlage der gerichtlichen Entscheidungen auf, die Seite aus der Ergebnisliste zu entfernen, da andernfalls eine Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliege. Der Suchmaschinenbetreiber prüfte die Angelegenheit anhand der vorgelegten Entscheidungen, kam jedoch zu dem Ergebnis, dass die Gerichte keinesfalls jede namentliche Erwähnung eines Straftäters als Persönlichkeitsrechtsverletzung ansehen, sondern dass jeweils im Einzelfall eine detaillierte Prüfung und Abwägung angestellt wurde. Der Suchmaschinenbetreiber nahm die fragliche Seite nicht aus der Ergebnisliste.

Der Antragsteller strengte ein Prozesskostenhilfverfahren an, um gegen den Suchmaschinenbetreiber vorzugehen. Das LG Nürnberg-Fürth (Beschluss vom 6. Mai 2008, Az.: 11 O 51/08) wies den Antrag auf Prozesskostenhilfe mangels Erfolgsaussicht zurück. Das Gericht meinte unter anderem, der Suchmaschinenbetreiber hafte nicht, da der durch den Suchvorgang angezeigte Hyperlink auf eine fremde Internetseite deutlich zeige, dass es sich nicht um eine zu Eigen gemachte Behauptung des Suchmaschinenbetreibers, sondern um eine fremde Information handle, für die der Suchmaschinenbetreiber nicht als Verbreiter im Sinne des § 1004 BGB analog verantwortlich sei; mithin sei der Suchmaschinenbetreiber kein Störer.

Der Antragsteller legte sofortige Beschwerde ein, der das Landgericht Nürnberg nicht abhalf, so dass nun das OLG in Nürnberg über die Sache zu befinden hatte. Dieses wies die sofortige Beschwerde des Antragstellers ebenfalls zurück (Beschluss vom 22. 06. 2008, Az.: 3 W 1128/08). Das OLG Nürnberg meint zunächst, es könne im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, ob mit dem Inhalt der Webseite überhaupt das Persönlichkeitsrecht des Antragstellers verletzt werde, denn der Antragsgegner sei jedenfalls kein Störer. Es stimmte der Ansicht der Vorinstanz zu, wonach ein Suchmaschinenbetreiber vor Abmahnung durch einen Dritten, der sich in seinen Rechten verletzt sieht, grundsätzlich nicht Störer einer (behaupteten) Rechtsgutverletzung sei. Jedoch ging das OLG Nürnberg weiter ins Detail, und untersuchte unter Bezugnahme auf die letzte BGH-Entscheidung zur Störerhaftung (Entscheidung vom 30. 04. 2008, Az.: I ZR 73/05), wie es für diesen Fall mit möglichen Prüfpflichten und deren Erfüllung aussah.

Das OLG Nürnberg kam dabei nicht umhin, festzustellen, dass der Antragsgegner seiner Prüfpflicht nachkam: er hat anhand der ihm überlassenen Urteile überprüft, ob eine Rechtsverletzung vorlag und kam zu dem Ergebnis, dass keine Rechtsverletzung vorlag. Damit verweigerte er die Entfernung der fraglichen Internetseite aus dem Suchindex. Und das, so das OLG Nürnberg, völlig zu Recht: die vom Antragsteller zitierten gerichtlichen Entscheidungen sind auf den vorliegenden Fall nur sehr eingeschränkt übertragbar, da sie Zeitungsartikel betreffen, die sich ausschließlich mit dem Antragsteller und seiner Tat beschäftigen.

Im Resümee setzt das OLG Nürnberg einen Glanzpunkt. In der Entscheidung heisst es, die Antragsgegnerin sei ihrer Prüfpflicht im vollen Umfang nachgekommen und scheidet damit als Störerin der behaupteten Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Klägers aus. Dem ist zu entnehmen, dass es ganz egal ist, ob sich auf der fraglichen Internetseite eine Rechtsverletzung befindet oder nicht; Hauptsache, man kommt seiner Prüfpflicht nach. Ob man innerhalb der Prüfung zum richtigen Ergebnis kommt, blieb sich demnach gleich. Das OLG Nürnberg führt die teilweise – immer noch – absurde Störerhaftungsrechtsprechung so in die richtigen Bahnen.

Ein weiterer Nachsatz des OLG Nürnberg ist eine echte Orientierungshilfe: danach findet der Hinweis der Antragsgegnerin, dass der Rechtsschutz des Antragstellers wesentlich intensiver ist, wenn er gegen den Webseitenbetreiber selbst vorgeht, von Seiten des Gerichts volle Unterstützung; denn, so das OLG Nürnberg, solange diese Webseite im Netz bleibt, kann sie auch mithilfe anderer, durchaus potenter Suchmaschinenbetreiber aufgefunden werden. Das ist ein freundlicher Wink an Betroffene, die sich doch bitte direkt an die Quelle des Übels wenden sollen. Und auch das völlig zu Recht.

Die Entscheidung findet man unter:
<http://www.domain-recht.de/verweis/9>

metrosex.de – BGH rückt hOLG Hamburg zurecht

In einem jahrelangen Rechtsstreit zwischen dem Metro-Konzern und einem Domainier über die Registrierung und Nutzung der Domains metrosex.de, metrosexuality.de und metro-sex.de unterlag zuletzt der Konzern vor dem Bundesgerichtshof: Der Domainier darf seine Domains behalten.

Die Klägerin ist ein Tochterunternehmen der Metro AG und darf Ansprüche aus deren Markenrechten geltend machen. Die Beklagte hat über 10 000 Domains registriert, darunter auch seit 09. 07. 2003 die Domains metrosex.de, metrosexuality.de und metro-sex.de, die keine Inhalte aufweisen. Unter einer anderen Internetadresse bietet die Beklagte allerdings pornografisches Material und Sexartikel an. Zeitweise hatte sie die Marke „Metrosex“ angemeldet, die für die Klassen 3, 14 und 18 eingetragen war und Körperpflegeartikel, Schmuck und Reiseartikel wie Taschen und Regenschirme umfasste. Auf diese Marke verzichtete sie ein halbes Jahr nach Eintragung.

Die Klägerin sieht in der Registrierung der Domain-Namen der Beklagten eine Verletzung ihrer Kennzeichen- und Namensrechte und verlangt die Unterlassung der Nutzung und die Löschung der Domains. Vor dem Landgericht Hamburg (Urteil vom 16. 07. 2004, Az.: 416 O 300/03) und dem Oberlandesgericht Hamburg (Urteil vom 28. 07. 2005, Az.: 5 U 141/04) war die Klägerin erfolgreich. Das hOLG Hamburg sah hier eine (Erstbegehungs-)Gefahr: die Beklagte könnte demnach die Domains im geschäftlichen Verkehr nutzen und so die Rechte des Metro-Konzerns für ihre Geschäftsbezeichnung verletzen (§ 15 Abs. 2 und 4, sowie § 15 Abs. 3 und 4 MarkenG). Auch im Hinblick auf die Wortbildmarke der Metro bestünde Ähnlichkeit und eine mittelbare Verwechslungsgefahr (§ 14 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5 MarkenG). Die Beklagte legte gegen diese Entscheidung Revision ein und der Bundesgerichtshof gab dieser nunmehr statt (Urteil vom 13. 03. 2008, Az.: I ZR 151/05).

Aus Sicht des BGH war das hOLG eigentlich auf der richtigen Spur und habe zurecht erkannt, dass die Registrierung einer Domain noch keine Benutzung und damit auch keine Verletzung eines Kennzeichens darstelle. Allerdings machte das hOLG Hamburg in diesem Falle eine Ausnahme wegen besonderer Umstände, die den konkreten Schluss zuließen, die Beklagte wolle diese Domain-Namen im geschäftlichen Verkehr benutzen. Das sah der BGH allerdings etwas anders. Die auf Erstbegehungsgefahr gestützten vorbeugenden Unterlassungsansprüche, die hier in Betracht kamen, greifen nur, soweit sich die Erstbegehungsgefahr auf eine ganz konkrete Verletzungshandlung beziehen: Die die Erstbegehungsgefahr begründenden Umstände müssen die drohende Verletzungshandlung so konkret abzeichnen, dass sich für alle Tatbestandsmerkmale zuverlässig beurteilen lässt, ob sie verwirklicht sind. Und das ließ sich in diesem Fall nicht bestätigen. Der BGH hängte das – wie schon das OLG Hamburg – an dem Begriff „Metrosex“ und dessen Bekanntheit auf. Zwar erschließe sich die tatsächliche Bedeutung des Begriffs Metrosex, der einen bestimmten Männertyp bezeichne, dem angesprochenen Verkehr noch nicht, doch könne er von diesem beschreibend – anhand des Begriffes „Metrosex“ – verstanden werden. Dieses Verständnis werde nicht in Verbindung mit den Kennzeichen der Klägerin gebracht, weshalb die Erstbegehungsgefahr zu verneinen sei. Damit gehe von den registrierten Domains unmittelbar keine Erstbegehungsgefahr aus.

Aber auch über die an- und wieder abgemeldete Marke „metrosex“ ließ sich keine Rechtsverletzung herleiten: Die Anmeldung, die Eintragung und der spätere Verzicht auf die Marke durch die Beklagte begründe im Hinblick auf eine Wiederholungsgefahr keinen Verletzungsunterlassungsanspruch. Die bloße Markenmeldung stelle für sich keine kennzeichenmäßige Benutzung dar. In der Markenmeldung und -eintragung lag auch nicht die Benutzung der Marke als Unternehmenskennzeichen (§ 15 Abs. 2 MarkenG). Der mit der Anmeldung und Eintragung beanspruchte Markenschutz hinsichtlich bestimmter Waren und Dienstleistungen ist nicht gleich der Inanspruchnahme der Bezeichnung als Unternehmenskennzeichen. Als Gegenbeispiel nannte der BGH die Eintragung einer Firma in das Handelsregister, die bereits eine Benutzung des Zeichens im geschäftlichen Verkehr ist. Darüber hinaus ist die Marke nicht mehr eingetragen; eine durch Eintragung der Marke Metrosex möglicherweise entstandene Erstbegehungsgefahr beseitigte die Beklagte durch Verzicht auf die Marke. Auch insoweit war damit kein Anspruch zugunsten der Klägerin herzuleiten.

Auch Ansprüche aus dem Namensrecht (§ 12 BGB) waren für den BGH nicht zu erkennen: die drohende Gefahr der Namensanmaßung war seitens der Klägerin nicht hinreichend konkret vorgetragen. Eine erhebliche Beeinträchtigung der namensrechtlichen Befugnisse durch die Registrierung der drei Domains seitens der Beklagten war hier nicht ersichtlich; es lagen keine Anhaltspunkte dafür vor: Die Klägerin, die man unter metro.de findet, werde nicht nennenswert behindert. Und schließlich war auch der Lösungsanspruch nicht begründet.

Das bloße Halten der Domain-Namen ist für sich keine Rechtsverletzung. Dass jede Verwendung der drei Domains eine Verletzung der Kennzeichenrechte der Klägerin mit sich bringe, könne nicht angenommen werden.

So unterlag der Metro-Konzern, nachdem er bereits überwiegend im Streit um die Hamburger Metrobusse unterlegen war, nun auch im Hinblick auf die Domains metrosex.de e.a.

Die Entscheidung des BGH findet man unter:
<http://www.domain-recht.de/verweis/14>

Die Entscheidung des hOLG Hamburg findet man unter:
<http://www.domain-recht.de/verweis/15>

mailto: dingeldey@domain-recht.de
 mailto: RA@daniel-dingeldey.de

**§§ 13, 14, 133, 157, 312d, 355, 433 BGB
 Fernabsatz; Ebay; Unternehmer als Käufer;
 neutraler Phantasie Name kein Indiz für privaten
 Ebay-Account – „jocus...“**

1. Partner eines durch Vermittlung von Ebay geschlossenen Rechtsgeschäfts wird der zum Zeitpunkt des Vertragschlusses angemeldete Nutzer (hier: eine GmbH). Dass der Nutzernamen („jocus...“) neutral ist, indiziert nicht, es handle sich um einen privaten Teilnehmer.

2. Die Möglichkeit, die Ebay-Nutzerdaten ohne weiteres zu ändern, lässt zuvor geschlossene Rechtsgeschäfte unberührt und eröffnet daher einem Unternehmer nicht im Nachhinein die nur für Verbraucher geltende Widerrufs-befugnis bei Fernabsatzverträgen.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 30. 7. 2008 – 5 U 397/08)

Aus den Gründen: Die Berufung ist ohne Aussicht auf Erfolg. Das Landgericht [Mainz] hat die Klage jedenfalls im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Was der Kläger mit der Berufung und ergänzend durch den Schriftsatz vom 28. Juli 2008 vorbringt, ist nicht stichhaltig.

1. Die Beklagten handeln mit Schmuckstücken, die sie auch auf der Internetplattform Ebay zum Verkauf anbieten. Im Mai 2007 offerierten sie dort ein Weißgoldcollier zum Sofort-Kaufen-Preis von 5999 € an. Daneben war die Käuferoption „Preis vorschlagen“ aktiviert.

Das unter dem Namen „jocus...“ registrierte Ebay-Mitglied bot den Beklagten an, das Schmuckstück für 4999 € zu erwerben. Dieses Angebot nahmen die Beklagten an. Als Vertragspartner wurde den Beklagten mitgeteilt:

Export Union GmbH
 J. R. (Name des Klägers und Geschäftsführers der GmbH)
 str. 14 – 18
 (Geschäftsort der GmbH)

Nach Zahlung des Kaufpreises zuzüglich Versandkosten wurde das Schmuckstück dorthin versandt, und von dem Kläger J. R., dem Geschäftsführer der GmbH, in Empfang genommen.

Mit der Behauptung, er persönlich sei Vertragspartner der Beklagten, hat der Kläger die Vertragserklärung nach §§ 312 d, 355 BGB widerrufen. Gestützt auf diese Erklärung verlangt er die Rückzahlung des Kaufpreises. Daneben begehrt er die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten.

2. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung unter anderem ausgeführt, der Kläger sei beim Kauf des Colliers nicht als Verbraucher (§ 13 BGB), sondern als gewerblicher Kunde (§ 14 BGB) aufgetreten.

Dagegen wendet sich der Kläger mit der Berufung. Er wiederholt, ergänzt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen, wonach er persönlich das Schmuckstück zu privaten Zwecken gekauft habe.

3. Dem kann nicht gefolgt werden. Das Landgericht hat die Klage schon deshalb zu Recht abgewiesen, weil der Kläger nicht

sachbefugt ist. Der Kaufvertrag, den der Kläger persönlich in eigenem Namen widerrufen hat, ist nämlich zwischen der GmbH und den Beklagten zustande gekommen, so dass auch nur die GmbH Rechte aus dem Vertrag herleiten kann.

Die Behauptung des Klägers, er persönlich sei Vertragspartner der Beklagten, findet schon in den Anlagen, die der Klageschrift beigelegt sind, keine Stütze: In der vom Kläger als Anlage K 2 vorgelegten Kopie der Ebay-Seite zur Kaufabwicklung ist „jocus...“ als Käufer bezeichnet. Wer sich dahinter konkret verbirgt, ergibt sich aus den *seinerzeit* bei Ebay hinterlegten Nutzerdaten. Angemeldete Nutzerin war im Mai 2007 die Export Union GmbH. Dabei wird nicht verkannt, dass die GmbH in der Anlage K 2 lediglich als Adressatin der Ware bezeichnet ist. Der Senat weiß jedoch, dass die dem Verkäufer mitgeteilte Versandanschrift mit den bei Ebay registrierten Benutzerdaten des Käufers übereinstimmt, es sei denn, der Käufer weist den Verkäufer nach Abschluss des Vertrages ausdrücklich an, die Ware anderweitig zu versenden. Derartige hat der Kläger nicht behauptet. Nach dem maßgeblichen objektivierte Empfängerhorizont ist die Vertragserklärung der Käuferin dahin auszulegen, dass Vertragspartnerin der Beklagten – entsprechend der *damaligen* Nutzeranmeldung bei Ebay – allein die GmbH geworden ist. Das steht in Einklang mit der in erster Instanz vorgelegten Verkäufermitteilung, die Ebay seinerzeit an die Beklagten gesandt hat.

Dass die Nutzerdaten des Käuferaccounts bei Ebay *nunmehr* anders, nämlich wie folgt lauten

J. R.
 c/o Export Union GmbH
 ... str. 14 – 18
 ... (Geschäftsort der GmbH)

ist unerheblich. Die Beklagten haben mit Schriftsatz vom 25. Januar 2008 zutreffend darauf hingewiesen, es handle sich um die bei Ebay hinterlegten Nutzerdaten vom 12. Dezember 2007. Dass diese Daten vom zugriffsberechtigten Nutzer nach Eingabe des Passwortes binnen weniger Minuten geändert werden können, ist gerichtsbekannt. Zu Recht haben die Beklagten daher schon in erster Instanz mit der Anlage B 5 allein darauf abgehoben und nachgewiesen, dass der Account im Mai 2007 auf die GmbH und nicht auf den Kläger lautete. Nur darauf kommt es an, ohne dass die Überlegungen und Berufungsangriffe zur Bedeutung des *späteren* Adresszusatzes c/o noch in irgendeiner Weise entscheidungsrelevant sind.

Soweit der Kläger im nachgelassenen erstinstanzlichen Schriftsatz vom 11. Februar 2008 bestritten hat, dass die Anlage B 5 von Ebay stammt, ist das deshalb unerheblich, weil die Anlage B 5 hinsichtlich der entscheidungserheblichen Tatsache (GmbH als Vertragspartnerin) mit der vom *Kläger* selbst vorgelegten Anlage K 2 übereinstimmt.

Die Erwägung im Schriftsatz vom 28. Juli 2008, der Nutzernamen „jocus...“ deute auf einen privaten und nicht auf einen gewerblichen Nutzer, ist unzutreffend. Dass gewerbliche Ebay-Nutzer häufig einen Aliasnamen wählen, der auf das geschäftsmäßige Handeln hinweist, mag für Mitglieder zutreffen, die ausschließlich oder weit überwiegend verkaufen. Zwingend ist es indes nicht. Außerdem gibt es auch zahlreiche Unternehmer, die unter einem bestimmten Account nur als Käufer handeln, um die so erstandenen Waren in einem Ladengeschäft oder über einen anderen (gewerblichen und entsprechend gekennzeichneten) Account an Endverbraucher weiterzuveräußern. Ein Unternehmer hat keinen Grund, einen reinen Käufer-Account mit einem Namen zu versehen, der auf das geschäftsmäßige Handeln deutet. Eher trifft das Gegenteil zu, weil die meisten Unternehmer Wert darauf legen, durch einen neutralen Namen für den Käufer-Account die bei der Weiterveräußerung über den Verkäufer-Account anfallenden Gewinne nicht zu offenbaren. Vor diesem Hintergrund kann der Auffassung des Klägers nicht gefolgt werden, wonach der Nutzernamen „jocus...“ das Handeln einer Privatperson belegt.

Maßgeblich ist allein, wer tatsächlich zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses als Nutzer angemeldet war. Hier war das die GmbH, deren Geschäftsführer der Kläger ist. Dass die bestellte Ware, ein Schmuckstück, nicht zu den Gegenständen gehört, die ein Weinhandelsunternehmen für den allgemeinen Geschäftsbetrieb benötigt, ist unerheblich. Der Name der GmbH verdeutlicht nicht, was sie exportiert; im Übrigen ist es dem ausschließlich an der Kaufpreiszahlung interessierten Verkäufer egal, aus welchem Grund und zu welchem Verwendungszweck ein Käufer die Kaufsache erwirbt.

Scheitert die Klage nach alledem mangels Sachbefugnis des Klägers, ist nur ergänzend darauf hinzuweisen, dass die GmbH das Rechtsgeschäft auch als Unternehmerin i. S. v. § 14 BGB abgeschlossen hat. Den insoweit zutreffenden Erwägungen des Landgerichts ist nichts hinzuzufügen. Dass der Kläger sich im Laufe des Rechtsstreits veranlasst gesehen hat, den im Mai 2007 auf die GmbH lautenden Account auf sich persönlich zu ändern, indiziert, dass er zumindest seinerzeit die Sach- und Rechtslage ähnlich gesehen hat wie der Senat.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

**§§ 823, 824, 826 BGB; § 2 UWG
Wettbewerb; Buchvertrieb; Pressefreiheit;
Thema Einkaufszentrum EKZ; Stadtentwicklung;
Polemik; teilweise Unrichtigkeiten**

Der Vertrieb eines Buches mit teilweise polemischen und unwahren Äußerungen mehrerer Autoren über Einkaufszentren und über Unternehmen, die diese entwickeln und betreiben, ist keine Wettbewerbsbehandlung.

Wegen Art. 5 GG besteht keine Vermutung, dass solche Äußerungen in Wettbewerbsabsicht erfolgen. Eine solche ist auch nicht aufgrund der Umstände zu bejahen, dass der beklagte Verlag wirtschaftliche Beteiligungen an einer Firma hat, die ihrerseits Einkaufszentren entwickelt, dass einige der Buchautoren in der Immobilienbranche tätig sind und dass die Beiträge der Autoren auch überspitzte und teilweise unrichtige Angaben über das namentlich genannte Unternehmen enthalten.

(OLG Hamburg, Urteil vom 28. 6. 2007 – 3 U 3/07)

Zum Sachverhalt: Die Antragstellerin ist ein in Deutschland und Europa führendes und bekanntes Unternehmen, das bundesweit viele Einkaufszentren verwirklicht hat und entwickelt.

Im Verlag der Antragsgegnerin ist das von W. B., R.J. und H.P. herausgegebene Buch „Angriff auf die City“ erschienen. Es hat den Untertitel: „Kritische Texte zur Konzeption, Planung und Wirkung von integrierten und nicht integrierten Shopping-Centern in zentralen Lagen“.

Die Antragstellerin beanstandet den Vertrieb des Buchs als eine unzulässige Werbemaßnahme; es sei als „Sach-Buch“ getarnt, mit dem die Herausgeber und Autoren wirtschaftliche Interessen verfolgten. Das Buch enthalte verunglimpfende und schmähende Passagen sowie falsche Tatsachenbehauptungen.

Die Antragstellerin nimmt im vorliegenden einstweiligen Verfügungsverfahren die Antragsgegnerin auf Unterlassung in Anspruch.

Die Antragstellerin hat beantragt,

der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung von bestimmten Ordnungsmitteln zu verbieten,

das von W. B., R.J. und H.P. herausgegebene Buch „Angriff auf die City“ in den Verkehr zu bringen;

hilfsweise das von W. B., R.J. und H.P. herausgegebene Buch „Angriff auf die City“ in den Verkehr zu bringen, solange darin enthalten sind:

1. die Illustrationen:

- Titelbild („Beil“)
 - Bild Seite 73 („Blutsauger“)
 - Bild Seite 105 („Abschneiden“)
 - Bild Seite 218 („Auspressen“) sowie
2. die folgenden Behauptungen (Textstellen im Buch mit „S“-Ziffern für die Seitenzahlen, die „BU“-Ziffern beziehen sich auf Bild-Untertexte auf der angegebenen Buchseite):
- S. 60: „Bei Großstädten mit 500 000 – 1 Mio. Einwohner sind 12 000 – 20 000 m² Verkaufsfläche das Äußerste, womit Kannibalisierungseffekte vermieden werden können. Städte mit ca. 100 000 Einwohnern können noch eine vernünftige Sortimentsbelegung mit 5 000 – 7 000 m² echter Verkaufsfläche erreichen. 15 000 m² und mehr bei einer Einwohnerzahl von nur 70 000 – 100 000 haben dagegen einen negativen Effekt“;
 - S. 63: „Eine Stadtgalerie hat im Gegensatz zu einem Shopping-Center (...) nie mehr als 30 Prozent Filialisten“;
 - BU 75: „City Galerie Wolfsburg, ‚Potemkin‘ an der Porschestraße“;
 - BU 76: „Urbane Arkadengänge? Eher Dekoration von Rückfronten; sogenannter Staubsaugereffekt, leblose Fußgängerzone zwischen den Eingängen der City Galerie“;
 - BU 77: „Hamburg Harburg: Phoenix-Center hinterlässt Spuren in der Harburger Innenstadt. Nicht-integriertes Shopping-Center: Damit müssen Sie rechnen!“;
 - S. 76: „Ein Teufelskreis, der im Nachhinein fast nie zu durchbrechen ist, sondern zu bleibenden Schäden in der Struktur der Innenstadt führt“;
 - S. 86: „Dieser Öffentlichkeitsarbeit bedienen sich nun auch solche, die zuvor im Verdacht standen, sich die Eliminierung der deutschen Innenstädte als Zentren der Handelskultur zur Aufgabe gemacht zu haben. Wenn man genau hinsieht, erkennt man, dass sich ungeachtet der öffentlichkeitswirksamen Pose pro Innenstadt nichts an dieser Absicht geändert hat“;
 - S. 86: „Die Umarmung des Feindes trägt mitunter skurrile Züge. Unter dem Motto ‚Lebendige Innenstädte‘ werden angeblich integrierte Einzelhandelszentren in Citylagen ‚verbrochen‘, die dem traditionellen Handel nicht minder brutal das Wasser abgraben, als es die Center der gleichen Entwickler auf der grünen Wiese bereits vorexerziert haben“;
 - S. 88: „Einschlägig vorbelastete Entwickler verpflanzen ihre Serienprodukte weiterhin unter großem Beifall der Politik und gegen den Rat von Fachleuten in deutsche Innenstädte. Stadtentwicklung, so scheint es, wird hier nur noch von den großen Centerentwicklern betrieben. Der ‚Wiederaufbau‘ der Fassade des Braunschweiger Stadtschlusses mit angebundenem Xyy-Center verdeutlicht dies in letzter – und wie manche meinen schrecklicher – Konsequenz“;
 - S. 93: „Die in den letzten Jahren zu beobachtenden Leerstandstendenzen von Einzelhandelsgeschäften in den Citys wurde hauptsächlich durch Kaufkraftabflüsse in so genannte integrierte Einkaufszentren verursacht“;
 - S. 96: „Viele der Center sind entstanden, weil Marktforscher der jeweiligen Stadtspitze und den häufig recht unbedarften Ratsleuten unrealistische Umsatzzahlen für den Einzelhandel prognostiziert“;
 - S. 97: „Doch wer läuft denn aus dem Parkhaus eines Einkaufszentrums durch das Einkaufszentrum in die Fußgängerzone, kauft in der Fußgängerzone und läuft wieder durch das Einkaufszentrum zurück in das Parkhaus?“;
 - S. 99: „Dabei werden sie feststellen, dass schon zum Zeitpunkt der bloßen Erwägung eines Shopping-Center-Neubaus der Handelsmarkt einfriert. Für einen Zeit-

- raum von bis zu 10 Jahren ist es dann sehr schwer noch ein Ladenlokal in der klassischen 1a-Lage zu vermieten. Auch Geschäftshäuser können, wenn überhaupt, nur zu deutlich niedrigeren Kaufpreisen veräußert werden. Diese ‚Miet-Eiszeit‘ errechnet sich wie folgt...“;
- S. 100: „Sexshops und Fast-Food-Ketten machen sich breit“;
- S. 100: „In nahezu keiner deutschen Stadt steigt die Kaufkraft bzw. die Einwohnerzahl so sehr, dass ein neues Center notwendig ist. Es handelt sich also um einen rein umsatzbezogenen Verdrängungswettbewerb, der die Städte ins Herz trifft“;
- S. 100: „Über den Unsinn vieler Ansiedlungen von Shopping-Centern habe ich zuvor geschrieben“;
- S. 102: „Vom Grundsatz her benötigen wir daher keine weiteren Zentren mehr in Deutschland...“;
- BU 147: „Schloss-Arkaden Braunschweig: Shopping-Mall mit vorgestellter Schlossfassadenattrappe“;
- S. 148: „...angesichts der Gigantomanie der Planungen...“;
- S. 152: „Nicht nur im Braunschweiger Fall scheint dieses traditionelle demokratische Verständnis von Verfahren der Stadtplanung ohne Gegenwehr preisgegeben“;
- S. 157: „Wird so nicht vielmehr eine Residenz für den neuen Feudalherren der Stadt, den Shopping-Regenten Xyy, gebaut?“
- S. 157: „Ausverkauf des Baurechts: Rechtsstaat in Gefahr?“;
- S. 158: „...es ist unverständlich, dass es durch Zahlung eines Geldbetrages möglich ist, sich über geltendes Baurecht hinwegzusetzen“;
- S. 158: „...ein Bauwerk zu errichten, das gegen geltendes Bauordnungsrecht verstößt“;
- S. 158: „Die Baugenehmigung für die Schloss-Arkaden verstößt gegen geltendes Recht, wie gerichtlich festgestellt wurde“;
- S. 160: „Eine Vielzahl von Rechtsverstößen ist festzustellen: So ist eine Beschwerde bei der EU-Kommission wegen unerlaubter Beihilfen der Stadt Braunschweig an einen Investor anhängig“;
- S. 161: „Das Außerkraftsetzen einer unrechtmäßig erteilten Baugenehmigung (festgestellt vom Verwaltungsgericht Braunschweig) konnte nur durch Einkaufen des Eigentums des Klägers verhindert werden“;
- S. 161: „Wegen des Unterlaufens von naturschutzrechtlichen Verboten wurde eine Beschwerde beim niedersächsischen Umweltministerium eingereicht“;
- S. 161: „Wegen Fehlern im Bebauungsplan ist eine Normenkontrollklage anhängig, über die frühestens in zwei Jahren entschieden wird“;
- S. 161: „Rechtlich unzulässige Vereinbarungen bei der Auflassung des Schlosspark-Vertrages zwischen dem Land Niedersachsen und der Stadt Braunschweig beschäftigen einige Landtagsabgeordnete“;
- S. 163: „Nero hat die Stadt mit Feuer zerstört. Viele Bürgermeister zerstören die Städte mit Shopping-Centern“;
- S. 163: „Wer als Politiker, Architekt oder Städteplaner solche Prozesse aktiv unterstützt, trägt zur Verarmung und Verödung der Innenstädte bei und vernichtet die letzten Reste der kulturellen Mitte der europäischen Stadt. Wer sich als Standesvertreter der Architektenschaft oder als Hochschullehrer hieran beteiligt, verliert die Legitimation, das Ideal einer europäischen Stadt zu propagieren“;
- S. 164: „Würde es der zum T...-Konzern gehörende Investor Xyy mit dem Titel der von ihm selbst gegründeten Stiftung Lebendige Stadt wirklich ehrlich meinen, müsste er Projekte wie das der Braunschweiger Schloss-Arkaden fallen lassen“;
- S. 170: „Alle drei Organe werden von Mitgliedern des Xyy-Konzerns dominiert, in allen Gremien haben sie den Vorsitz inne“;
- S. 178: „Das, worum es hier geht, ist eine Geschichte in dieser Geschichte. Eine Geschichte von Macht und Ohnmacht, von großem Geld und kleinen Interessen, von Größenwahn und Kleingeistern, von Dummheit und Ignoranz, von Solidarität und Intrigen, von Hoffnung und Enttäuschung, von Vertrauen und Verrat, von flauen Fähnchen im Wind und richtigen Helden – kurzum, eine sehr alltägliche Geschichte. Es ist die Geschichte der mehr als vierjährigen Belagerung der Stadt Cottbus durch die Hamburger Prr KG mit dem Ziel der Implantation eines innerstädtischen Einkaufszentrums“;
- S. 179: „Es geht damit für Cottbus – wie für viele vergleichbare Städte auch – um den drohenden ‚Untergang der europäischen Stadt‘ ...“;
- S. 181: „Von Beginn an geht die Xyy aufs Ganze. Eine Strategie der kleinen Schritte ist ihre Sache nicht, ein halbes Jahrtausend zuvor hat es Machiavelli eben so empfohlen: ‚Demnach ist festzuhalten, das bei der Aneignung eines Staates der Eroberer alle Gewalttaten in Betracht ziehen muss, die zu begehen nötig ist, und dass er alle auf einen Schlag auszuführen hat, damit er nicht jeden Tag von neuem auf sie zurückgreifen braucht, sondern, ohne sie zu wiederholen, die Menschen beruhigen und durch Wohltaten für sich gewinnen kann.‘“;
- S. 182: „Dass der (Vor-)Schlag die Stadt elektrisiert, kann nicht verwundern, schon gar nicht die Xyy, die solche ‚Gewalttaten‘ gewohnt ist“;
- S. 187: „Den Kriegern der Xyy, die unterstützt von örtlichen Hilfstruppen, professionell und leidenschaftslos ihr ur-eigenes Geschäft der Gewinnvorbereitung betreiben...“;
- S. 195: „...bat man in den Fluren dem Vernehmen nach hinter vorgehaltener Hand um Verständnis: Wer wolle denn schon den großzügigen Mäzen des Pflingstberg-schlusses vor den Kopf stoßen?“;
- S. 197: „...und plötzlich hat er einen wohlbekanntem Cottbusser Bauunternehmer mit geheimnisumwitterter DDR-Geschichte am Telefon, der ihn unmissverständlich fragt, ob er nicht Angst hätte, dass ihn demnächst mal einige seiner angeblich aufgebrauchten Bauarbeiter kräftig vermöbeln könnten“;
- S. 221: „Die City braucht keine Center“;
- S. 221: „Aufgrund der massiven Verunsicherung durch die Centerentwicklung, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch mit Verunsicherung über die tatsächliche (und das tatsächliche) Verkaufsfläche und das geplante Sortiment verbunden ist, werden Investitionen in der Innenstadt bis auf Weiteres auf Eis gelegt“;
- S. 221: „Damit aber beginnt ein fataler Kreislauf: Ladenlokale werden unattraktiv, finden keine neuen Mieter mehr und das Niveau des Innenstadtbesatzes nimmt ab“;
- S. 222: „Der vitale Austausch zwischen dem Einzelhandel in der City und dem neuen Center, der in Sonntagsreden mit Nachdruck beschworen wird, findet in der Regel nicht statt“;
- S. 222: „...Die von den Entwicklern so überzeugend herbeigedeten Mehrumsätze bei der Gewerbesteuer...“;
- S. 259: „Wir sollten uns hüten, jetzt die Fehler der Amerikaner zu machen und unsere schönen, gewachsenen Innenstädte zu zerstören, indem wir uns die seelenlosen, uniformen Center in die Städte holen, die dann unsere gewachsenen Strukturen unwiederbringlich zerstören“;
- S. 261: „Anleitung zur Zerstörung historischer innerstädtischer Strukturen, am Beispiel Hamelns erfolgreich erprobt“;

- S. 261: „...verkaufen Sie diese ‚Werte‘ doch gewinnbringend! Es zahlt sich aus!“;
- S. 261: Sichern Sie sich die politische Mehrheit mit den üblichen Mitteln“;
- S. 262: „dass er eine eigenen Bauabteilung hat, die ausschließlich nach bewährtem Strickmuster die Entwürfe zusammensteckt und nicht mit Ideen nervt“;
- S. 262: „dass er ein überdimensioniertes Einkaufszentrum in der Mitte der Stadt etablieren will, das der vorhandenen historischen, meist kleinteiligen wirtschaftlichen und architektonischen Struktur zuwiderläuft“;
- S. 263: „dass er den unmittelbaren Außenraum möglichst unattraktiv gestalten kann, um die Kunden in das Innere seines Gebäudes zu locken“;
- BU 269: „Dass die Arbeitsplätze und Geschäfte dadurch der Altstadt verloren gehen, wird natürlich verschwiegen“;
- S. 273: „In Hameln fehlt jede Rücksichtnahme auf die vorhandene Stadt“.

Durch Urteil vom 17. November 2006 hat das Landgericht Hamburg [– 312 O 875/06] – unter Zurückweisung der Verfügungsanträge im Übrigen der Antragsgegnerin unter Androhung von bestimmten Ordnungsmitteln verboten, das von W. B., R.J. und H.P. herausgegebene Buch „Angriff auf die City“ in den Verkehr zu bringen, solange darin folgende Äußerungen enthalten sind:

- S. 158: „...es ist unverständlich, dass es möglich ist, sich über geltendes Baurecht hinwegzusetzen“;
- S. 158: „...ein Bauwerk zu errichten, das gegen geltendes Bauordnungsrecht verstößt“;
- S. 158: „Die Baugenehmigung für die Schloss-Arkaden verstößt gegen geltendes Recht, wie gerichtlich festgestellt wurde“;
- S. 160: „Eine Vielzahl von Rechtsverstößen ist festzustellen: So ist eine Beschwerde bei der EU-Kommission wegen unerlaubter Beihilfen der Stadt Braunschweig an einen Investor anhängig“;
- S. 161: „Wegen des Unterlaufens von naturschutzrechtlichen Verboten wurde eine Beschwerde beim niedersächsischen Umweltministerium eingereicht“;
- S. 161: „Wegen Fehlern im Bebauungsplan ist eine Normenkontrollklage anhängig, über die frühestens in zwei Jahren entschieden wird“;
- S. 170: „Alle drei Organe werden von Mitgliedern des Xyy-Konzerns dominiert, in allen Gremien haben sie den Vorsitz inne“.

Auf das Urteil wird wegen aller Einzelheiten Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Antragstellerin mit der Berufung, die sie form- und fristgerecht eingelegt und begründet hat.

Die Antragstellerin beantragt (wegen der zunächst angekündigten Antragsfassung, unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung unter Androhung von bestimmten Ordnungsmitteln zu verbieten, das von W. B., R.J. und H.P. herausgegebene Buch „Angriff auf die City“ in den Verkehr zu bringen, solange es nicht als Werbung gekennzeichnet ist; und/oder das von W. B., R.J. und H.P. herausgegebene Buch „Angriff auf die City“ in den Verkehr zu bringen, solange darin die folgenden Behauptungen enthalten sind:

- S. 76: „Ein Teufelskreis, der im Nachhinein fast nie zu durchbrechen ist, sondern zu bleibenden Schäden in der Struktur der Innenstadt führt“;
- S. 86: „Angeblich integrierte Einzelhandelszentren in Citylagen..., die dem traditionellen Handel nicht minder

brutal das Wasser abgraben, als es die Center der gleichen Entwickler auf der grünen Wiese bereits vor-exerziert haben“;

- S. 93: „Die in den letzten Jahren zu beobachtenden Leerstandstendenzen von Einzelhandelsgeschäften in den Citys wurde hauptsächlich durch Kaufkraftabflüsse in sog. integrierte Einkaufszentren verursacht“;
- S. 96: „Viele der Center sind entstanden, weil Marktforscher der jeweiligen Stadtspitze und den häufig recht unbedarften Ratsleuten unrealistische Umsatzzahlen für den Einzelhandel prognostiziert“;
- S. 99: „Dabei werden sie feststellen, dass schon zum Zeitpunkt der bloßen Erwägung eines Shopping-Center-Neubaus der Handelsmarkt einfriert. Für einen Zeitraum von bis zu 10 Jahren ist es dann sehr schwer noch ein Ladenlokal in der klassischen 1a-Lage zu vermieten. Auch Geschäftshäuser können, wenn überhaupt, nur zu deutlich niedrigeren Kaufpreisen veräußert werden.“;
- S. 100: „Sexshops und Fast-Food-Ketten machen sich breit“;
- S. 152: „Nicht nur im Braunschweiger Fall scheint dieses traditionelle demokratische Verständnis von Verfahren der Stadtplanung ohne Gegenwehr preisgegeben“;
- S. 157: „Wird so nicht viel mehr eine Residenz für den neuen Feudalherren der Stadt, den Shopping-Regenten Xyy, gebaut?“
- S. 163: „Nero hat die Stadt mit Feuer zerstört. Viele Bürgermeister zerstören die Städte mit Shopping-Centern“;
- S. 163: „Wer als Politiker, Architekt oder Städteplaner solche Prozesse aktiv unterstützt, trägt zur Verarmung und Verödung der Innenstädte bei und vernichtet die letzten Reste der kulturellen Mitte der europäischen Stadt“;
- S. 182: „Dass der (Vor-)Schlag die Stadt elektrisiert, kann nicht verwundern, schon gar nicht die Xyy, die solche Gewalttaten gewohnt ist“;
- S. 187: „Den Kriegern der Xyy, die unterstützt von örtlichen Hilfstruppen, professionell und leidenschaftslos ihr eigenes Geschäft der Gewinnvorbereitung betreiben“;
- S. 195: „...bat man in den Fluren dem Vernehmen nach hinter vorgehaltener Hand um Verständnis: Wer wolle denn schon den großzügigen Mäzen des Pfingstbergsschlusses vor den Kopf stoßen?“;
- S. 197: „...und plötzlich hat er einen wohlbekannteren Cottbusser Bauunternehmer mit geheimnisumwitterter DDR-Geschichte am Telefon, der ihn unmissverständlich fragt, ob er nicht Angst hätte, dass ihn demnächst mal einige seiner angeblich aufgebrachten Bauarbeiter kräftig vermöbeln könnten“;
- S. 221: „Aufgrund der massiven Verunsicherung durch die Centerentwicklung, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch mit Verunsicherung über die tatsächliche Verkaufsfläche und das geplante Sortiment verbunden ist, werden Investitionen in der Innenstadt bis auf Weiteres auf Eis gelegt“;
- S. 221: „Damit aber beginnt ein fataler Kreislauf: Ladenlokale werden unattraktiv, finden keine neuen Mieter mehr und das Niveau des Innenstadtbetriebes nimmt ab“;
- S. 222: „Der vitale Austausch zwischen dem Einzelhandel in der City und dem neuen Center, der in Sonntagsreden mit Nachdruck beschworen wird, findet in der Regel nicht statt“;
- S. 259: „...unsere schönen, gewachsenen Innenstädte zu zerstören, indem wir uns die seelenlosen, uniformen Center in die Städte holen, die dann unsere gewachsenen Strukturen unwiederbringlich zerstören“;

- S. 263: „dass er den unmittelbaren Außenraum möglichst unattraktiv gestalten kann, um die Kunden in das Innere seines Gebäudes zu locken“;
 S. 273: „In Hameln fehlt jede Rücksichtnahme auf die vorhandene Stadt“.

Die Antragsgegnerin bittet um Zurückweisung der Berufung.

Aus den Gründen: B. Die zulässige Berufung der Antragstellerin hat in der Sache keinen Erfolg. Sie ist demgemäß mit der aus dem Urteilsanspruch des Senats ersichtlichen Maßgabe zurückzuweisen.

I. 1.) Der Gegenstand des Berufungsverfahrens ist nur die Berufung der Antragstellerin. Soweit die Antragsgegnerin vom Landgericht zur Unterlassung verurteilt worden ist, hat diese ihrerseits keine Berufung eingelegt; das Urteil ist insoweit rechtskräftig.

2.) Der Gegenstand der Berufung der Antragstellerin ist – wie aus dem oben wiedergegebenen Berufungsantrag ersichtlich – nur ein Teil desjenigen Verfügungsantrages, den das Landgericht zurückgewiesen hat, die Antragstellerin nimmt im Übrigen die Zurückweisung ihres Antrages hin.

(a) Abweichend von der ersten Instanz besteht der Verfügungsantrag nicht mehr aus Haupt- und Hilfsantrag, sondern der Hilfsantrag ist nunmehr auch Hauptantrag und mit dem bisherigen Hauptantrag mit „und/oder“ verknüpft.

(b) Soweit das Landgericht den erstinstanzlich gestellten Verfügungs-Hilfsantrag betreffend die „1.) Illustrationen“ des Buches, und zwar das Titelbild „Beil“ sowie die Bilder auf Seite 73 („Blutsauger“), Seite 105 („Abschneiden“) und auf Seite 218 („Auspressen“) zurückgewiesen hat, ist von der Antragstellerin keine Berufung eingelegt worden. Insoweit ist das Urteil des Landgerichts rechtskräftig.

(c) Auch hinsichtlich der Zurückweisung des Verfügungs-Hilfsantrages erster Instanz betreffend die „2.) Behauptungen“ ist das landgerichtliche Urteil teilweise rechtskräftig geworden, weil die Antragstellerin insoweit keine Berufung eingelegt hat.

Hierbei handelt es sich um folgende, oben bei der Wiedergabe des Verfügungs-Hilfsantrages erster Instanz vollständig zitierte Behauptungen:

- S. 60: „Bei Großstädten mit 500 000 – 1 Mio. Einwohner sind...“
 S. 63: „Eine Stadtgalerie hat im Gegensatz zu einem...“
 BU 75: „City Galerie Wolfsburg, ‚Potemkin‘ an der Porschestraße“
 BU 76: „Urbane Arkadengänge? Eher Dekoration von Rückfronten...“
 BU 77: „Hamburg Harburg: Phoenix-Center hinterlässt Spuren...“
 S. 86: „Dieser Öffentlichkeitsarbeit bedienen sich nun auch...“
 S. 88: „Einschlägig vorbelastete Entwickler verpflanzen...“
 S. 97: „Doch wer läuft denn aus dem Parkhaus...“
 S. 100: „In nahezu keiner deutschen Stadt steigt...“
 S. 100: „Über den Unsinn vieler Ansiedlungen...“
 S. 102: „Vom Grundsatz her benötigen wir daher keine weiteren...“
 BU 147: „Schloss-Arkaden Braunschweig: Shopping-Mall...“
 S. 148: „...angesichts der Gigantomanie der Planungen...“;
 S. 157: „Ausverkauf des Baurechts: Rechtsstaat in Gefahr?“;
 S. 161: „Das Außerkraftsetzen einer unrechtmäßig erteilten ...“
 S. 161: „Rechtlich unzulässige Vereinbarungen...“
 S. 164: „Würde es der zum Otto-Konzern gehörende Investor...“
 S. 178: „Das, worum es hier geht, ist eine Geschichte...“
 S. 179: „Es geht damit für Cottbus – wie für viele...“

S. 181: „Von Beginn an geht die Xyy aufs Ganze...“

S. 221: „Die City braucht keine Center“;

S. 222: „...Die von den Entwicklern so überzeugend herbeigeredeten...“

S. 261: „Anleitung zur Zerstörung historischer innerstädtischer Strukturen...“

S. 261: „...verkaufen Sie diese ‚Werte‘ doch gewinnbringend!...“

S. 261: Sichern Sie sich die politische Mehrheit...“

S. 262: „dass er eine eigenen Bauabteilung hat...“

S. 262: „dass er ein überdimensioniertes Einkaufscenter...“

BU 269: „Dass die Arbeitsplätze und Geschäfte...“

II. Der mit dem Verfügungsantrag im Antragsteil vor dem „und/oder“ geltend gemachte Unterlassungsanspruch,

das von W. B., R.J. und H.P. herausgegebene Buch „Angriff auf die City“ in den Verkehr zu bringen, solange es nicht als Werbung gekennzeichnet ist;

ist nach Auffassung des Senats nicht begründet.

1.) Der Gegenstand dieses Unterlassungsantrages ist das Inverkehrbringen des beanstandeten Buches insgesamt, und zwar unter dem von der Antragstellerin in der Berufungsverhandlung noch betonten Gesichtspunkt einer (als Sachbuch) getarnten Werbung. Das hat die Antragstellerin mit dem hinzugefügten Nachsatz im Verbotsauspruch („solange es nicht als Werbung gekennzeichnet ist“) klar gestellt.

Mit der Verbotsbestimmung „das ... Buch“ sollen nicht Einzeläußerungen aus dem Buch – wie bei dem Teil des Unterlassungsantrages nach dem „und/oder“ geschehen – zum Streitgegenstand gemacht werden. Um die beanstandeten Einzelaussagen aus dem Buch jedenfalls auch angreifen zu können, hat die Antragstellerin statt des Hilfsantrages, wie ausgeführt, die „und/oder“-Verknüpfung gewählt.

2.) Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist aus §§ 3, 8, 4 Nr. 3 UWG nicht begründet.

(a) Gemäß § 4 Nr. 3 UWG handelt unlauter im Sinne von § 3 UWG insbesondere, wer den Werbecharakter von Wettbewerbshandlungen verschleiert. Die Vorschrift erfasst jede täuschende und irreführende Verschleierung des werblichen Charakters einer Wettbewerbshandlung. Der Adressat soll die Werbepotschaft als solche erkennen und sich die Subjektivität der dort getätigten Aussagen bewusst machen können, um ihre Bedeutung für eine von ihm zu treffende Entscheidung richtig einschätzen zu können (Harte-Henning-Frank, UWG, § 4 Nr. 3 UWG Rz. 7, 8).

(b) Mit der Antragsüberarbeitung in der Berufungsverhandlung schiebt die Antragstellerin ihr Argument in den Vordergrund, der Vertrieb des Buches sei „schon“ wegen der fehlenden Kennzeichnung als Werbung zu untersagen. Dieser Gesichtspunkt findet in § 4 Nr. 3 UWG seine wettbewerbsrechtliche Verortung; die Vorschrift erfasst gerade auch die besonderen Erscheinungsformen der Verschleierung des Werbecharakters wie z. B. das Kennzeichnungsgebot von Anzeigen im Pressebereich und das Verbot von Schleichwerbung in redaktionellen Pressebeiträgen. § 4 Nr. 3 UWG gilt grundsätzlich für alle Medien und damit im Grundsatz auch beim Inverkehrbringen von Büchern.

Die Antragstellerin verkennt bei ihrer Argumentation nicht, dass die Anwendung von § 4 Nr. 3 UWG das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung voraussetzt und dass dieses Tatbestandsmerkmal sich nicht etwa erübrigen würde, wenn die Autoren des angegriffenen Buches und/oder die Antragsgegnerin als dessen Verlegerin auch eigene wirtschaftliche Interessen verfolgen sollten, die mit denen der Antragstellerin konkurrieren, ohne dass eine solche – hier einmal unterstellte – Interessenvermischung im Buch selbst offenbart wird. Ein „allgemeines“ Verschleierungsverbot im Sinne etwa einer Verpflichtung zur

Offenlegung der „wahren“ Motive oder Interessen des Verlegers oder Autors bei der Verbreitung eines Buches oder bei sonstigen medialen Äußerungen enthält § 4 Nr. 3 UWG nicht.

(c) Auch nach Auffassung des Senats ist das Inverkehrbringen des beanstandeten Buches keine Wettbewerbshandlung. Die Anspruchsgrundlage der §§ 3, 8, 4 Nr. 3 UWG ist für den Unterlassungsanspruch demgemäß nicht gegeben.

(aa) Eine Wettbewerbshandlung ist nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG jede Handlung einer Person, mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen zu fördern.

Die Wettbewerbshandlung setzt also ein marktbezogenes Verhalten im geschäftlichen Verkehr voraus, und zwar grundsätzlich eines Markthandlung zu einem Absatzförderungszweck in objektiver und subjektiver Hinsicht.

(bb) Das Inverkehrbringen des angegriffenen Buches im Verlag der Antragsgegnerin ist allerdings objektiv geeignet, zugunsten von Konkurrenten der Antragstellerin, die wie sie Einkaufszentren entwickeln bzw. verwirklichen, den Wettbewerb zu fördern; das gilt – entsprechend dem weiten Begriff des konkreten Wettbewerbsverhältnisses – auch zugunsten von solchen Unternehmen, die in irgendeiner Form mit der Entwicklung oder mit dem Betrieb von Einkaufszentren geschäftlich befasst sind und mittelbar durch die Kritik an den im Buch beschriebenen Einkaufszentren in ihrem Wettbewerb gefördert werden können.

(cc) Auch nach Auffassung des Senats ist das Vorliegen einer Wettbewerbshandlung zu verneinen, weil in subjektiver Hinsicht eine Wettbewerbsförderungsabsicht zu Lasten der Antragsgegnerin nicht angenommen werden kann.

(aaa) Es ist die Absicht der Wettbewerbsförderung erforderlich, ein bloßes Bewusstsein der Absatzförderung genügt nicht, weil dabei auch ganz andere Motive vorrangig sein können (BGH GRUR 1986, 898 – Frank der Tat); hierbei kommt es auf die erkennbar nach außen tretende Zielrichtung des Handelndes an.

(bbb) Für das Inverkehrbringen des angegriffenen Buches wird das Vorliegen einer Wettbewerbsförderungsabsicht nicht vermutet.

Die Vermutungsregel für das Bestehen der Wettbewerbsabsicht bei marktbezogenen Handlungen von Gewerbetreibenden, die objektiv zur eigenen Absatzförderung geeignet sind (BGH GRUR 2002, 1093 – Kontostandsauskunft), ist bei Presseäußerungen im Rahmen der funktionsgerechten redaktionellen Berichterstattung grundsätzlich unanwendbar. Die redaktionelle Berichterstattung der Presse dient der Information und Meinungsbildung und sie ist an sich nicht dazu bestimmt, fremden oder eigenen Wettbewerb zu fördern. Deswegen gilt jene Vermutungsregel insbesondere wegen Art. 5 Abs. 1 GG auch dann nicht, wenn die Presseäußerung Dritt-Angebote positiv hervorhebt oder durch die negative Kritik der Konkurrenz mittelbar begünstigt (BGH GRUR 1986, 812 – Gastrokritiker).

Die insoweit funktionsgerechte Berichterstattung über dritte Unternehmen und ihre Leistungen ist regelmäßig objektiv geeignet, in deren Wettbewerb einzugreifen. Diese im Normalfall zwangsläufigen Begleiterscheinungen reichen allein nicht aus, bei so einer Berichterstattung die subjektive Wettbewerbsabsicht der Presse zu bejahen (BGH GRUR 1997, 907 – Emil-Grünbär-Klub).

Nichts anderes gilt für das Inverkehrbringen des beanstandeten Buchs, das viele Beiträge verschiedener Autoren enthält, die bestimmte Formen vorhandener Einkaufszentren und dabei auch die Leistungen der Antragstellerin kritisieren.

(ccc) Der Umstand, dass die Antragsgegnerin wirtschaftlich an Konkurrenzunternehmen der Antragstellerin beteiligt ist, kann auch nach Auffassung des Senats die Annahme einer demgemäß eigenständig festzustellenden Wettbewerbsförderungsabsicht nicht stützen.

Die Alleingesellschafterin der Antragsgegnerin, die Büro D.xxx KG, besitzt allerdings 10% der Anteile an der Booo VerlagsGmbH, die ihrerseits Alleingesellschafterin der S.-Arkaden BetriebsGmbH ist. An der letztgenannten Gesellschaft sind weitere Mitglieder der Familie D. mit insgesamt weiteren 13,44% beteiligt, gleichwohl handelt es sich nur um eine Minderheitsbeteiligung, die schon deswegen keinen Anhalt für die Annahme bietet, die Antragsgegnerin – ein Verlagsunternehmen – würde mit der Verbreitung des beanstandeten Buches maßgeblich andere als verlegerische Interessen verfolgen. Zudem ist, wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, durch das Buch eine Wettbewerbsförderung direkt bzw. unmittelbar für ein bestimmtes Unternehmen wie etwa die Betreiberfirma der S.-Arkaden nicht greifbar.

(ddd) Der weitere Umstand, dass einige Autoren, deren Beiträge in dem beanstandeten Buch veröffentlicht sind, im Bereich der Immobilienbranche tätig sind und insoweit mit der Antragstellerin konkurrieren, begründet auch nicht die Feststellung einer Wettbewerbsförderungsabsicht auf Seiten der Antragsgegnerin.

Es sollen nach dem eigenen Vorbringen der Antragstellerin nur 7 von 18 Autoren des Buches potentielle Wettbewerber der Antragstellerin sein. Bei genauerer Betrachtung sind es aber noch weniger. So sind Einzelhandelsmakler (wie die Autoren B. und L.) schon keine direkte Konkurrenten der Antragstellerin. Der Autor Bg. ist PR-Berater und J. ist Einzelhandelsberater, ihre Unternehmen stehen mithin ebenfalls nicht in unmittelbarer Konkurrenz zur Antragstellerin. Und bei den Autoren, die (wie D. und F.) selbst Einkaufszentren entwickeln, sind ihre Buchbeiträge selbstverständlich nicht etwa deswegen Wettbewerbshandlungen, weil sie insoweit mit der Antragstellerin konkurrieren.

Vielmehr geht es den Buchautoren, obwohl die einzelnen Beiträge parteilich und teilweise auch polemisch abgefasst sind, unverkennbar in erster Linie um die Kritik an vorhandenen Einkaufszentren. Dass die Autoren selbst irgendetwas anders beabsichtigt hätten, lässt sich mangels greifbarer Anhaltspunkte insoweit nicht feststellen. Vielmehr ist die von der Antragstellerin argumentativ herangezogene Wettbewerbshilfe für die indirekt begünstigten Konkurrenten der Antragstellerin nicht mehr als eine typische zwangsläufige Begleiterscheinung solcher publizistischer Äußerungen über Sachverhalte, die die Autoren für Missstände halten.

Entsprechendes gilt erst recht für die Antragsgegnerin, die in dem von ihr verlegten Buch eine Vielzahl von Beiträgen verschiedener Autoren gesammelt publiziert.

(eee) Der Inhalt der in dem Buch veröffentlichten Beiträge kann auch nach Auffassung des Senats die Annahme einer Wettbewerbsförderungsabsicht auf Seiten der Antragsgegnerin nicht stützen.

Der Senat verkennt dabei nicht, dass die Antragstellerin die Beiträge in dem Buch in weiten Teilen als überzogen und ungerechtfertigte Kritik ihrer (der Antragstellerin) Tätigkeit ansieht. Auch die zum Teil massiven Angriffe gegen die Antragstellerin – zu diesen wird im Einzelnen bei der Erörterung der angegriffenen Textstellen selbst unter III. Stellung genommen – sind kein greifbarer Anhalt für die Feststellung, es sei der Antragsgegnerin als Verlegerin des Buches nicht um die kritische Auseinandersetzung um die Sache, d. h. um die Einkaufszentren und um die daran festgemachten Problempunkte gegangen, sondern um die Förderung fremden Wettbewerbs.

Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann auch bei polemisch überspitzten, subjektiv einseitigen oder sogar gewollt herabsetzend gehaltenen Beiträgen durchaus die Absicht einer öffentlichen Information und Meinungsbildung bestehen oder eine andere, ebenfalls wettbewerbsbezugsfreie Motivation vorliegen; deswegen reicht die Feststellung, dass die Äußerung sich nach Form und Inhalt nicht im Rahmen des Erforderlichen hält, nicht aus, um die Wettbewerbsabsicht anzunehmen (BGH GRUR 1995, 270 – Dubioses

Geschäftsgebaren). In dem damaligen Sachverhalt ging es im Übrigen um die Presseäußerung eines sogar direkten Wettbewerbers über seinen Konkurrenten (BGH a. a. O. – Dubioses Geschäftsgebaren).

Für die Antragsgegnerin als Verlegerin des beanstandeten Buches kann im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 GG erst recht nichts anderes gelten.

Das kritisch beleuchtete Buch-Thema der Einkaufszentren ist ein für die allgemeine Öffentlichkeit bedeutsamer Vorgang, der sehr viele interessiert und betrifft. Es liegt schon nach der Lebenserfahrung auf der Hand, dass große Bauprojekte der Einkaufszentren das Erscheinungsbild der Städte verändern und berufliche und kulturelle Befindlichkeiten des Einzelnen ebenso beeinflussen wie die Art und Struktur des Einzelhandels und damit auch die Einkaufs- und sonstigen Lebensgewohnheiten der Allgemeinheit. Obwohl in dem Buch u. a. die Leistungen der Antragstellerin unter Namensnennung hart kritisiert werden, handelt die Antragsgegnerin bei der Verbreitung des Buches nicht in Wettbewerbsabsicht.

Soweit die Antragstellerin ihr Argument wiederholt, das Buch sei massive einseitige Polemik, ist dem entgegenzuhalten, dass wegen der Meinungsäußerungsfreiheit auch solche Formen der Meinungsäußerungen nicht zur Annahme einer Wettbewerbsförderungsabsicht führen müssen.

(fff) Bei der gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände des vorliegenden Einzelfalles lässt sich mithin eine Wettbewerbsförderungsabsicht auf Seiten der Antragsgegnerin nicht feststellen.

Der Senat hat hierbei mitberücksichtigt, dass das Buch auch unrichtige Äußerungen enthielt, die vom Urteil des Landgericht insoweit rechtskräftig untersagt worden sind. In der maßgeblichen Gesamtbewertung geht es vielmehr insoweit um Meinungskampf und Meinungsäußerung.

3.) Andere UWG-Vorschriften kommen als Anspruchsgrundlage mangels Vorliegens einer Wettbewerbshandlung ebenfalls nicht in Betracht.

(a) Soweit die Antragstellerin noch damit argumentiert, es sei unlauter, über das beanstandete Buch gleichsam als „Vehikel“ in den Wettbewerb einzugreifen, wird übersehen, dass allein aus den wettbewerblichen Wirkungen eines Buches – entsprechend den obigen Ausführungen – nicht die Feststellung abzuleiten ist, dessen Verbreitung sei eine Wettbewerbshandlung.

(b) Auf den Vorwurf der Antragstellerin, die Antragsgegnerin verteidige nicht das Buch gegen Entgelt bzw. forcieren nicht dessen Verkauf, sondern verteile es kostenlos an kommunale Entscheidungsträger, kommt es nach dem Streitgegenstand nicht an.

Es geht um das Inverkehrbringen des Buchs als solches ohne Kennzeichnung als Werbung, aber nicht um besondere Vertriebsformen.

4.) Andere Vorschriften außerhalb des UWG, vor allem § 823 BGB, kommen ebenfalls als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht, soweit der Vertrieb des Buches insgesamt in Rede steht. Insoweit wird auf die nachstehend unter Ziffer III. erörterten Textstellen des Buches im Einzelnen Bezug genommen.

III. Der mit dem Verfügungsantrag im Antragsteil nach dem „und/oder“ geltend gemachte Unterlassungsanspruch betreffend die jeweils zitierten Einzel-Äußerungen aus dem beanstandeten Buch ist aus den §§ 823 BGB ff. nicht begründet.

Als Anspruchsgrundlage kommen UWG-Vorschriften nicht in Betracht, weil eine Wettbewerbshandlung nicht gegeben ist; insoweit wird auf die obigen Ausführungen unter Ziffer II. entsprechend Bezug genommen.

Bei den in der Berufungsinstanz noch weiter verfolgten Einzelpunkten geht es nach dem Gegenstand des Unterlassungsantrages um das Inverkehrbringen des beanstandeten Buches, solange jeweils die folgenden Äußerungen („Behauptungen“) darin enthalten sind.

1.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

S. 76: „Ein Teufelskreis, der im Nachhinein fast nie zu durchbrechen ist, sondern zu bleibenden Schäden in der Struktur der Innenstadt führt“;

ist nicht zu beanstanden.

Das Zitat findet sich zwar dort in dem Buch, und zwar unter dem Beitrag „Innerstädtische, großflächige Einzelhandelszentren – ‚Sargnägel‘ oder Bereicherung für gewachsene Innenstädte?“. Es trifft aber nicht die konkrete Verletzungsform. Denn die Aussage ist ihrerseits eine Schlussfolgerung bzw. eine Zusammenfassung zu den Angaben davor, die aber als solche nicht angegriffen sind.

Das Zitat in seinem Äußerungsumfeld ist auch nach Auffassung des Senats eine zulässige Meinungsäußerung. Es geht um die Grundfrage, ob durch nicht integrierte Einkaufszentren die Innenstädte „veröden“, und zwar im Innenstadtbereich außerhalb eines solchen Zentrums. Das Argumentative steht im Vordergrund und nicht eine „beweisbare“ Tatsache. Daran ändert auch nichts der Umstand, dass die Antragstellerin weitere Äußerungen (wie „klar zu erkennen“) heranzieht.

Im Übrigen hat bereits das Landgericht zu dem „Gegenbeweis“ der Antragstellerin zutreffend darauf verwiesen, dass die von der Antragstellerin vorgelegten Untersuchungen überwiegend allgemein die Frage des „Bedeutungsverlustes der Innenstädte“ betreffen, nicht aber den Bereich des unmittelbaren Umfeldes eines Innenstadt-Einkaufszentrums. Dass es auch Umfrageergebnisse gibt, die zu einem anderen Ergebnis als der Autor mit der angegriffenen Äußerung kommen, steht dem selbstverständlich nicht entgegen. Es sind eben Einschätzungen.

Zudem verweist die Antragsgegnerin zu Recht auf den Umstand, dass es in dem Buch allgemein um „solche“ Einkaufszentren geht und nicht speziell um die „Person“ der Antragstellerin. Auch wenn sich das beanstandete Zitat im Äußerungsumfeld auf ein von der Antragstellerin entwickeltes Einkaufszentrum bezieht, geht es insoweit hier nicht um einen gezielten Angriff gegen die Antragstellerin als Entwicklerin von Einkaufszentren, sondern eher prinzipiell gegen das Ergebnis solcher Zentren.

2.) Die Äußerung gemäß dem Antragszitat:

S. 86: „Angeblich integrierte Einzelhandelszentren in Citylagen..., die dem traditionellen Handel nicht minder brutal das Wasser abgraben, als es die Center der gleichen Entwickler auf der grünen Wiese bereits vorexerziert haben“;

ist zulässig.

In erster Instanz lautete das entsprechende Antrags-Zitat Seite 86 anders, und zwar – wie ausgeführt – folgendermaßen:

„Die Umarmung des Feindes trägt mitunter skurrile Züge. Unter dem Motto ‚Lebendige Innenstädte‘ werden angeblich integrierte Einzelhandelszentren in Citylagen ‚verbrochen‘, die dem traditionellen Handel nicht minder brutal das Wasser abgraben, als es die Center der gleichen Entwickler auf der grünen Wiese bereits vorexerziert haben“;

Die Äußerung steht im Übrigen dort in dem Buch, und zwar unter dem Beitrag „Shopping-Center können keine Citys ersetzen – Stadtplanung nur noch durch Centerentwickler?“.

Es geht wieder um das „Verödungsthema“, es werden bestimmte Entwicklungsmöglichkeiten aufgezeigt und im Nachsatz wird als Beispiel auf ein großes Einkaufszentrum Bezug genommen, und zwar im Vergleich „Grüne Wiese“ und Innenstadt. Auch bei diesem Zitat handelt es sich um zulässige Meinungsäußerungen, sie werden von Wertungen (wie: „angeblich integriert“) geprägt. Die Antragstellerin ist zudem nicht direkt bzw. individuell betroffen; auf die obigen Ausführungen unter Ziffer III. 1.) wird entsprechend Bezug genommen.

3.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

- S. 93: „Die in den letzten Jahren zu beobachtenden Leerstandstendenzen von Einzelhandelsgeschäften in den Citys wurde hauptsächlich durch Kaufkraftabflüsse in sog. integrierte Einkaufszentren verursacht“;

ist nicht zu beanstanden.

Die Äußerung findet sich dort so im Buch, aber im Gesamtkontext zu dem Beitrag: „Wie viele Zentren verträgt eine Stadt“. Es ist schon vom Aufbau und durch die Darstellung („hauptsächlich“; „in den letzten Jahren zu beobachtenden...“) eine Wertung und insoweit eine Meinungsäußerung, und zwar wiederum zu dem „Verödungsthema“. Auf die obigen Ausführungen unter Ziffer III. 1.) wird entsprechend Bezug genommen.

4.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

- S. 96: „Viele der Center sind entstanden, weil Marktforscher der jeweiligen Stadtspitze und den häufig recht unbedarften Ratsleuten unrealistische Umsatzzahlen für den Einzelhandel prognostizierten“;

ist ebenfalls eine zulässige Meinungsäußerung.

Die Äußerung steht so im Buch, und zwar in dem Beitrag: „Wie viele Zentren verträgt eine Stadt“. Schon die Wortwahl („viele...sind entstanden, weil“ „häufig“) belegt den Charakter einer Wertung und insoweit einer Meinungsäußerung. Dass es jedenfalls auch unrealistische Prognosen gegeben hat, liegt schon nach der Lebenserfahrung auf der Hand und kann als Mutmaßung nicht „falsch“ sein. Der Autor setzt sich insoweit kritisch mit dem Thema „Gutachter und Gutachten“ auseinander. Im Übrigen betrifft die Aussage nicht die Antragstellerin individuell; auf die Ausführungen unter Ziffer III. 1.) wird entsprechend Bezug genommen.

5.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

- S. 99: „Dabei werden sie feststellen, dass schon zum Zeitpunkt der bloßen Erwägung eines Shopping-Center-Neubaus der Handelsmarkt einfriert. Für einen Zeitraum von bis zu 10 Jahren ist es dann sehr schwer noch ein Ladenlokal in der klassischen 1a-Lage zu vermieten. Auch Geschäftshäuser können, wenn überhaupt, nur zu deutlich niedrigeren Kaufpreisen veräußert werden.“;

ist auch nach Auffassung des Senats nicht zu beanstanden.

In erster Instanz lautete das in Rede stehende Antrags-Zitat Seite 99 anders, und zwar – wie ausgeführt – folgendermaßen:

„Dabei werden sie feststellen, dass schon zum Zeitpunkt der bloßen Erwägung eines Shopping-Center-Neubaus der Handelsmarkt einfriert. Für einen Zeitraum von bis zu 10 Jahren ist es dann sehr schwer noch ein Ladenlokal in der klassischen 1a-Lage zu vermieten. Auch Geschäftshäuser können, wenn überhaupt, nur zu deutlich niedrigeren Kaufpreisen veräußert werden. Diese ‚Miet-Eiszeit‘ errechnet sich wie folgt...“;

Das jetzt angegriffene Zitat gibt die konkrete Verletzungsform nicht wieder. Denn in dem Beitrag: „Wie viele Zentren verträgt eine Stadt“, aus dem das Zitat stammt, gibt es im Äußerungsumfeld weitere, durch das Herausschneiden der Textstelle ausgeblendete Wertungen, die das Zitat seinerseits als Meinungsäußerung charakterisieren. Dem steht nicht entgegen, dass das Wort „feststellen“ im anderen Zusammenhang eine Tatsachenbehauptung sein kann. Im Äußerungsumfeld ist erkennbar wertend („werden feststellen...“; „häufig“) von der Verunsicherung der Geschäftsleute und Investoren im Umfeld die Rede. Das ist eine zulässige Meinungsäußerung und ihr Tatsachenkern wird nicht etwa deswegen „falsch“, auch wenn die Antragstellerin andere Beispiele nennen kann. Im Übrigen wird auf die Ausführungen unter Ziffer III. 1.-4.) Bezug genommen.

6.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

- S. 100: „Sexshops und Fast-Food-Ketten machen sich breit“;
- ist eine zulässige Meinungsäußerung.

Sie steht so im Buch, aber im Gesamtkontext zu dem Beitrag: „Wie viele Zentren verträgt eine Stadt“. Es ist, wie das Landgericht zutreffend ausführt, erkennbar eine Überspitzung zum Thema „Verödungseffekt“, zuvor ist die Rede davon, dass die Vielfalt durch Wegzug verloren gehe. Es ist im Gesamtzusammenhang eine wertende Meinungsäußerung und es fehlt auch hier an der direkten, individuellen Betroffenheit der Antragstellerin. Auf die obigen Ausführungen unter Ziffer III. 1.) wird Bezug genommen.

7.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

- S. 152: „Nicht nur im Braunschweiger Fall scheint dieses traditionelle demokratische Verständnis von Verfahren der Stadtplanung ohne Gegenwehr preisgegeben“;

ist eine zulässige Meinungsäußerung.

Die Äußerung findet sich so im Buch, aber im Gesamtkontext zu dem Beitrag: „Operation t... – Die Braunschweiger Schloss-Arkaden“. Wie viele Zentren verträgt eine Stadt“.

Im Äußerungszusammenhang ist die Rede davon, es habe etwa 300 Einwände gegen das Projekt gegeben und die Stadtverwaltung sei „undemokratisch“ darüber hinweggegangen. Die Kritik richtet sich ersichtlich gegen die Stadtverwaltung. Die im Beitrag herausgestellte „Gegenwehr“ ist entgegen der Ansicht der Antragstellerin kein Hieb auf die Antragstellerin. Dass sich diese angesprochen fühlt, mag bei einem „Denken um die Ecke“ verständlich sein. Das ist aber verständigerweise nicht der Maßstab für die Bewertung von Meinungsäußerungen. Es handelt sich ersichtlich nicht um eine Schmähekritik zu Lasten der Antragstellerin.

8.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

- S. 157: „Wird so nicht viel mehr eine Residenz für den neuen Feudalherren der Stadt, den Shopping-Regenten Xyy, gebaut?“

ist nicht zu beanstanden.

Die Äußerung steht so im Buch, aber wiederum im Gesamtkontext zu dem Beitrag: „Operation t... – Die Braunschweiger Schloss-Arkaden“. Wie viele Zentren verträgt eine Stadt“.

Hierbei handelt es sich auch nach Auffassung des Senats erkennbar nur um eine zulässige Überspitzung, nicht aber um eine Schmähekritik. Wenn ein Schloss (wie in dem Beitrag zuvor geschildert) nur scheinbar eine Schloss-Rekonstruktion ist, passt die Parallele zum „neuen Feudalherren“ und ist – wenn man im Bild bleibt – nicht überzogen, obwohl die Antragstellerin dabei namentlich genannt wird. Es ist, wie auch die Antragstellerin im Grundsatz nicht verkennt, eine Frage des Einzelfalles, wann die persönliche Kritik zu einer unzulässigen Schmähung wird. Das Buch hat die Thematik der Einkaufszentren breit angelegt. In diesem Rahmen müssen auch scharfe Worte erlaubt sein, soweit sie das Anliegen des Buches noch transportieren. Davon ist auszugehen.

9.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

- S. 163: „Nero hat die Stadt mit Feuer zerstört. Viele Bürgermeister zerstören die Städte mit Shopping-Centern“;

ist eine zulässige Meinungsäußerung.

Sie steht so im Buch, aber als Zitat mit einer Fußnote. Das Zitat steht in dem Beitrag: „Operation t... – Die Braunschweiger Schloss-Arkaden“. Wie viele Zentren verträgt eine Stadt“.

Auch nach Auffassung des Senats handelt es sich vorliegend nur um eine zulässige Überspitzung, nicht aber um eine Schmähekritik, obwohl sich allerdings mit dem Kaiser Nero ganz entsetzliche Ereignisse in der Antike verbinden. Maßgeblich ist aber insoweit, dass vorliegend die Bürgermeister kritisiert werden (anders die Antragstellerin Bl. 153). Es werden die Bürgermeister kritisiert und es ist eine zulässig geäußerte Meinung, dass mit großflächigen Einkaufszentren in der Innenstadt das zuvor Vorhandene „zerstört“ wird, weil dadurch Innenstädte veröden bzw. beliebig werden können. Der Autor schildert damit sein Anliegen plastisch und schwungvoll und erkennbar en-

gagiert und spielt damit auch auf die bekannte Wendung an, dass man Menschen mit einer Stadt bzw. mit Bauten „erschlagen“ könne.

Der Senat verkennt nicht, dass es grenzwertig sein mag, jemand persönlich insoweit mit Nero in Verbindung zu bringen. Gleichwohl ist es bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung noch eine zulässige Meinungsäußerung, zumal die Antragstellerin selbst nicht direkt und individuell insoweit betroffen ist. Im Übrigen wird auf die Ausführungen unter Ziffer III. 1.) Bezug genommen.

10.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

S. 163: „Wer als Politiker, Architekt oder Städteplaner solche Prozesse aktiv unterstützt, trägt zur Verarmung und Verödung der Innenstädte bei und vernichtet die letzten Reste der kulturellen Mitte der europäischen Stadt“;

ist nicht zu beanstanden.

In erster Instanz lautete das in Rede stehende Antrags-Zitat Seite 163 anders, und zwar – wie ausgeführt – folgendermaßen:

„Wer als Politiker, Architekt oder Städteplaner solche Prozesse aktiv unterstützt, trägt zur Verarmung und Verödung der Innenstädte bei und vernichtet die letzten Reste der kulturellen Mitte der europäischen Stadt. Wer sich als Standesvertreter der Architektenschaft oder als Hochschullehrer hieran beteiligt, verliert die Legitimation, das Ideal einer europäischen Stadt zu propagieren“;

Die Äußerung steht als solche so in dem Buch, und zwar unter dem Beitrag: „Operation t... – Die Braunschweiger Schloss-Arkaden“, aber dort (schon erkennbar an: „solche Prozesse“) in einem bestimmten Äußerungszusammenhang, insoweit erfasst das Zitat nicht die konkrete Verletzungsform.

Es werden zuvor Untersuchungen zitiert über „zu groß geratene Einkaufszentren“. Das ist eine Meinungsäußerung, die kritisch, aber nicht schmähend auf die Verantwortlichkeit eines jeden Beitrags für die aufgezeigte Entwicklung hinweist.

Die Antragstellerin ist zudem nicht direkt bzw. individuell betroffen; auf die obigen Ausführungen unter Ziffer III. 1.) wird Bezug genommen.

11.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

S. 182: „Dass der (Vor-)Schlag die Stadt elektrisiert, kann nicht verwundern, schon gar nicht die Xyy, die solche Gewalttaten gewohnt ist“;

ist eine zulässige Meinungsäußerung.

In erster Instanz lautete das in Rede stehende Antrags-Zitat Seite 182 anders, und zwar – wie ausgeführt – folgendermaßen:

„Dass der (Vor-)Schlag die Stadt elektrisiert, kann nicht verwundern, schon gar nicht die Xyy, die solche ‚Gewalttaten‘ gewohnt ist“;

Schon dadurch, dass in dem Zitat nunmehr das Wort „Gewalttaten“ – abweichend von der Zitatstelle im Buch – nicht mehr in Anführungszeichen gesetzt sind, wird die konkrete Verletzungsform nicht erfasst.

Der Satz steht in dem Beitrag: „Von der großen Belagerung der Stadt Cottbus“. Im Zitat mit seinem Äußerungsumfeld wird entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht gesagt, dass die Antragstellerin sich wie Machiavelli verhalten habe bzw. verhalte, Rechtsbrüche begehe und/oder undemokratisch vorgehe.

Im Prolog des Beitrags ist zwar von den Strukturen vor der Renaissance in Oberitalien die Rede und es wird ausgeführt, dass es Parallelen gäbe und bei dem Umbau der Städte „mal wieder“ die Großen die Kleinen fressen. Die dann folgende, in Anführungszeichen gesetzte Wendung „Gewalttaten“ ist hier erkennbar nur übertrieben gemeint. Der Leser erkennt ohne weiteres, dass hier nur auf „Gewalttaten“ in einem anderen Sinne angespielt werden soll. Eine konkrete Schmähung der Antragstellerin ohne Sinnbezug oder ohne thematische Veranlassung

ist nicht gegeben, die Meinungsäußerungsfreiheit muss hier Vorrang vor einer gewissen Betroffenheit der Antragstellerin haben.

12.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

S. 187: „Den Kriegern der Xyy, die unterstützt von örtlichen Hilfstruppen, professionell und leidenschaftslos ihr ur-eigenes Geschäft der Gewinnvorbereitung betreiben“;

ist nicht zu beanstanden.

Sie steht so im Buch, aber als Zitat mit einer Fußnote. Das Zitat steht in dem Beitrag: „Von der großen Belagerung der Stadt Cottbus“.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin handelt es sich auch nach Auffassung des Senats nicht um eine unzulässige Schmäkritik. Zuvor ist in dem Beitrag vom Kampf und vom Widerstand vieler gegen die Umbaupläne die Rede, es wird auch erwähnt, dass nach der Wende die „Treuhand“ Entmietungen durchgeführt habe und so wird wieder auf das Thema des Beitrags („Belagerung der Stadt“) als „archaisches Moment“ angespielt, auf die „Konfrontation von Krieger und Kämpfer“ und den „kampfbereiten“ Widerstand.

In diesem Kontext steht der beanstandete Satz. Das ist von der Antragstellerin hinzunehmen. Auf die obigen Ausführungen unter Ziffer III. 11.) wird entsprechend Bezug genommen.

13.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

S. 195: „...bat man in den Fluren dem Vernehmen nach hinter vorgehaltener Hand um Verständnis: Wer wolle denn schon den großzügigen Mäzen des Pfingstberg-schlusses vor den Kopf stoßen?“;

ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

Sie steht so im Buch, und zwar wiederum im Gesamtkontext zu dem Beitrag: „Von der großen Belagerung der Stadt Cottbus“.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin wird damit nicht gesagt, dass der genannte W. O. auf die Stadtverwaltung Druck ausgeübt hat, sondern vielmehr das Gegenteil, dass die Behörden von sich aus „hinter vorgehaltener Hand“ um Verständnis gebeten hätten. Dass das unrichtig ist, behauptet nicht einmal die Antragstellerin, sie habe nur keine Anhaltspunkte, dass es zutreffend sei.

Der Beitrag schildert die Widerstände um das Cottbusser Projekt, und es wäre schon nach der Lebenserfahrung nicht überraschend, wenn die Behörden, die an der Realisierung des Vorhabens interessiert waren, gegenüber den Widerständen entsprechende Aktivitäten zur Kompensation entwickelt hätten. Zu Unrecht sieht sich die Antragstellerin insoweit als Betroffene.

14.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

S. 197: „...und plötzlich hat er einen wohlbekanntenen Cottbusser Bauunternehmer mit geheimnisumwitterter DDR-Geschichte am Telefon, der ihn unmissverständlich fragt, ob er nicht Angst hätte, dass ihn demnächst mal einige seiner angeblich aufgebrauchten Bauarbeiter kräftig vermöbeln könnten“;

ist eine zulässige Meinungsäußerung.

Sie steht so im Buch, und zwar wiederum im Gesamtkontext zu dem Beitrag: „Von der großen Belagerung der Stadt Cottbus“.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin wird sie an dieser Stelle nicht in die Nähe von mafiösen Zusammenhängen gebracht, es wird auch nicht behauptet, dass die Antragstellerin von solchen Vorgängen wüsste. Vielmehr ist im dortigen Äußerungsumfeld davon die Rede, dass viele gegen das Einkaufszentrum gewesen seien, dass Stadtverordnete dagegen agiert hätten, dass es eine Klage gegen den Bebauungsplan gegeben habe und dass der betreffende Kläger in der Presse genannt worden sei.

Dass es so einen Drohanruf gegeben hat, bestreitet die Antragstellerin nicht, um eine unrichtige Tatsachenbehauptung

kann es insoweit demgemäß nicht gehen. Im Übrigen liegt keine Schmähung der Antragstellerin vor und sie ist auch nicht individuell betroffen.

15.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

S. 221: „Aufgrund der massiven Verunsicherung durch die Centerentwicklung, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auch mit Verunsicherung über die tatsächliche Verkaufsfläche und das geplante Sortiment verbunden ist, werden Investitionen in der Innenstadt bis auf Weiteres auf Eis gelegt“;

ist nicht zu beanstanden.

Sie steht so im Buch, aber im Gesamtkontext zu dem Beitrag: „Die City braucht kein Center“ und beschreibt das Verhalten von Investoren wegen deren Verunsicherung.

Es handelt sich entgegen der Ansicht der Antragstellerin um eine zulässige Meinungsäußerung, und zwar zu dem Verdrängungs- bzw. Verödungsthema. Auch die Wendung „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ bleibt im Bereich der Wertung, denn dass etwas „auch mit einer Verunsicherung verbunden“ sein soll, ist ein typisches Dafürhalten. Auf die Gegenuntersuchungen der Antragstellerin im Tatsächlichen kommt es insoweit nicht an. Auf die obigen Ausführungen unter Ziffer III. 1.) wird entsprechend Bezug genommen. Auch hier fehlt es an der direkten, individuellen Betroffenheit der Antragstellerin.

16.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

S. 221: „Damit aber beginnt ein fataler Kreislauf: Ladenlokale werden unattraktiv, finden keine neuen Mieter mehr und das Niveau des Innenstadtbewohners nimmt ab“;

ist eine zulässige Meinungsäußerung.

Sie steht so im Buch, aber wiederum im Gesamtkontext zu dem Beitrag: „Die City braucht kein Center“. Es handelt sich erkennbar um eine Schlussfolgerung zu den Äußerungen davor. Auf die obigen Ausführungen unter Ziffer III. 15.) wird Bezug genommen.

17.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

S. 222: „Der vitale Austausch zwischen dem Einzelhandel in der City und dem neuen Center, der in Sonntagsreden mit Nachdruck beschworen wird, findet in der Regel nicht statt“;

ist nicht zu beanstanden.

Sie steht so im Buch, aber ebenfalls im Gesamtkontext zu dem Beitrag: „Die City braucht kein Center“ und damit erkennbar als Schlussfolgerung zu den Äußerungen davor. Die eigene Wertung wird auch durch die Wendung „in der Regel“ deutlich. Auf die obigen Ausführungen unter Ziffer III. 15.) wird Bezug genommen.

Außerdem wird weiter dort argumentiert, weshalb das Umfeld eines Centers Probleme bekommen kann, und zwar vor allem vor dem dort geschilderten Umstand, dass viele solche Centren in der Planung sind.

Auch hier fehlt es an der direkten, individuellen Betroffenheit der Antragstellerin, auf IV. 1.) wird Bezug genommen.

18.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

S. 259: „...unsere schönen, gewachsenen Innenstädte zu zerstören, indem wir uns die seelenlosen, uniformen Center in die Städte holen, die dann unsere gewachsenen Strukturen unwiederbringlich zerstören“;

ist eine zulässige Meinungsäußerung.

In erster Instanz lautete das in Rede stehende Antrags-Zitat Seite 259 anders, und zwar – wie ausgeführt – folgendermaßen:

„Wir sollten uns hüten, jetzt die Fehler der Amerikaner zu machen und unsere schönen, gewachsenen Innenstädte zu zerstören, indem wir uns die seelenlosen, uniformen Center in die Städte holen, die dann unsere gewachsenen Strukturen unwiederbringlich zerstören“;

Die Äußerung steht im Übrigen so in dem Buch, und zwar unter dem Beitrag „Back to the City – Lifestyle Center versus Supermall“, und es wird argumentiert, dass eine „gewachsene Stadt“ eben etwas ganz anderes vermittelt als Shopping-Center.

Es handelt sich entgegen der Ansicht der Antragstellerin um eine Meinungsäußerung, zudem fehlt es an einer direkten, individuellen Betroffenheit der Antragstellerin. Auf die Ausführungen unter Ziffer III. 1.) wird Bezug genommen.

19.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

S. 263: „dass er den unmittelbaren Außenraum möglichst attraktiv gestalten kann, um die Kunden in das Innere seines Gebäudes zu locken“;

ist nicht zu beanstanden.

Sie steht so im Buch, und zwar in dem erkennbar als satirische Übertreibung gemeinten Beitrag: „Verkaufen Sie! – Eine Glosse über das Verkaufen ungeliebter Werte“. Es handelt sich um eine bewusst überspitzt formulierte eigene Wertung. Die Antragstellerin ist individuell nicht betroffen.

20.) Die Äußerung gemäß Antragszitat:

S. 273: „In Hameln fehlt jede Rücksichtnahme auf die vorhandene Stadt“.

ist eine zulässige Meinungsäußerung.

Sie steht so im Buch, und zwar ebenfalls in dem Beitrag: „Verkaufen Sie! – Eine Glosse über das Verkaufen ungeliebter Werte“. Es handelt sich um eine eigene Wertung, wie das Centrum auf das Umfeld („der vorhandenen Stadt“) wirkt.

Deswegen kann nicht ausschlaggebend sein, dass sich – wie die Antragstellerin meint – deren Mitarbeiter im Projekt Hameln besonders viel Mühe gegeben haben. Die Einschätzung des Autors lässt eine individuelle Betroffenheit der Antragstellerin nicht erkennen. Auf die obigen Ausführungen unter Ziffer III. 19.) wird Bezug genommen.

IV. Nach alledem war die Berufung der Antragsteller als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs.1 ZPO.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 3. Zivilsenats des OLG Hamburg

§ 91 ZPO

Wettbewerb; Kosten eines Abwehreschreibens

Kosten, die durch die vorprozessuale Abwehr einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung entstanden sind, sind nicht nach § 91 ZPO zu erstatten (wie BGH GuT 2008, 225).

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 14. 8. 2008 – I ZB 87/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Antragstellerin hat am 8. September 2006 einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung eingereicht, den sie am 11. Oktober 2006 zurückgenommen hat. Das Landgericht Düsseldorf hat die Kosten des Verfügungsverfahrens der Antragstellerin auferlegt. Im Kostenfestsetzungsverfahren hat die Antragsgegnerin u. a. eine Geschäftsgebühr für ein Abwehreschreiben angemeldet, mit dem ihre Verfahrensbevollmächtigte vorprozessual auf die Abmahnung der Antragstellerin geantwortet hatten.

2 Das Landgericht hat die Festsetzung der Geschäftsgebühr abgelehnt, weil sie für eine außergerichtliche Tätigkeit entstanden sei. Das Oberlandesgericht Düsseldorf [– I-20 W 70/07–] hat die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Antragsgegnerin mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde. Die Antragstellerin beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.

3 **Aus den Gründen:** II. Die gemäß § 574 Abs.1 Satz 1 Nr.2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbe-

schwerde ist unbegründet. Das Beschwerdegericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass Kosten, die durch die vorprozessuale Abwehr einer wettbewerbsrechtlichen Abmahnung entstanden sind, nicht nach § 91 ZPO zu erstatten sind.

4 Der Senat hat bereits entschieden, dass die Kosten des Verfügungsbeklagten für ein vorgerichtliches Abwehrensreiben – soweit sie auf die Verfahrensgebühr nicht anrechenbar sind – im Kostenfestsetzungsverfahren nicht geltend gemacht werden können (BGH, Beschl. v. 6.12.2007 – I ZB 16/07, GRUR 2008, 639 Tz. 7 bis 10 = WRP 2008, 947 [= GuT 2008, 225] – Kosten eines Abwehrensreibens). Sie sind kostenrechtlich nicht anders zu behandeln als Abmahnkosten des Verfügungsklägers (vgl. BGH, Beschl. v. 20.10.2005 – I ZB 21/05, GRUR 2006, 439 Tz.10 bis 12 = WRP 2006, 237 – Geltendmachung der Abmahnkosten).

5 Zu einer Überprüfung dieser Rechtsauffassung gibt der Streitfall keinen Anlass. Insbesondere ist unerheblich, dass das Abwehrensreiben seine Bestimmung, zu einer außergerichtlichen Streitbeilegung zu führen, in vielen Fällen nicht erfüllt. Darin liegt kein Unterschied zur Abmahnung, deren Kosten ebenfalls nicht in die Kostenfestsetzung einbezogen werden können.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 134, 305, 309, 339, 344 BGB; § 348 HGB; § 1 UStG
Unwirksamkeit eines nachvertraglichen
Wettbewerbsverbots für vom Gläubiger weder ausgeübte
noch beabsichtigte Tätigkeit;
Umsatzsteuerpflicht bei Vertragsstrafe

1. Ein Vertragsstrafversprechen für Wettbewerb auf einem Geschäftsfeld, in dem der Gläubiger nicht tätig ist und auch künftig nicht tätig werden will, ist unwirksam, weil es sich faktisch um ein außerhalb privatautonomer Gestaltungsbefugnis liegendes Berufsverbot handelt.

2. Zahlung und Empfang einer Vertragsstrafe sind nicht umsatzsteuerpflichtig.

(OLG Koblenz, Urteil vom 7. 8. 2008 – 5 U 140/08)

Zum Sachverhalt: Der Kläger nimmt den Beklagten auf Zahlung einer Vertragsstrafe von 5800 € in Anspruch. Durch Vertrag vom 16. August 2004 vereinbarten die Parteien, dass der Beklagte („Kleintransporte“) für den Kläger („Transportunternehmen“) Transportfahrten durchführen sollte. In dem Vertrag ist unter anderem folgendes bestimmt:

„Es wird festgestellt, dass beide Vertragspartner freie Unternehmer sind und auch so handeln. Beide Parteien garantieren sich gegenseitig Kundenschutz. Auch für den Fall, dass die Zusammenarbeit einmal endet, wird der Kundenschutz für mindestens ein Jahr aufrechterhalten. Bei einem Verstoß gegen den Kundenschutz, wird eine Vertragsstrafe von Euro 5.000 für jeden Kunden vereinbart.“

Unstreitig ist der Beklagte bei einer anderen Transportfirma in der Disposition tätig geworden.

Der Kläger meint, dadurch habe der Beklagte die Vertragsstrafe verwirkt, weil die zitierte Vertragsklausel mündlich auch auf Dispositionstätigkeiten ausgedehnt worden sei. Der Beklagte bestreitet dies.

Das Landgericht Koblenz hat Zeugenbeweis erhoben und dem Kläger hiernach die begehrte Vertragsstrafe nebst Mehrwertsteuer und Zinsen zuerkannt. Hinsichtlich eines weiteren – für das Berufungsverfahren nicht mehr relevanten – Begehrens ist die Klage abgewiesen worden. Zur Begründung hat die Einzelrichterin ausgeführt, die Vernehmung der Ehefrau des Klägers habe ergeben, dass das Wettbewerbsverbot auch auf Dispositionstätigkeiten ausgedehnt worden sei.

Dagegen wendet sich der Beklagte mit der Berufung. Der Sachvortrag des Klägers zur Erweiterung des vertraglichen Wettbewerbsverbotes sei widersprüchlich; die Aussage der hierzu benannten Zeugin unglaubhaft.

Der Kläger verteidigt die Entscheidung des Landgerichts und meint, dass Wettbewerbsverbot sei wirksam auf Dispositionstätigkeiten des Beklagten ausgedehnt worden.

Aus den Gründen: II. Die zulässige Berufung hat umfassend Erfolg. Die Klage musste abgewiesen werden, weil dem Kläger ein Anspruch auf die begehrte Vertragsstrafe nicht zusteht.

1. Hinsichtlich eines Teilbetrages von 800 € ist die Klage schon deshalb unbegründet, weil der Vertrag vom 16. August 2004 die Vertragsstrafe auf 5000 € begrenzt. Zu diesem Betrag hat der Kläger die seinerzeit maßgebliche Mehrwertsteuer von 16% addiert. Derartige sieht der Vertrag indessen nicht vor; im Übrigen handelt es sich beim Empfang einer Vertragsstrafe nicht um einen umsatzsteuerpflichtigen Vorgang. Eine Schadensersatzleistung unterliegt nur dann der Umsatzsteuer, wenn die Zahlung der Summe mit einer Leistung des Steuerpflichtigen in Wechselbeziehung steht, wenn also ein Leistungsaustausch stattgefunden hat. Grundlage des Leistungsaustauschs ist dabei eine innere Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung (vgl. BGH NJW 2001, 3535, 3536). Die Schadensersatzforderung des Klägers ist mit einer Gegenleistung jedoch nicht verknüpft.

2. Auch im Übrigen war die Klage abzuweisen, weil dem Kläger eine Vertragsstrafe nicht zusteht.

Die Behauptung, der Beklagte habe für die Firma I. Logistik GmbH Transportfahrten durchgeführt, ist vom Kläger nicht in der erforderlichen Weise konkretisiert worden und daher auch einem Beweis nicht zugänglich.

Dementsprechend stützt der Kläger sein Begehren auch nur noch auf die vom Beklagten für die Firma I. Logistik GmbH ausgeübte Dispositionstätigkeit. Diese wird indes von der entsprechenden Klausel des Vertrages vom 16. August 2004 selbst dann nicht erfasst, wenn man die Aussage der Zeugin W. für glaubhaft hält, wonach das Wettbewerbsverbot auch auf Dispositionstätigkeiten erstreckt wurde.

Dabei *unterstellt* der Senat zugunsten des Klägers, dass der ursprüngliche Vertrag trotz seiner formularmäßigen Gestaltung nicht von § 305 Abs. 1 BGB erfasst wird, was nach § 309 Nr. 6 BGB ohne Weiteres zur Unwirksamkeit des Vertragsstrafversprechens führen würde.

Geht man von einer wirksamen Individualvereinbarung aus und legt man die Aussage der Zeugin W. zugrunde, scheidet die Klage daran, dass der Beklagte mit seiner Disponententätigkeit für die Firma I. Logistik GmbH in keinerlei Wettbewerb zum Kläger getreten ist und dessen wirtschaftliche Position auch nicht in sonstiger Weise gefährdet hat. Das angefochtene Urteil stellt im unstreitigen Tatbestand fest, dass die Firma I. Logistik GmbH Ende 2004 eine Urlaubs- und Krankheitsvertretung in der Disposition gesucht und deswegen den Kläger angesprochen habe. Dazu heißt es in der angefochtenen Entscheidung:

„Da der Kläger persönlich hierzu über keine ausreichenden Kenntnisse und Fähigkeiten verfügte, vereinbarten die Parteien, dass er diesen Auftrag an den Beklagten verberge.“

Bei dieser Sachlage könnte der von der Zeugin W. berichtete erweiterte Konkurrenzschutz nur dann greifen, wenn der Kläger persönlich die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten erworben *und* eine eigene Tätigkeit als Disponent binnen Jahresfrist aufgenommen hätte. Derartige wird weder von der Klage noch von der Berufungserwiderung behauptet.

Das Landgericht hat demgegenüber argumentiert, der Beklagte habe seine Disponententätigkeit bei der Firma I. Logistik GmbH als Erfüllungsgehilfe des Klägers aufgenommen, so dass von einer gleichgerichteten künftigen Betätigungsbasis des Klägers ausgegangen werden könne.

Das ist nicht tragfähig, weil es im Parteivortrag keine hinreichende Stütze findet. Dass die Firma I. Logistik GmbH mit dem Kläger einen Vertrag über Dispositionstätigkeit geschlossen hat, ist nicht zu ersehen und angesichts der Behauptung, dass die Firma I. Logistik GmbH den vom Kläger *vermittelten* Beklagten zunächst vier Wochen lang einarbeiten musste, fern liegend, wenn nicht gar ausgeschlossen. Im Übrigen wäre es nicht mit der vom Kläger durchweg behaupteten völligen Selbständigkeit des Beklagten zu vereinbaren, ihn nunmehr in dem Arbeitsverhältnis, das mit der Firma I. Logistik GmbH begründet wurde, als Erfüllungsgehilfen des Klägers anzusehen.

Gibt es nach alledem keine Konkurrenz zwischen den Parteien auf dem Geschäftsfeld „Disposition“, steht dem Kläger schon aus diesem Grund eine Vertragsstrafe nicht zu. Sähe man das anders, läge in der Konkurrenzschutzklausel faktisch ein Berufsverbot des Beklagten in einem für den Kläger *fremden* Geschäfts- und Betätigungsfeld. Das wäre nicht mit Art. 12 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes zu vereinbaren, der die Freiheit der Berufswahl garantiert.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Mitgeteilt von RiOLG Weller, Koblenz

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Wettbewerb etc.

§ 14 UWG; § 281 ZPO – Wettbewerb; Internet-Werbung; Irreführung Dritter; Gerichtsstand der unerlaubten Handlung

1. Im Hinblick auf Internet-Werbung ist Begehungsort jeder Ort, an dem die Werbung bestimmungsgemäß abgerufen werden kann. Darüber hinaus muss die Internet-Werbung in wettbewerblich relevanter Weise verbreitet sein, d. h. die wettbe-

werblichen Interessen der Parteien müssen (auch) im Bezirk des angerufenen Gerichts aufeinander stoßen.

2. Im Falle eines Verstoßes gegen § 5 UWG kommt es darauf an, ob auch im Bezirk des angerufenen Gerichts eine relevante Irreführung Dritter möglich ist. Daran fehlt es, wenn sich aus der Internetwerbung ergibt, dass die beworbenen Waren nur lokal begrenzt, und nicht im Bezirk des angerufenen Gerichts bezogen werden können.

(OLG Hamburg, Urteil vom 9.11.2006 – 3 U 58/06)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 15.12.2008 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 16, 4 a. F. UWG; § 73 StGB; § 823 BGB – Strafbare Werbung; Gewinnversprechen; Verfall der Kaufpreiszahlungen

1. Zum Zusammenhang zwischen Werbeaussage und beworbener Ware oder Leistung als Voraussetzung strafbarer Werbung.

2. Werden Kunden mittels strafbarer Werbung zu Warenbestellungen veranlasst, sind die Kaufpreiszahlungen, welche die Kunden dafür an den Täter oder Drittbegünstigten leisten, von diesem aus den Taten erlangt und unterliegen – unbeschadet vorrangiger Ansprüche von Verletzten – in vollem Umfang dem Verfall.

3. Infolge der strafbaren Werbung können den Bestellern Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung jeweils in Höhe des gezahlten Kaufpreises zustehen, die den Verfallsbetrag vermindern.

(BGH, Urteil vom 30.5.2008 – 1 StR 166/07)

Hinw. d. Red.: Zur Veröffentlichung u. a. in BGHSt vorgehen. Siehe dazu die Pressemitteilung des BGH Nr. 103/2008 in GuT 2008, 402 (in diesem Heft).

Besteuerung

Steuern – Umschau Oktober 2008

RiFG i.R. Karl-Christian Callsen, Erfstadt-Liblar

Außerordentliche AfA (Restwert-AfA) bei unvermietbarem Gewerbeobjekt?

Der Kläger (Kl) war im Streitjahr 2001 zu 25% an einer GbR beteiligt, die übrigen 75% hielt der Sohn des Kl. Bis zum 30.11. des Streitjahres erzielte die GbR Einkünfte aus der Vermietung des seit dem 1.10.1981 ihr gehörenden Grundstücks, seit 1976/77 mit einem nach den Vorgaben des Konzerns B bebauten und an ihn vermieteten Lebensmittelmarkt (Markt 1). Dieser lag an einer Landstraße außerhalb des Ortes. Nur durch ein Wohnhaus getrennt unterhielt B auf einem benachbarten Grundstück einen weiteren Lebensmittelmarkt (Markt 2). Der Mietvertrag mit B war auf 15 Jahre geschlossen mit einer Option von weiteren 5 Jahren für B. Im Jahr 1984 baute die GbR die Räume nach detaillierten Vorgaben der B um weitere 200 qm aus (nunmehr 800 qm Nutzfläche, davon 450 qm Verkaufsfläche). Bereits Mitte 2000 überlegten sich der Kl und sein Sohn angesichts einer Strategieänderung des B Vermietungsalternativen, sie schalteten auch eine Consulting-Firma D ein. Im September 2000 kündigte B zum 31.12.2001. D wurde nunmehr beauftragt, einen Nachmieter zu finden, im April 2001 hierfür zusätzlich ein Makler. Daneben verhandelten sie mit B über die Fortsetzung des Mietverhältnisses auch zu für B günstigeren

Konditionen für einen Getränkemarkt für ein Jahr. Diese Verhandlungen zerschlugen sich jedoch im Mai 2001. Die Einschaltung einer weiteren Firma zwecks Neuvermietung blieb erfolglos. Sodann veräußerte die GbR das Grundstück mit Vertrag vom 30.11.2001 für DM 810 000,- an eine Bauherrengemeinschaft (BHG), die nach Abbruch des Gebäudes auf dem Grundstück ein Geschäftshaus mit Ladengeschäften, Büros, Restaurant und einem Hotel bis zum 25.8.2004 errichtete.

In der beim FA eingereichten Feststellungserklärung für 2001 erklärten Vater und Sohn eine außerordentliche Abschreibung (AfaA) gem. § 7 Abs.1 Satz 6 EStG von DM 191 626,- für das ursprüngliche Gebäude und von weiteren DM 189 148,- für den Ergänzungsbau von 1984, zus. also DM 380 974,-. Nach ablehnender Einspruchsentscheidung des FA sprach das FG Düsseldorf mit Urteil vom 9.8.2007 (DStRE 2008,735, Revision zum BFH unter IX R 64/07) die Klage zu.

Die GbR hatte sich ernsthaft und langfristig, jedoch erfolglos sowohl um eine Fortsetzung des Mietverhältnisses mit dem B als auch um eine Neuvermietung bemüht. Sie wäre auch mit einer hälftigen Reduzierung der Miete mit dem B einverstanden gewesen, der jedoch nicht fortsetzen wollte. Man hatte sich, wenn auch vergeblich, um eine Vermietung an eine Drogerie-, eine Einzelhandels- und Fast-Food-Kette bemüht. Die BHG beantragte bereits am 4.1.2001 die Abbruchgenehmigung, der gezahlte Kaufpreis entfiel allein auf den Grundstückswert. Im

Sommer 2001 habe sich hier die Unvermietbarkeit (wirtschaftliche Wertlosigkeit) des Gewerbeobjekts endgültig herausgestellt, eine künftige Einkünfterzielungsabsicht sei nicht erforderlich.

Man darf sehr gespannt sein, ob der BFH dieses Urteil bestätigen wird.

Gebäudeabbruch als Indiz für fehlende Einkünfterzielungsabsicht?

Die Kläger sind Ehegatten, die in den Streitjahren 2001 und 2002 zusammen zu veranlagen sind. Der Kläger (KI) erwarb in 1996 u. a. für DM 35 000,- ein 3020 qm großes Grundstück, bebaut mit einem Wohn- und Geschäftshaus (ehemaliger Gasthof mit Saal und Nebengebäuden). Die Räume wurden zuletzt als Büro und zu Wohnzwecken genutzt. Die Wohnungsmieterin zog bereits vor Erwerb durch den KI aus, weil die Wohnung nicht mehr dem üblichen Standard entsprach. Seitdem stand das Gebäude leer. Noch in 1996 beauftragte der KI einen Makler mit der Vermietung, was erfolglos blieb. In 1998 beauftragte er ein Bauplanungsbüro mit Umbau- und Sanierungsplänen, die von der Gemeinde genehmigt wurden. Der Aufwand des KI hierfür betrug in 1998 DM 8958,-. Wegen der hohen Sanierungskosten nahm der KI jedoch hiervon Abstand. Im Streitjahr 2001 verhandelte er mit B über eine Vermietung, wobei er ergänzend zur Baugenehmigung aus 1998 weitere Umbaupläne einreichte, deren Genehmigung sich bis 2005 hinzog. Da B Abstand von einer Anmietung nahm, verfolgte er seine Umbaupläne nicht weiter. Er gab in 2002 seine Absicht auf, die vorhandenen Gebäude zu vermieten und entschloss sich zum Abriss. Im März 2002 beantragte er eine Abbruchgenehmigung, die ihm erteilt wurde, und im Jahr 2003 wurde der Abbruch durchgeführt. Ende 2003 erhielt er den Vorbescheid zum Bau eines EFH, das er – wie er behauptet – zu vermieten beabsichtigte. Mit dem Bau wurde noch nicht begonnen, weil die Lage des Gebäudes auf dem Grundstück wegen veränderter Straßenführung und Inanspruchnahme von Grundfläche für den Straßenbau noch nicht feststehe. Der KI zahlte in 2002 rückständige Grundsteuer aus den Vorjahren von € 2053,18 sowie für 2002 den Betrag von € 484,47. Er machte in seiner Einkommensteuererklärung 1998 die gezahlten Planungskosten mit 40% gem. § 4 FördG (40% von 8958 = 3584) geltend und mit jeweils DM 598,- in den Folgejahren. Die Veranlagung für 1998 wurde bestandskräftig. Für die Streitjahre erklärte er jeweils Einnahmen von DM 0,- und als WK AfA gem. § 7 EStG von jeweils DM 500,-, die Sonderabschreibungen von DM 598,- sowie gezahlte Grundsteuern. Das FA lehnte ab, die Werbungskostenüberschüsse anzuerkennen. Nach ablehnender Einspruchsentscheidung gab das Niedersächs. FG mit Urteil vom 20. 6. 2007 nur teilweise statt. Die Sonderwerbungskosten seien sofort abzugsfähige WK (vergebliche Planungskosten) des Jahres 1998 und in den Folgejahren nicht mehr abzugsfähig. Ab 2002 sei keine Vermietungsabsicht wegen des Abbruchs feststellbar.

Der BFH führt in seinem Urteil vom 19.12. 2007 (BFH/NV 2008,1111) u. a. aus, dass die Sonderabschreibung zwar zu Recht nicht im Streitjahr 2001 zu berücksichtigen sei. Aber die Umbauplanung für insges. DM 8958,- fand weder Eingang in die Pläne für 2001 noch für das EFH ab 2003 und kann, nachdem dies in 2001 offenkundig wurde, noch gem. § 175 Abs.1 Satz 1 Nr.1 AO in voller Höhe in dem Bescheid für 1998 berücksichtigt werden.

Zu Unrecht habe die Vorinstanz das Ende der Vermietungsabsicht mit dem Abbruchbeginn des Gebäudes im Streitjahr 2002 bejaht. Dies sei zu bejahen, wenn der Stpfl. nach dem Abbruch das Grundstück veräußern oder selbst nutzen wolle. Der Gebäudeabbruch habe jedoch keine Auswirkung auf die Einkünfterzielungsabsicht, wenn das Grundstück auch nach der Beseitigung der Bausubstanz in steuerlich bedeutsamer Weise, wie z. B. durch Vermietung wie hier, genutzt werden soll.

Der erstmalige bestandskräftige Ansatz von Herstellungskosten hat keine endgültige Bindung für die Folgejahre, und der

Beginn eines Gebäudeabbruchs bedeutet nicht stets sofort das Ende der Einkünfterzielungsabsicht.

Grundstückshandel einer Grundstücksgemeinschaft mit einem Großprojekt

Die Kläger (KI) waren zu je 50% an der B-oHG beteiligt. Die oHG war im Streitjahr 1995 auf dem Gebiet des gewerblichen Grundstückshandels tätig. Die KI waren ferner als Makler bzw. Bauunternehmer tätig. Neben dieser oHG bestand im Streitjahr die A-Grundstücksgemeinschaft, an der die KI ebenfalls zu je 50% beteiligt waren. Deren Tätigkeit bestand zunächst im Ankauf von Objekten, deren Vermietung und Verwaltung. In den Jahren 1992 bis 1996 hielten die KI mindestens 6 Objekte in dieser Gemeinschaft. Die Grundstücke 1 und 2 hatten die KI Ende 1990 zu je 1/2 in Bruchteilsgemeinschaft erworben, die Gesamtfläche der beiden Grundstücke betrug ca. 1500 qm. Im November 1991 schlossen sie bei der Bank C einen Darlehensvertrag über insges. DM 3 Mio. mit Tilgungsbeginn ab 1. 4. 1992 und einer Laufzeit bis 31. 10. 2001. Sie gaben als Berufsbezeichnung „Unternehmer/B-oHG“ an, die Tilgungspläne wiesen die B-oHG als Adressaten aus. Sodann wurde das Grundstück 1 bebaut, das Grundstück 2 durch entsprechende Umbauten zur gemeinsamen Nutzung mit Grundstück 1 hergerichtet. Es wurde ein einheitliches Gewerbeobjekt mit Arztpraxen, Büroräumen und Ladenlokalen etc. erstellt. Die Baukosten betragen 2,13 Mio. Die Fertigstellung erfolgte 1992, sodann die Fremdvermietung zu gewerblichen Zwecken mit Laufzeiten von 10 bis 15 Jahren. Im April 1995 erfolgte der Verkauf des Gesamtobjektes zu DM 4,475 Mio. Die Darlehen übernahm der Erwerber. Die KI zahlten an die Darlehensgeber Vorfälligkeitsentschädigungen. Mit dem Erlös erwarben die KI ein anderes Gewerbeobjekt.

Die KI erklärten für das Streitjahr 1995 lediglich Einkünfte aus V+V. Nach einer Außenprüfung stellte das FA Einkünfte aus Gewerbebetrieb i.H.v. DM 1 857 989,- fest.

Nach Einspruch und ablehnender Einspruchsentscheidung bestätigte das FG Köln mit rkr. gewordenem Urteil vom 7. 11. 2006 (EFG 2008, 952 mit Anm.) die Auffassung des FA. Die Gewerblichkeit der Gemeinschaft ergab sich im Streitjahr aus einer Gesamtwürdigung der gemeinschaftlichen Aktivitäten der KI. Sie waren gewerbliche Grundstückshändler und hatten als Beteiligte der B-oHG eine Vielzahl weiterer Objekte gehandelt. Diese Tätigkeiten sind einer Vermögensverwaltung fremd. Sie hatten nach außen nicht erkennbar gemacht, dass die Grundstücke Privatvermögen sein sollten, sondern vielmehr die B-oHG benannt. Die langfristige Vermietung steht einer unbedingten Veräußerungsabsicht schon bei Erwerb nicht entgegen.

Bei vorheriger kompetenter steuerlicher Beratung und entsprechender Gestaltung hätte die Versteuerung des hohen Veräußerungsgewinns vermieden werden können. Im Streitfall haben die KI wohl zu Recht keine Chancen für eine erfolgreiche Revision gesehen, weshalb sie das Urteil rechtskräftig werden ließen.

Keine Einkünfterzielungsabsicht bei „Warten auf bessere Zeiten“

Der Kläger (KI) besaß in den neuen Bundesländern seit einigen Jahren leerstehende, stark sanierungsbedürftige Wohnungen und Garagen. Die Garagen waren bis 1994 vermietet, aus den Wohnungen erzielte er ab 2000 keine Mieteinnahmen mehr. Er hatte zwar einer Grundstücksverwaltungsfirma einen Vermietungsauftrag gegeben, die aber wegen offensichtlicher Aussichtslosigkeit keine konkreten Vermietungsbemühungen mehr unternommen hatte. Aufgrund des starken Bevölkerungsrückgangs war auch nach Durchführung einer Sanierung eine anschließende Vermietung nicht zu erwarten. Der KI hatte aus Sicherheitsgründen die Eingangstüren und Fenster zugemauert, die Grundstücke waren baupolizeilich gesperrt. Der KI hatte selbst keine ernsthaften und nachhaltigen Vermietungsbemühungen unternommen, sondern wartete „auf bessere Zeiten“.

Bei dieser Sachlage haben nicht nur das FA, sondern auch das FG Sachsen-Anhalt mit Urteil vom 12.12.2007 (2 K 1585/04; Revision zugelassen) zu Recht eine Einkunftserzielungsabsicht für das Streitjahr 2002, für das der Kl negative Einkünfte aus V+V von ./. € 1378,- erklärt hatte, verneint.

Nicht ausgeübte Mietanpassungsklausel unter nahen Angehörigen

Der Kläger (Kl) betreibt eine Bäckerei. Die Betriebsräume hatte er von seiner Ehefrau mit Mietvertrag vom 1.1.1979 angemietet für 15 Jahre, danach mit Verlängerung von jeweils ein viertel Jahr, zu einer Monatsmiete von DM 8000,- zzgl. USt, darin Nebenkosten von DM 1500,-. Für die Kaltmiete war eine Mietanpassungsklausel nach Lebenshaltungskostenindex vereinbart, in dem Mietvertrag war auf die Genehmigungspflicht der Landeszentralbank hingewiesen, die aber nicht eingeholt wurde. Ab 1.9.1997 vereinbarte der Kl mit seiner Ehefrau, die nicht durchgeführten Mietanpassungen ab Jan. 1979 nachzuholen, ab 1993 die Mieten entsprechend zu erhöhen und in neun mtl. Raten ab 1.11.1997 an die Ehefrau zu entrichten (1993 und 1994: jeweils DM 69 720,11; 1995: DM 37 422,98; 1996: DM 43 208,63; Jan.–Sept. 1997: DM 33 274,32; zus. DM 183 626,04). Die Beträge waren in den am 29.10.1997 beim FA eingereichten Bilanzen für 1993 bis 1997 jeweils gewinnmindernd passiviert. Bei Durchführung einer Außenprüfung im Juni 1999 für 1994 bis 1997 stellte sich heraus, dass keine Genehmigung für die Wertsicherungs- mit Mietanpassungsklausel eingeholt worden war. Diese wurde mit Schreiben vom 1.7.1999 genehmigt. Das FA erkannte jedoch die Mieterhöhungen bis einschl. Aug. 1997 nicht als betriebliche Verbindlichkeiten an, Einspruch des Kl blieb erfolglos. Auch das FG Nürnberg erkannte diese mit Urteil vom 21.9.2004. nicht an, weil eine Vereinbarung mit Rückwirkung steuerlich nicht zulässig sei und zwischen Fremden auch nicht üblich sei. Ein fremder Dritter hätte sich auf derartige Mietanpassungen für zurückliegende Zeiträume von mehreren Jahren nicht eingelassen.

Der BFH wies die Revision des Kl mit Urteil vom 21.2.2008 (BFH/NV 2008,1139) als unbegründet zurück. Das steuerliche Rückwirkungsverbot greife jedoch nicht ein, wenn eine klare und eindeutige Abrede zunächst schwebend unwirksam sei und dieser Schwebeszustand wie hier mit dem Schreiben vom 1.7.1999 nach den zivilrechtlichen Vorgaben rückwirkend beendet werde. Die Ehefrau des Kl habe jedoch 18 Jahre und neun Monate keine erhöhte Miete eingefordert, was zeige, dass die Mietanpassung nicht ernsthaft vereinbart war. Fremde hätten über einen derart langen Zeitraum auf die vereinbarte Mietanpassung nicht verzichtet. Vereinbarungen unter nahen Angehörigen müssten auch entsprechend der Vereinbarung tatsächlich durchgeführt werden.

Wenn dem Steuerberater des Kl der Mietvertrag mit der Mietanpassungsklausel von Beginn an vorgelegen und er keine Hinweise erteilt hat, droht ihm eine teure Schadensersatzklage.

Ersatzzustellung an eine nur stundenweise beschäftigte Haushaltshilfe?

Nach mehrmaligen vergeblichen Vollstreckungsversuchen wegen rückständiger Steuerforderungen forderte das FA den Kläger (Kl) mit Verfügungen vom 13.6.2002 zur Vorlage eines Vermögensverzeichnisses auf und lud ihn zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung am 24.7.2002. Laut Angaben auf der Postzustellungsurkunde wurde der Umschlag mit diesen Verfügungen „in der Wohnung des Kl einem zu seiner Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen / im Dienst der Familie stehenden Erwachsenen“ am 14.6.2002 übergeben. Der Kl kehrte erst am 16.7.2002 von einer Reise zurück und habe erst an diesem Tag den Umschlag erhalten. Auf diesem sei als Zustellungsdatum der 19.6.2002 vermerkt. Mit Fax vom 19.7.2002 legte er Einspruch ein.

Klage zum FG Baden-Württemberg und Beschwerde wegen Nichtzulassung der Revision durch dieses blieben erfolglos. Der BFH führte mit Beschluss vom 5.3.2008 (BFH/NV 2008,1105) u. a. aus, die an den Vollstreckungsschuldner selbst vorzunehmende

Zustellung der Aufforderung zur Abgabe des Vermögensverzeichnisses und der eidesstattlichen Versicherung sei in Form der Ersatzzustellung auch dann bewirkt, wenn das Schriftstück an eine in seinem Haushalt auf Dauer, wenn auch nur stundenweise beschäftigte Haushaltshilfe übergeben wird.

Von daher dürfte u. U. auch die Ersatzzustellung an eine erwachsene, nur stundenweise im Haushalt beschäftigte Ausländerin während des Jahresurlaubs des Stpfl. wirksam sein.

Grunderwerbsteuer bei Grundstücksveräußerungen mit Solaranlagen

Die LFD Erfurt hat mit Verfügung vom 14.4.2008 (DStZ 2008, 429) ausgeführt, dass in die Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage einzubeziehen sind Gebäudebestandteile, nicht aber Betriebsvorrichtungen. Von daher sei bei Grundstücksübertragungen mit Solaranlagen wie folgt zu differenzieren:

Thermische Solaranlagen zur Unterstützung der Raumheizung und zur Erwärmung von Brauchwasser sind wie die Heizungsanlage als Gebäudebestandteile einzustufen und der hierauf entfallende Kaufpreis damit der GrEST zu unterwerfen.

Photovoltaikanlagen, die ausschließlich der Energieerzeugung und Einspeisung in öffentliche Energienetze dienen, sind als Betriebsvorrichtung einzustufen und ein hierauf entfallender Kaufpreisanteil unterliegt nicht der GrEST.

Photovoltaikanlagen, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs des Grundstücks dienen, sind dagegen als Bestandteil oder Zubehör des Grundstücks einzustufen und ein hierauf entfallender Kaufpreisanteil unterliegt der GrEST.

Ebenso sind einzustufen Photovoltaikmodule, die anstelle von Dachziegeln oder anstelle von Fassadenelementen verwendet werden.

Die hiermit vermittelten Erkenntnisse sind sicherlich bahnbrechend und dienen dem Bürokratieaufbau!

BMF-Schreiben vom 7. Juli 2008
(IV C 1 – S 221/07/10007 2008/0344679),
BStBl I 2008, 717

Abziehbarkeit von zugewendeten Aufwendungen in Fällen des sog. abgekürzten Vertragswegs (Drittaufwand); Anwendung des BFH-Urteils vom 15. Januar 2008 – IX R 45/07 – (BStBl II S. 572)

BMF-Schreiben vom 9. August 2006 (BStBl I S. 492 [= GuT 2006, 282]); TOP 11 der Sitzung mit dem für die Einkommensteuer zuständigen Vertretern der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder vom 16. bis 18. April 2008 in Berlin (ESt III/08)

Der BFH bestätigt in seinem Urteil vom 15. Januar 2008 – IX R 45/07 – BStBl II S. 572 [= GuT 2008, 392 KL]) seine Rechtsprechung (vgl. BFH-Urteil vom 15. November 2005 – IX R 25/03 –, BStBl 2006 II S. 623 [= GuT 2006, 284 KL]), nach der Erhaltungsaufwendungen auch dann Werbungskosten des Steuerpflichtigen bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung sind, wenn sie auf einem von einem Dritten im eigenen Namen, aber im Interesse des Steuerpflichtigen abgeschlossenen Werkvertrag beruhen und der Dritte die geschuldete Zahlung auch selbst leistet.

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder sind die Rechtsgrundsätze des Urteils vom 15. Januar 2008 anzuwenden. Entsprechendes gilt für den Betriebsausgabenabzug nach § 4 Abs. 4 EStG.

Bei Kreditverbindlichkeiten und anderen Dauerschuldverhältnissen (z. B. Miet- und Pachtverträge) kommt eine Berücksichtigung der Zahlung unter dem Gesichtspunkt der Abkürzung des Vertragswegs weiterhin nicht in Betracht (vgl. BFH-Urteil vom 24. Februar 2000 – IV R 75/98 –, BStBl II S. 314). Gleiches gilt für Aufwendungen, die Sonderausgaben oder außergewöhnliche Belastungen darstellen.

Das BMF-Schreiben vom 9. August 2006 (BStBl I S. 492 [= GuT 2006, 282]) wird aufgehoben.

Dieses Schreiben steht ab sofort für eine Übergangszeit auf den Internetseiten des Bundesministeriums der Finanzen (www.bundesfinanzministerium.de) unter der Rubrik Wirtschaft und Verwaltung – Steuern – Veröffentlichungen zu Steuerarten – Einkommensteuer zur Ansicht und zum Abruf bereit.

**Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Steuerrecht etc.**

§§ 675, 249 BGB – Steuerberaterhaftung; Darlegung und Beweis des Schadens; Umsatzsteuer

Hat der Mandant aufgrund einer schuldhaften Pflichtverletzung des steuerlichen Beraters aus Erlösanteilen, die er ansonsten an Dritte hätte auszahlen müssen, zu Unrecht Umsatzsteuer entrichtet, ist ihm insoweit nur dann ein Schaden entstanden, wenn er darlegt und beweist, dass der Dritte ihn deswegen auf Schadensersatz in Anspruch nimmt.

(BGH, Urteil vom 17.1.2008 – IX ZR 172/06)

§ 370 AO; § 47 StGB – Steuerhinterziehung; Freiheitsstrafen für unverfrorenen Wiederholungstäter

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Essen vom 18. März 2008 wird als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben hat (§ 349 Abs. 2 StPO).

Soweit die Strafkammer Einzelfreiheitsstrafen unter sechs Monaten verhängt hat, erwähnte sie die Voraussetzungen des § 47 Abs. 1 StGB zwar nicht ausdrücklich. Angesichts des vom Angeklagten – einem unverfrorenen Wiederholungstäter – an den Tag gelegten hohen Maßes an krimineller Energie liegt es jedoch auf der Hand, dass hier zur Einwirkung auf den Angeklagten auch bei niedrigeren Strafen die Festsetzung von Freiheitsstrafen unerlässlich war.

(BGH, Beschluss vom 13. 8. 2008 – 1 StR 382/08)

§ 15 EStG – Gewerbliche Betätigung des Maklers auf eigenem Grund und Boden; Errichtung und Veräußerung eines Einkaufsmarktes

Die Errichtung und Veräußerung eines Einkaufsmarktes kann einem Maklerbetrieb zugeordnet werden, wenn der Erwerb des Grundstücks und die Errichtung des Einkaufsmarktes nicht zuletzt mit Hilfe der Kenntnisse aus der Maklertätigkeit abgewickelt werden und wenn die Errichtung und Veräußerung von Objekten in den folgenden Jahren im Rahmen einer Bauträger-GmbH fortgesetzt wird.

(BFH, Urteil vom 7. 5. 2008 – X R 49/04)

Vorinstanz: FG Thüringen vom 25.11.2004 IV 415/02

– Veröffentlichung in BStBl II 2008, 711 –

www.prewest.de

über 184 000 Zugriffe seit Februar 2007

§ 16 EStG – Betriebsverpachtung; wesentliche Betriebsgrundlagen; spezifische Verhältnisse des Betriebs

1. Für die Anerkennung einer gewerblichen Betriebsverpachtung reicht es aus, wenn die wesentlichen, dem Betrieb das Gepräge gebenden Betriebsgegenstände verpachtet werden. Welche Betriebsgegenstände in diesem Sinne die wesentlichen Betriebsgrundlagen darstellen, bestimmt sich nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles unter Berücksichtigung der spezifischen Verhältnisse des betreffenden Betriebs. Dabei ist maßgeblich auf die sachlichen Erfordernisse des Betriebs abzustellen (sog. funktionale Betrachtungsweise).

2. In diesem Zusammenhang bilden bei einem „Autohaus“ (Handel mit Neu- und Gebrauchtfahrzeugen eines bestimmten Automobilfabrikanten einschließlich angeschlossener Werkstattservice) das speziell für diesen Betrieb hergerichtete Betriebsgrundstück samt Gebäuden und Aufbauten sowie die fest mit dem Grund und Boden verbundenen Betriebsvorrichtungen im Regelfall die alleinigen wesentlichen Betriebsgrundlagen. Demgegenüber gehören die beweglichen Anlagegüter, insbesondere die Werkzeuge und Geräte, regelmäßig auch dann nicht zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen, wenn diese im Hinblick auf die Größe des „Autohauses“ ein nicht unbeträchtliches Ausmaß einnehmen.

(BFH, Urteil vom 11.10.2007 – X R 39/04)

Vorinstanz: FG Köln (EFG 2005, 440)

– Veröffentlichung in BStBl II 2008, 220 –

§§ 2, 21 EStG – Verpachtung unbebauten Grundbesitzes; Einkünfteerzielungsabsicht; Prognoseerfordernis

1. Die § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG zugrunde liegende typisierende Annahme, dass bei einer auf Dauer angelegten Vermietungstätigkeit der Steuerpflichtige beabsichtigt, letztlich einen Einnahmeüberschuss zu erwirtschaften, gilt nicht für die dauerhafte Verpachtung unbebauten Grundbesitzes (Bestätigung des BFH-Beschlusses vom 25. März 2003 IX B 2/03, BFHE 202, 262, BStBl II 2003, 479 [= GuT 2003, 157 KL]).

2. Der Prognosezeitraum beträgt auch bei einer Verpachtung unbebauten Grundbesitzes 30 Jahre.

(BFH, Urteil vom 28.11.2007 – IX R 9/06)

Vorinstanz: FG Düsseldorf (EFG 2006, 1161)

– Veröffentlichung in BStBl II 2008, 515 –

Hinw. d. Red.: Vgl. Bespr. bei Callsen GuT 2008, 172.

§§ 9, 21 EStG – V+V; Erhaltungsaufwendungen; Werbungskosten; Drittaufwand

Erhaltungsaufwendungen sind auch dann Werbungskosten des Steuerpflichtigen bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung, wenn sie auf einem von einem Dritten im eigenen Namen, aber im Interesse des Steuerpflichtigen abgeschlossenen Werkvertrag beruhen und der Dritte dem Steuerpflichtigen den Betrag zuwendet (Bestätigung des BFH-Urteils vom 15. November 2005 IX R 25/03, BFHE 211, 318; BStBl II 2006, 623 [= GuT 2006, 284 KL]; gegen BMF-Schreiben vom 9. August 2006, BStBl I 2006, 492 [= GuT 2006, 282]).

(BFH, Urteil vom 15.1.2008 – IX R 45/07)

Vorinstanz: FG Hamburg (EFG 2007, 1674)

– Veröffentlichung in BStBl II 2008, 572 –

Hinw. d. Red.: Dazu BMF-Schreiben vom 7. 7. 2008 (BStBl I 2008, 717), in GuT 2008, 391 (in diesem Heft).

§ 33 GrStG; § 79 BewG – Grundsteuer; Leerstand; bebautes Geschäftsgrundstück

1. Eine Ertragsminderung, die das nach § 33 Abs. 1 Satz 1 GrStG erforderliche Ausmaß erreicht, führt auch dann zu einem

Grundsteuererlass, wenn sie strukturell bedingt und nicht nur vorübergehender Natur ist.

2. Bei bebauten Grundstücken i. S. des § 33 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GrStG ist für die Berechnung der Ertragsminderung zunächst danach zu unterscheiden, ob die von der Ertragsminderung betroffenen Räume/Raumeinheiten zu Beginn des Erlasszeitraums leer standen oder – wenn auch verbilligt – vermietet waren.

3. Bei zu diesem Zeitpunkt leer stehenden Räumen bildet die übliche Miete die Bezugsgröße, an der die Ertragsminderung zu messen ist. Bei den vermieteten Räumen bildet die vereinbarte Miete diese Bezugsgröße, solange die Miete nicht um mehr als 20 v. H. von der üblichen Miete abweicht.

4. Ist die Ertragsminderung durch einen Leerstand bedingt, hat sie der Steuerpflichtige nicht zu vertreten, wenn er sich nachhaltig um eine Vermietung zu einem marktgerechten Mietzins bemüht hat.

(BFH, Urteil vom 24.10.2007 – II R 5/05)

Vorinstanz: FG Berlin vom 26.2.2003 2 K 2331/00

– Veröffentlichung in BStBl II 2008, 384 –

Hinw. d. Red.: Vgl. BVerwG GmS-OG 1/07 – Gut 2007, 333 KL, PM; OVG Münster WuM 2008, 241. Vgl. FG Köln GuT 2008, 294 bei Callsen zum Werbungskostenabzug bei langjährigem Gebäudeleerstand; BFH GuT 2003, 107 KL zur Bewertung eines Militärflugplatzes bei Leerstand als unbebautes Grundstück.

§§ 2, 28, 29, 33 GewStG – Gewerbesteuer; Folgekosten einer Windkraftanlage in der Standortgemeinde

1. Macht eine Gemeinde, auf deren Gebiet ein andernorts ansässiger Betreiber eine Windkraftanlage unterhält, ohne dort Arbeitnehmer zu beschäftigen, im Verfahren der Zerlegung des Gewerbesteuermessbetrags des Betreibers geltend, eine Zerlegung nach dem allgemeinen Maßstab des § 29 GewStG führe wegen mit Errichtung und Betrieb der Anlage regelmäßig verbundener Schwertransporte und dadurch ausgelöster Schäden am gemeindlichen Straßen- und Wegenetz zu einem offenbar unbilligen Ergebnis i. S. von § 33 Abs. 1 GewStG, obliegt ihr eine konkrete Darlegung des Umfangs und der Intensität der Schwertransporte und der daraus im Erhebungszeitraum resultierenden Schäden.

2. Negative Auswirkungen der Windkraftanlage von Wohngrundstücken und auf den Tourismus in der Standortgemeinde begründen keinen von § 29 GewStG abweichenden Zerlegungsmaßstab.

(BFH, Urteil vom 4.4.2007 – I R 23/06)

Vorinstanz: Niedersächsisches FG vom 16.2.2006 6 K 457/04

– Veröffentlichung in BStBl II 2007, 836 –

Hinw. d. Red.: Windkraftanlage im Jagdbezirk: LG Neuruppin GuT 2008, 327 (in diesem Heft).

Magazin

Politik und Recht

BGH-Pressemitteilung Nr. 101/2008 vom 30.5.2008

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Michael Ahlt im Ruhestand

Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Michael Ahlt wird mit Ablauf des 31. Mai 2008 in den Ruhestand treten.

Herr Ahlt wurde am 12. Mai 1943 in Prag geboren. Er ist verheiratet und hat zwei erwachsene Kinder.

Nach Abschluss der juristischen Ausbildung im Jahre 1973 und kurzer Tätigkeit als Rechtsanwalt trat Herr Ahlt in den höheren Justizdienst des Freistaates Bayern ein. Nach Verwendungen bei der Staatsanwaltschaft Augsburg und dem Amtsgericht Nördlingen wurde er 1976 bei dem Amtsgericht Augsburg zum Richter am Amtsgericht ernannt. Von dort wurde er 1988 als Richter am Landgericht an das Landgericht Augsburg versetzt. 1990 folgte die Beförderung zum Richter am Oberlandesgericht München. Von dort wechselte er 1993 zunächst im Abordnungsverhältnis, dann als Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht an das Oberlandesgericht Dresden.

In den Jahren 1995 bis 2000 war Herr Ahlt beurlaubt, um als Referent bei dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften tätig zu sein.

Herr Ahlt wurde im Jahre 2001 zum Richter am Bundesgerichtshof ernannt. Er gehört seitdem dem XII. Zivilsenat an, der sich vornehmlich mit Familien- und Personenrecht, sonstigen vermögensrechtlichen Auseinandersetzungen zwischen verheirateten und nicht verheirateten Paaren nach Scheitern der Lebensgemeinschaft sowie der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen auf dem Gebiet des Familienrechts und darüber hinaus auch mit Rechtsstreitigkeiten aus dem Recht der gewerblichen Miete und Pacht befasst.

Herr Ahlt war in beiden Zuständigkeitsbereichen des Senats tätig, und zwar zunächst schwerpunktmäßig im Familienrecht. Dort war er u. a. mit einem Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften befaßt, das die internationale Zuständigkeit für eine Regressklage der öffentlichen Hand wegen übergeleiteter Unterhaltsansprüche betraf. Als Berichterstatter bearbeitete er Verfahren, die das Zusammenwirken von Unterhalts- und Steuerrecht zum Gegenstand hatten, etwa die Voraussetzungen der Zustimmungspflicht des geschiedenen Ehegatten zur einkommensteuerlichen Zusammenveranlagung in Veranlagungszeiträumen vor der Scheidung oder die Berücksichtigung von Investitionszulagen und steuerlichen Abschreibungen im unterhaltsrechtlich relevanten Einkommen eines Selbständigen.

Auf dem Gebiet des gewerblichen Mietrechts stammen aus seiner Feder Entscheidungen zur Zuständigkeit für eine Berufung gemäß § 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG in Fällen, in denen eine ausländische Gesellschaft (Limited Company) einen allgemeinen Gerichtsstand auch im Inland hat, zur Verpachtung und Rückgewähr von so genannten Milchreferenzmengen und zu beitriffsbedingten Rechtsfragen im Bereich des Mietrechts, so etwa zur Bindungswirkung eines Zuordnungsbescheids nach dem Vermögenszuordnungsgesetz für den Grundstücksmieter. Darüber hinaus hat er sich mit den vielfältigen Problemen der Vermietung von Objekten in Einkaufszentren und der Zulässigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen befasst.

Literarisch ist er durch mehrere Veröffentlichungen auf dem Gebiet des Europarechts und des gewerblichen Mietrechts hervorgetreten. Ferner hat er an der Rheinisch-Westfälischen Technischen Hochschule Aachen und an der deutschen Rechtsschule der Universität Warschau Vorlesungen im Europarecht gehalten.

Hinw. d. Red.: Herr Prof. Dr. Ahlt hat in GuT 2005, 47 zum Thema der Übertragbarkeit der Rspr. des VIII. ZS des BGH auf Gewerberaummietverträge geschrieben. Dazu nun Urt. v. 8. 10. 2008 – XII ZR 84/06 – im Bereich der formularvertraglich vereinbarten Schönheitsreparaturpflicht des Gewerberaummieters (Veröffentlichung in GuT Heft 45).

BGH-Pressmitteilung Nr. 104/2008 vom 2. 6. 2008

Neue Richter am Bundesgerichtshof

Der Bundespräsident hat den Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf Dr. Frank Klinkhammer und den Vorsitzenden Richter am Landgericht Meiningen Dr. Oliver Matthias jeweils zum Richter am Bundesgerichtshof ernannt.

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Klinkhammer ist 47 Jahre alt und in Euskirchen geboren. Nach dem Abschluss seiner juristischen Ausbildung trat er 1990 in den höheren Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein. Nach Verwendungen bei dem Landgericht Kleve und dem Amtsgericht Moers wurde er 1993 zum Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Moers ernannt. 1999 wurde Herr Dr. Klinkhammer zum Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf befördert.

Das Präsidium des Bundesgerichtshofs hat Herrn Dr. Klinkhammer dem XII. Zivilsenat zugewiesen, der vornehmlich für Familiensachen und das Recht der gewerblichen Miete und Pacht zuständig ist.

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Matthias ist 48 Jahre alt und in Donndorf/Thüringen geboren. Er legte 1985 die Prüfung als Diplom-Jurist ab. Nach weiteren Jahren des Forschungsstudiums wurde er 1988 Richterassistent bei dem Kreisgericht Suhl. 1991 wurde er – nunmehr im Dienste des Freistaates Thüringen – Richter bei dem Kreisgericht Suhl. Daran schlossen sich Verwendungen bei den Arbeitsgerichten Eisenach und Gera sowie bei dem Landgericht Meiningen an. 1995 wurde Herr Dr. Matthias zum Richter am Landgericht Meiningen ernannt. In den Jahren 1998 bis 2000 war er als wissenschaftlicher Mitarbeiter an den Bundesgerichtshof abgeordnet. 2001 wurde Herr Dr. Matthias zum Vorsitzenden Richter am Landgericht Meiningen ernannt.

Das Präsidium des Bundesgerichtshofs hat Herrn Dr. Matthias dem XI. Zivilsenat zugewiesen, der u. a. für das Bank-, Wertpapier- und Bürgschaftsrecht zuständig ist.

BVerfG-Pressmitteilung Nr. 91/2008 vom 30.10. 2008

Veragung von Beratungshilfe in Angelegenheiten des Kindergeldes nach dem Einkommensteuergesetz verfassungswidrig

Die Beschwerdeführerin erhielt einen Bescheid der Familienkasse, dass sie zuviel gezahltes Kindergeld erstatten sollte. Dafür beehrte sie Beratungshilfe nach dem Beratungshilfegesetz. Das Amtsgericht entsprach ihrem Antrag nicht, sondern wies diesen mit der Begründung zurück, Kindergeldangelegenheiten seien der Finanzgerichtsbarkeit zugeordnet und würden deshalb nach dem eindeutigen Wortlaut des § 2 BerHG keinen Anspruch auf Beratungshilfe begründen. Nach dieser Bestimmung werde Beratungshilfe zwar in Angelegenheiten des Sozialrechts gewährt, nicht aber solchen des Steuerrechts.

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hob mit Beschluss vom 14. Oktober 2008 diese Entscheidung des Amtsgerichts auf und stellte fest, dass § 2 Absatz 2 des Beratungshilfegesetzes mit Art. 3 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar ist, soweit die Norm die Gewährung von Beratungshilfe nicht auch in Angelegenheiten des Steuerrechts ermöglicht. Für die Übergangszeit bis zu einer verfassungsgemäßen Neuregelung durch den Gesetzgeber, für die ihm verschiedene Möglichkeiten der Neugestaltung zur Verfügung stehen, ist Beratungshilfe aber grundsätzlich auch in Angelegenheiten des Steuerrechts

zu gewähren, sofern hierfür die allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen des § 1 Absatz 2 BerHG vorliegen (Beschluss vom 14. Oktober 2008 – 1 BvR 2310/06).

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

I. 1. Der verfassungsrechtliche Maßstab der Rechtsschutzgleichheit, der sich aus dem Sozialstaatsprinzip, dem Rechtsstaatsgrundsatz und dem allgemeinen Gleichheitssatz ableitet, wurde bisher allein bei der Gewährung gerichtlichen Rechtsschutzes angewendet. An diesem Grundsatz wurde insbesondere die fachgerichtliche Prüfung der Erfolgsaussicht einer beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung als Voraussetzung für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe gemessen. Ob sich daraus auch eine Pflicht zur Angleichung der Stellung Unbemittelter an die Bemittelten für den außergerichtlichen Rechtsschutz herleitet, wurde vom Bundesverfassungsgericht hingegen bisher ausdrücklich offen gelassen. Der allgemeine Gleichheitssatz in Verbindung mit dem Sozialstaats- und dem Rechtsstaatsprinzip verlangt aber, dass der Gesetzgeber auch im außergerichtlichen Bereich die erforderlichen Vorkehrungen trifft, damit der Rechtsuchende mit der Wahrnehmung und Durchsetzung seiner Rechte nicht von vornherein an mangelnden Einkünften oder ungenügendem Vermögen scheitert.

2. Die Erwägung des Bundesverfassungsgerichts zum Anspruch auf Rechtsschutzgleichheit im prozessualen Bereich, dass der gleiche Rechtszugang jedermann unabhängig von seinen Einkunfts- und Vermögensverhältnissen möglich sein muss, gilt entsprechend auch für die außergerichtliche Beratung. Angesichts der rechtlichen Durchdringung nahezu aller Lebensbereiche ist der Bürger vielfach auf fachkundigen Rechtsrat angewiesen, um seine Rechte erkennen, bewerten und darüber entscheiden zu können, ob und mit welchen Erfolgsaussichten er sie – gegebenenfalls auch gerichtlich – durchsetzen kann. Nicht anders als bei der Ermöglichung des Zugangs zu den Gerichten verlangt Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaats- und Rechtsstaatsgrundsatz auch bei der Schaffung der rechtlichen Rahmenbedingungen zur Gewährleistung der Rechtswahrnehmungsgleichheit keine vollständige Gleichstellung Unbemittelter mit Bemittelten, sondern nur eine weitgehende Angleichung. Auch hier braucht der Unbemittelte nur einem solchen Bemittelten gleichgestellt zu werden, der bei seiner Entscheidung für die Inanspruchnahme von Rechtsrat auch die hierdurch entstehenden Kosten berücksichtigt und vernünftig abwägt. Insbesondere darf der Rechtsuchende zunächst auf zumutbare andere Möglichkeiten für eine fachkundige Hilfe bei der Rechtswahrnehmung verwiesen werden.

II. Bei der Schaffung der rechtlichen Rahmenbedingungen zur Gewährleistung der Rechtswahrnehmungsgleichheit kommt dem Gesetzgeber ein großer Gestaltungsspielraum zu. Er kann daher die Rechtswahrnehmungsgleichheit von nicht hinreichend Bemittelten und Begüterten auf unterschiedliche Weise regeln. Mit dem Beratungshilfegesetz (BerHG) vom 18. Juni 1980 hat der Gesetzgeber den verfassungsrechtlichen Anforderungen zur Gewährleistung der Rechtswahrnehmungsgleichheit im Grundsatz Genüge getan.

III. Allerdings ist die Regelung des § 2 Absatz 2 BerHG mit dem allgemeinen Gleichheitssatz nicht vereinbar, wonach Beratungshilfe nur in den dort ausdrücklich nach Rechtsgebieten aufgezählten Angelegenheiten gewährt wird. Die abschließende Aufzählung der beratungshilfefähigen Angelegenheiten, zu denen zwar solche des Sozialrechts, nicht aber solche des Steuerrechts gehören, führt zu einer Ungleichbehandlung von Rechtssuchenden in beratungshilfefähigen Angelegenheiten gegenüber solchen in nicht von der Aufzählung erfassten Angelegenheiten. Die Abgrenzung zwischen den beratungshilfefähigen Angelegenheiten des Sozialrechts und den nicht beratungshilfefähigen Angelegenheiten des Steuerrechts richtet sich nach dem eröffneten Rechtsweg. In Kindergeldangelegenheiten führt dies dazu, dass keine Beratungshilfe gewährt werden kann, soweit es – wie in der großen Mehrzahl der Fälle – um Kindergeld nach

dem Einkommensteuergesetz geht, weil der Rechtsweg zu den Finanzgerichten gemäß § 33 Absatz 1 Nummer 1 FGO eröffnet ist. Demgegenüber kann in Angelegenheiten des Kindergeldes nach dem Bundeskindergeldgesetz, wie auch sonst in sozialrechtlichen Angelegenheiten, grundsätzlich Beratungshilfe bewilligt werden. Für diese Ungleichbehandlung gibt es jedenfalls im Verhältnis zwischen Rechtsuchenden im Bereich des Sozialrechts und jenen im Bereich des Steuerrechts und erst recht für die damit verbundene Ungleichbehandlung zwischen Empfängern von steuerrechtlichem und sozialrechtlichem Kindergeld keinen tragfähigen sachlichen Grund.

1. Die zunächst mit der Annahme eines geringen Beratungsbedarfs und guter anderweitiger Beratungsmöglichkeiten in Angelegenheiten des Arbeitsrechts, des Sozialrechts und des Steuerrechts begründete Konzeption des Gesetzgebers zur Begrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs des Beratungshilfegesetzes hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung des Beratungshilfegesetzes und anderer Gesetze vom 14. September 1994 aufgegeben, indem er durch § 2 Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 BerHG die Beratungshilfe auch auf Angelegenheiten „des Sozialrechts“ erstreckt hat. Die anderweitigen Beratungsmöglichkeiten in sozialrechtlichen Angelegenheiten bleiben jedenfalls nicht hinter diejenigen in steuerrechtlichen Angelegenheiten zurück.

2. Die festgestellte Ungleichbehandlung zu Lasten der Rechtsuchenden im Steuerrecht kann auch nicht mit der gelegentlich vorgebrachten Erwägung sachlich gerechtfertigt werden, Rechtsberatung auf dem Gebiet des Steuer- und Abgabenrechts zu günstigen Bedingungen erhalten zu können, sei für Bürger mit geringem Einkommen kein vorrangliches Problem. Steuerrechtliche Zahlungspflichten können auch Bedürfnisse im Sinne des Beratungshilferechts erfassen, gerade auch in Angelegenheiten des Kindergeldes, das unabhängig vom zu versteuernden Einkommen gewährt wird.

3. Die Ausklammerung des Steuerrechts im Allgemeinen und des steuerrechtlichen Kindergeldes im Besonderen aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Beratungshilfe lässt sich auch nicht unter Rückgriff auf den Gedanken einer verfassungsrechtlich zulässigen Typisierung und Pauschalierung rechtfertigen. Denn auch diese müssen das vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzept folgerichtig umsetzen. Das ursprünglich beabsichtigte Regelungskonzept, die Konzentration öffentlicher Mittel auf Bereiche, in denen das Bedürfnis nach kostengünstigem Rechtsrat besonders hervorgetreten ist, hat der Gesetzgeber aber bereits mit der Änderung des Gesetzes im Jahre 1994 aufgegeben.

IV. Dieser festgestellte Verstoß gegen den Gleichheitssatz kann nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung von § 2 Absatz 2 Satz 1 Nummer 4 BerHG behoben werden. Deshalb verstößt nicht nur die vom Amtsgericht befürwortete Auslegung dieser Vorschrift gegen Art. 3 Absatz 1 GG, sondern die mittelbar angegriffene Bestimmung des § 2 Absatz 2 BerHG selbst ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.

BGH-Pressemitteilung Nr. 193/2008 vom 15.10.2008

Einrede der Verjährung bei unstreutigem Sachverhalt noch in der Berufungsinstanz möglich

Die Einrede der Verjährung kann erstmals auch noch in der Berufungsinstanz erhoben werden, wenn die insoweit relevanten Tatsachen unstreutig sind. Das hat der Große Senat für Zivilsachen des Bundesgerichtshofs am 23. Juni 2008 entschieden (Beschluss vom 23. 6. 2008 – GSZ 1/08).

Hintergrund des Verfahrens war eine Bürgschaftsklage. Die Beklagte war in erster Instanz zur Zahlung verurteilt worden, hatte hiergegen aber Berufung eingelegt. Im Berufungsverfahren berief sie sich nun erstmals auf die Verjährung der Hauptforderung. Zu spät, hatte das Oberlandesgericht geurteilt. Zwar sei die Verjährungsfrist tatsächlich abgelaufen. Da die Beklag-

te dies aber bereits in der ersten Instanz hätte geltend machen können, sei die Verjährung im Berufungsverfahren gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr berücksichtigungsfähig.

Der im Revisionsverfahren zuständige XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs sah dies anders, war an einer entsprechenden Entscheidung aber durch ein Urteil des X. Zivilsenats (BGH, Urteil v. 21. Dezember 2005 – X ZR 165/04, GRUR 2006, 401, 404, Tz. 26.), das auf der Linie des Oberlandesgerichts lag, gehindert. Er legte die Frage deshalb dem Großen Senat für Zivilsachen vor (Beschluss v. 4. Dezember 2007 – XI ZR 144/06, NJW 2008, 1312 ff.).

Der Große Senat hat nun entschieden, dass die Präklusionsvorschrift des § 531 Abs. 2 ZPO in solchen Fällen dann nicht anzuwenden ist, wenn sowohl die Erhebung der Verjährungseinrede als auch diejenigen tatsächlichen Umstände, die ihr zugrunde liegen, unstreutig sind. Zur Begründung hat er im Wesentlichen auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Zulässigkeit von neuem Tatsachenvortrag im Berufungsverfahren verwiesen. Danach sind unstreutige neue Tatsachen stets zu berücksichtigen. Für die Verjährung könne, so der Große Senat, nichts anderes gelten. Eine abweichende Bewertung sei insbesondere nicht dadurch gerechtfertigt, dass die Verjährung als Einrede vom Schuldner geltend zu machen sei. § 531 Abs. 2 ZPO unterscheide nämlich gerade nicht zwischen Einreden und Einwendungen, die von Amts wegen zu berücksichtigen sind.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 21. 2. 2008

Keine Notwendigkeit für grundlegende Novelle des Bundeswaldgesetzes Artikelgesetz genügt

Zur aktuellen Diskussion um den Änderungsbedarf im Bundeswaldgesetz erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser MdB, und der zuständige Berichterstatter für Forstwirtschaft, Dr. Hans-Heinrich Jordan MdB:

Die Mitglieder der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion stimmen mit der Auffassung des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz und der Mehrzahl der Bundesländer überein, dass derzeit keine Notwendigkeit für eine Novellierung des Bundeswaldgesetzes besteht.

Es besteht große Übereinstimmung in der Auffassung, dass sich das Bundeswaldgesetz grundsätzlich bewährt hat und gute Voraussetzungen bietet, die gestiegenen Anforderungen an eine sach- und fachgerechte Bewirtschaftung der cirka 11 Mio. Hektar Wald in Deutschland zu bewältigen.

Nur in wenigen Punkten besteht der Bedarf für Klarstellungen, die im Rahmen eines Artikelgesetzes umgesetzt werden könnten. So sollen z. B. die örtlichen Forstbetriebsgemeinschaften bzw. deren forstliche Vereinigungen das Recht zum Holzverkauf für ihre Mitglieder zugesprochen bekommen. Zum anderen sind agroforstlich genutzte landwirtschaftliche Flächen bzw. Kurzumtriebs- oder Schnellwuchsplantagen vom Waldbegriff zu trennen und auszugrenzen.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 19. 6. 2008

Bundeswaldgesetz novellieren – ökologische Mindeststandards für die Waldbewirtschaftung einführen

Zur Einbringung unseres Antrages zur Novellierung des Bundeswaldgesetzes erklärt Cornelia Behm, Sprecherin für Agrar- und Waldpolitik:

Waldpolitik findet in der großen Koalition nicht statt. Deswegen haben wir jetzt die Initiative für eine Novellierung des Bundeswaldgesetzes ergriffen. Die große Koalition muss die im Koalitionsvertrag vereinbarte Änderung des Bundeswaldgesetzes endlich in Angriff nehmen und die Inhalte einer nachhaltigen Waldbewirtschaftung klarer fassen.

Kern unseres Antrages ist es, ökologische Mindeststandards für die Waldbewirtschaftung in das Bundeswaldgesetz einzuführen. Dies halten wir für erforderlich, weil laut Bundeswaldinventur 65 Prozent der Wälder in Deutschland nicht naturnah sind. Es besteht ein großer Nachholbedarf in Sachen naturnaher Bewirtschaftung. Hinzu kommt der steigende Nutzungsdruck auf den Wald durch die Holz- und Bioenergienutzung. Es bedarf dringend klarer rechtlicher Grenzen, um die Übernutzung unserer Wälder künftig ausschließen zu können.

Ziel unseres Antrages ist es, arten- und strukturreiche, naturnah und gesunde Wälder zu schaffen, die biologische Vielfalt der Waldökosysteme zu erhalten und die Wälder vor Übernutzung zu schützen. Denn artenreiche Wälder sind stabiler und bieten einen höheren Schutz vor den Unbilden des Klimawandels. Außerdem wollen wir erreichen, dass die Kohlendioxid-speicherung im Wald erhöht, der Landschaftswasserhaushalt stabilisiert und der Hochwasserschutz verbessert werden. Nicht zuletzt wollen wir die Versorgung mit dem nachwachsenden Rohstoff Holz auf die Weise auch langfristig sichern.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 24. 9. 2008

Erfolgreiche Anhoerung zum Bundeswaldgesetz

Zur heutigen Anhoerung zur Novelle des Bundeswaldgesetzes erklären die Sprecherin der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der SPD-Bundestagsfraktion Waltraud Wolff und der zuständige Berichterstatter der SPD-Bundestagsfraktion Gerhard Botz:

Die Anhoerung zur Novelle des Bundeswaldgesetzes kann als voller Erfolg gewertet werden. Die Mehrzahl der Sachverständigen sieht dringenden Handlungsbedarf fuer die Bundespolitik. Dem wachsenden Nutzungsdruck auf heimische Wälder muss eine vernuenftige bundespolitische Regelung entgegengestellt werden, um unsere Wälder fuer zukuenftige Generationen zu sichern.

Hierbei geht es um grundlegende Ziele, die festzuschreiben sind. Diese sollten dann in den Landeswaldgesetzen konkretisiert werden. Gerade mit Blick auf Europa, muss das Bundeswaldgesetz vorbereitend, aber auch schuetzend fuer die kuenftige Entwicklungen in der Waldbewirtschaftung sein.

Leider zeigt die einseitige Fragestellung der Union, dass ihnen der allumfassende Blick verloren gegangen ist. Das kann man nicht einmal den Oppositionsparteien vorwerfen. Der Union geht es allein um kurzfristige Gewinnmaximierung im Privatwald, sie verschanzt sich dabei hinter dem angeblichen Buerokratiemehraufwand. Wichtig ist, das Aufgabenspektrum fuer die forstwirtschaftlichen Vereinigungen so zu erweitern, dass Kleinwaldbesitzer ihre Holzreserven zu fairen Preisen auf den Markt bringen koennen. Dabei koennen gerade die Kleinwaldbesitzer von der Novelle nur profitieren, denn gerade sie koennen derzeit ihre Holzreserven nicht nutzen.

Eindeutig zeigte die Anhoerung, dass nachhaltige Waldnutzung, ohne Kahlschlaege, mit einem gut durchmischten, standortgerechten Baumartenbestand oekonomisch sinnvoll und im Sinne erhoehter biologischer Vielfalt ist. Ein Wald langfristig ist umso profitabler, je anpassungsfahiger er aus sich selbst heraus ist. Oekologie ist zu Ende gedachte Oekonomie. Oekologische Mindeststandards, wie eine vertraegliche Wilddichte, nachhaltige Funktionsfaehigkeit sowie ein hohes Mass an Selbstregeneration gehoeren als Zielstellung in die Bundesgesetzgebung. Gerade mit Blick auf den Klimawandel muessen wir als Bundespolitiker unserer Verantwortung gerecht werden.

Grosse Einigkeit bestand unter den Sachverstaendigen hinsichtlich einer Verringerung des Wilddrucks. Einheitlich wurde auch die dringende Bitte geaussert, die Verkehrssicherungspflicht zu veraendern. Menschen, die den Wald betreten, muessen mit walddgegebenen Gefahren rechnen, ohne dass hierfuer die Waldbesitzer verantwortlich gemacht werden. Einigkeit besteht auch in der noetigen Abgrenzung des Waldbegriffes von Agroforstsystemen und Kurzumtriebsplantagen. Dies dient einerseits der Rechtssicherheit fuer den Anbau von Gehoelzen auf landwirtschaftlicher Flaechen, aber auch zum Schutz des Waldes. Gentechnisch veraenderte Pflanzen werden fuer den Wald generell abgelehnt, da die Auswirkungen auf das langlebige System Wald und den Baum als Wildpflanze nicht absehbar sind. Allein der DBV lehnt einen Einsatz von genveraenderten Pflanzen auf landwirtschaftlicher Flaechen nicht ab.

Unser Fazit: Es spricht nach der Anhoerung noch mehr fuer die Aufnahme der Zielstellung einer guten fachlichen Praxis in die Bundesgesetzgebung als vorher. Diese Forderung werden wir deshalb nachdruecklich aufrechterhalten.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 24. 9. 2008

Ideologie verhindert eine sinnvolle Einigung Weg zu notwendigen Änderungen am Bundeswaldgesetz frei machen

Zur heutigen Anhörung im Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz zum Änderungsbedarf im Bundeswaldgesetz erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Peter Bleser MdB und der zuständige Berichterstatter, Dr. Hans-Heinrich Jordan MdB:

Die heutige Anhörung hat es wieder einmal bestätigt: Deutschland gehört zu den walddreichsten Ländern in der EU. Knapp ein Drittel der Fläche Deutschlands ist mit Wald bedeckt. Alleine seit der letzten Inventur im Jahr 1987 hat die Waldfläche in den alten Bundesländern um 57.000 Hektar zugenommen. Und der deutsche Wald hat sich nach der Verringerung negativer äußerer Einflüsse wie z. B. der Schwefelbelastung in den letzten Jahren gut erholt. Die Bundeswaldinventur im Jahr 2002 ergab, dass sich die Wälder in Deutschland hin zu mehr Vielfalt, Struktur und Naturnähe entwickelt haben. Im Ergebnis zeigt dies, dass den Waldbesitzern an einer nachhaltigen, naturnahen und ökologischen Bewirtschaftung gelegen ist. Dazu beigetragen hat auch die Festlegung von Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Waldbewirtschaftung in den Landeswaldgesetzen.

Einen Bedarf zur Definition einer bundesweit geltenden „Guten fachlichen Praxis“ sehen die Experten daher nicht. Sie sehen dies als kontraproduktiv an, da eine starre bundesweite Regelung nur zu mehr Bürokratie führt und die regionalen Besonderheiten in der Baumartzusammensetzung nicht berücksichtigt. Wir kritisieren scharf, dass der Koalitionspartner durch ein Festhalten an der Forderung nach einer hinderlichen Definition einer guten fachlichen Praxis auf Bundesebene notwendige Veränderungen blockiert.

Folgende Änderungen werden von der Union befürwortet:

- Schaffung von Rechtssicherheit für Schnellwuchsplantagen und Agroforstflächen durch Ausgrenzung vom Waldbegriff.
- Klarstellung des Staatswaldbegriffs, ungeachtet der jeweiligen Rechtsform.
- Erweiterung des Aufgabenkataloges der forstwirtschaftlichen Vereinigungen um die Möglichkeit des Verkaufs von Holz ihrer Mitglieder, um auf die massive Konzentration auf der Abnehmerseite zu reagieren.
- Erweiterung der Zweckbestimmung der Bundeswaldinventur im Zusammenhang mit der Klimaberichterstattung.

- Konkretisierung der Qualitätsanforderungen an das Betriebspersonal angesichts der flächendeckenden Einführung neuer Rechtsformen für die Bewirtschaftung des bisherigen Staats- und Kommunalwaldes.
- Entlastung der Waldbesitzer von der Verkehrssicherungspflicht in den Waldbeständen und auf den Waldwegen.

Diese sinnvollen Änderungen müssen nun endlich umgesetzt werden. Die Union fordert die SPD daher auf, den Weg zur Verabschiedung der notwendigen Änderungen am Bundeswaldgesetz endlich frei zu machen.

BMJ Newsletter vom 30.10.2008

Das neue GmbH-Recht

An diesem Samstag, dem 1. November 2008, tritt das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) in Kraft. Damit ist die umfassendste Reform des GmbH-Rechts seit Bestehen des GmbH-Gesetzes von 1892 abgeschlossen.

„Mit dem Abschluss der seit langem erwarteten Reform ist das GmbH-Recht im 21. Jahrhundert angekommen. Die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH – insbesondere auch im internationalen Vergleich – wird gestärkt. Sie ist eine moderne, schlanke Rechtsform für den Mittelstand. Existenzgründern steht künftig mit der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft zusätzlich eine Einstiegsvariante der GmbH zur Verfügung. Aber nicht nur die Gründung einer GmbH wird einfacher, schneller und kostengünstiger, sondern das neue GmbH-Recht ist insgesamt moderner und praxistauglicher geworden. Da die Attraktivität der GmbH als Rechtsform nicht zuletzt davon abhängt, dass Gläubiger in Fällen der Krise und der Insolvenz wirksam geschützt werden, haben wir zudem den Schutz vor Missbrauch verbessert“, erläuterte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries.

Die grundlegende Modernisierung des GmbH-Rechts orientiert sich an folgenden Maximen: Flexibilisierung und Deregulierung auf der einen Seite, Bekämpfung der Missbrauchsgefahr auf der anderen. Besondere Neuerungen sind das Musterprotokoll für unkomplizierte GmbH-Standardgründungen sowie eine neue GmbH-Variante, die ohne Mindeststammkapital auskommt.

Die wesentlichen Inhalte der Neuregelung im Einzelnen:

1. Beschleunigung von Unternehmensgründungen

Ein Kernanliegen der GmbH-Novelle ist die Erleichterung und Beschleunigung von Unternehmensgründungen. Hier wurde häufig ein Wettbewerbsnachteil der GmbH gegenüber ausländischen Rechtsformen wie der englischen Limited gesehen, weil in vielen Mitgliedstaaten der Europäischen Union geringere Anforderungen an die Gründungsformalien und die Aufbringung des Mindeststammkapitals gestellt werden.

a) Erleichterung der Kapitalaufbringung und Übertragung von Geschäftsanteilen

- Das neue GmbH-Recht kennt zwei Varianten der GmbH. Neben die bewährte GmbH mit einem Mindeststammkapital von 25.000 Euro tritt die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft (§ 5a GmbHG). Sie bietet eine Einstiegsvariante der GmbH und ist für Existenzgründer interessant, die zu Beginn ihrer Tätigkeit wenig Stammkapital haben und benötigen – wie zum Beispiel im Dienstleistungsbereich. Bei der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft handelt es sich nicht um eine neue Rechtsform, sondern um eine GmbH, die ohne bestimmtes Mindeststammkapital gegründet werden kann. Diese GmbH darf ihre Gewinne aber nicht voll ausschütten. Sie soll auf diese Weise das Mindeststammkapital der normalen GmbH nach und nach ansparen.
- Die Gesellschafter können jetzt individuell über die jeweilige Höhe ihrer Stammeinlagen bestimmen und sie dadurch besser nach ihren Bedürfnissen und finanziellen Möglichkeiten ausrichten. Jeder Geschäftsanteil muss nun nur noch

auf einen Betrag von mindestens einem Euro lauten. Bei Neugründungen bzw. Kapitalerhöhungen kann von vornherein eine flexible Stückelung gewählt werden, vorhandene Geschäftsanteile können leichter gestückelt werden.

- Die Flexibilisierung setzt sich bei den Geschäftsanteilen fort. Geschäftsanteile können leichter aufgeteilt, zusammengelegt und einzeln oder zu mehreren an einen Dritten übertragen werden.
- Rechtsunsicherheiten im Bereich der Kapitalaufbringung werden dadurch beseitigt, dass das Rechtsinstitut der „verdeckten Sacheinlage“ im Gesetz klar geregelt wird. Eine verdeckte Sacheinlage liegt vor, wenn zwar formell eine Bareinlage vereinbart und geleistet wird, die Gesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung aber einen Sachwert erhalten soll (z. B. ein Fahrzeug). Die für die Praxis schwer einzuhaltenden Vorgaben der Rechtsprechung zur verdeckten Sacheinlage sowie die einschneidenden Rechtsfolgen, die dazu führen, dass der Gesellschafter seine Einlage im Ergebnis häufig zweimal leisten muss, wurden fast einhellig kritisiert. Das Gesetz sieht daher vor, dass der Wert der geleisteten Sache auf die Bareinlageverpflichtung des Gesellschafters angerechnet wird. Die Anrechnung erfolgt erst nach Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister. Weiß der Geschäftsführer von der geplanten verdeckten Sacheinlage, liegt also eine vorsätzliche verdeckte Sacheinlage vor, so darf er in der Handelsregisteranmeldung nicht versichern, die Bareinlage sei erfüllt. Es gibt hier kein Recht zur Lüge.

b) Einführung von Musterprotokollen

Für unkomplizierte Standardgründungen (u. a. Bargründung, höchstens drei Gesellschafter) werden zwei beurkundungspflichtige Musterprotokolle als Anlage zum GmbH-Gesetz zur Verfügung gestellt. Die GmbH-Gründung wird einfacher, wenn ein Musterprotokoll verwendet wird. Die Vereinfachung wird vor allem durch die Zusammenfassung von drei Dokumenten (Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste) in einem bewirkt. Bei der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft mit geringem Stammkapital wird die Gründung unter Verwendung eines Musterprotokolls darüber hinaus aufgrund einer kostenrechtlichen Privilegierung zu einer echten Kosteneinsparung führen.

c) Beschleunigung der Registereintragung

Die Eintragung einer Gesellschaft in das Handelsregister wurde bereits durch das Anfang 2007 in Kraft getretene Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) erheblich beschleunigt. Danach werden die zur Gründung der GmbH erforderlichen Unterlagen grundsätzlich elektronisch beim Registergericht eingereicht. Es kann dann unverzüglich über die Anmeldung entscheiden und die übermittelten Daten unmittelbar in das elektronisch geführte Register übernehmen.

Das MoMiG verkürzt die Eintragszeiten beim Handelsregister weiter:

- Bisher konnte eine Gesellschaft nur dann in das Handelsregister eingetragen werden, wenn bereits bei der Anmeldung zur Eintragung eine staatliche Genehmigungsurkunde vorlag (§ 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG a. F.). Das betraf zum Beispiel Handwerks- und Restaurantbetriebe oder Bauträger, die eine gewerberechtliche Erlaubnis brauchen. Das langsamste Verfahren bestimmte also das Tempo. Diese Rechtslage erschwerte und verzögerte die Unternehmensgründung erheblich. Jetzt müssen GmbHs wie Einzelkaufleute und Personhandelsgesellschaften keine Genehmigungsurkunden mehr beim Registergericht einreichen. Das erleichtert den Start.
- Vereinfacht wird auch die Gründung von Ein-Personen-GmbHs. Besondere Sicherheitsleistungen sind nicht mehr erforderlich.
- Es wird ausdrücklich klargestellt, dass das Gericht bei der Gründungsprüfung nur dann die Vorlage von Einzahlungs-

belegen oder sonstigen Nachweise verlangen kann, wenn es erhebliche Zweifel hat, ob das Kapital ordnungsgemäß aufgebracht wurde. Bei Sacheinlagen wird die Werthaltigkeitskontrolle durch das Registergericht auf die Frage beschränkt, ob eine „nicht unwesentliche“ Überbewertung vorliegt. Dies entspricht der Rechtslage bei der Aktiengesellschaft. Nur bei entsprechenden Hinweisen kann damit künftig im Rahmen der Gründungsprüfung eine externe Begutachtung veranlasst werden.

- Die Verwendung des Musterprotokolls wird ebenfalls zur Beschleunigung führen, denn es wird weniger Nachfragen der Registergerichte geben.

2. Erhöhung der Attraktivität der GmbH als Rechtsform

Durch ein Bündel von Maßnahmen wird die Attraktivität der GmbH nicht nur in der Gründung, sondern auch als „werben-des“, also am Markt tätiges Unternehmen erhöht. Gleichzeitig werden Nachteile der deutschen GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen ausgeglichen.

a) Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland

Als ein Wettbewerbsnachteil wurde bisher angesehen, dass EU-Auslandsgesellschaften nach der Rechtsprechung des EuGH in den Urteilen *Überseering* und *Inspire Art* ihren Verwaltungssitz in einem anderen Staat – also auch in Deutschland – wählen können. Diese Auslandsgesellschaften sind in Deutschland als solche anzuerkennen. Umgekehrt hatten deutsche Gesellschaften diese Möglichkeit bislang nicht. Durch die Streichung des § 4a Abs. 2 GmbHG wird es deutschen Gesellschaften nunmehr ermöglicht, einen Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwendig mit dem Satzungssitz übereinstimmt. Dieser Verwaltungssitz kann auch im Ausland liegen. Damit wird der Spielraum deutscher Gesellschaften erhöht, ihre Geschäftstätigkeit auch außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets zu entfalten. Das kann z. B. eine attraktive Möglichkeit für deutsche Konzerne sein, ihre Auslandstöchter in der Rechtsform der vertrauten GmbH zu führen.

b) Mehr Transparenz bei Gesellschaftsanteilen

Nach dem Vorbild des Aktienregisters gilt künftig nur derjenige als Gesellschafter, der in die Gesellschafterliste eingetragen ist. So können Geschäftspartner der GmbH lückenlos und einfach nachvollziehen, wer hinter der Gesellschaft steht. Veräußerer und Erwerber von Gesellschaftsanteilen erhalten den Anreiz, die Gesellschafterliste aktuell zu halten. Weil die Struktur der Anteilseigner transparenter wird, lassen sich Missbräuche – wie zum Beispiel Geldwäsche besser – verhindern.

c) Gutgläubiger Erwerb von Gesellschaftsanteilen

Die Gesellschafterliste dient als Anknüpfungspunkt für einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen. Wer einen Geschäftsanteil erwirbt, kann darauf vertrauen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person auch wirklich Gesellschafter ist. Ist eine unrichtige Eintragung in der Gesellschafterliste für mindestens drei Jahre unbeanstandet geblieben, so gilt der Inhalt der Liste dem Erwerber gegenüber als richtig. Entsprechendes gilt für den Fall, dass die Eintragung zwar weniger als drei Jahre unrichtig, die Unrichtigkeit dem wahren Berechtigten aber zuzurechnen ist. Die vorgesehene Regelung schafft mehr Rechtssicherheit und senkt die Transaktionskosten. Bislang geht der Erwerber eines Geschäftsanteils das Risiko ein, dass der Anteil einem anderen als dem Veräußerer gehört. Die Neuregelung führt zu einer erheblichen Erleichterung für die Praxis bei Veräußerung von Anteilen älterer GmbHs.

d) Sicherung des Cash-Pooling

Das bei der Konzernfinanzierung international gebräuchliche Cash-Pooling wird gesichert und sowohl für den Bereich der Kapitalaufbringung als auch den Bereich der Kapitalerhaltung auf eine verlässliche Rechtsgrundlage gestellt. Cash-Pooling ist ein Instrument zum Liquiditätsausgleich zwischen den Unternehmensteilen im Konzern. Dazu werden Mittel von den Tochtergesellschaften an die Muttergesellschaft zu einem ge-

meinsamen Cash-Management geleitet. Im Gegenzug erhalten die Tochtergesellschaften Rückzahlungsansprüche gegen die Muttergesellschaft.

Obwohl das Cash-Pooling als Methode der Konzernfinanzierung als ökonomisch sinnvoll erachtet wird, war auf Grund der neueren Rechtsprechung des BGH zu § 30 GmbHG in der Praxis Rechtsunsicherheit über dessen Zulässigkeit entstanden. Das MoMiG greift die Sorgen der Praxis auf und trifft eine allgemeine Regelung. Sie reicht über das Cash-Pooling hinaus und kehrt zur bilanziellen Betrachtung des Gesellschaftsvermögens zurück: Danach kann eine Leistung der Gesellschaft an einen Gesellschafter dann nicht als verbotene Auszahlung von Gesellschaftsvermögen gewertet werden, wenn ein reiner Aktivtausch vorliegt, also der Gegenleistungs- oder Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft gegen den Gesellschafter die Auszahlung deckt und zudem vollwertig ist. Eine entsprechende Regelung gilt auch im Bereich der Kapitalaufbringung. Diese stellt allerdings strengere Anforderungen: Im Bereich der Kapitalaufbringung ist erforderlich, dass der Rückgewähranspruch nicht nur vollwertig, sondern liquide ist. Er muss also jederzeit fällig sein oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig gestellt werden können. Denn beispielsweise bei einem erst nach längerer Zeit kündbaren Darlehen ist eine Prognose sehr unsicher, ob der Rückzahlungsanspruch tatsächlich vollwertig ist. Zudem ist das Hin- und Herzahlen in der Anmeldung der Gesellschaft offenzulegen, damit der Registerrichter prüfen kann, ob die Voraussetzungen einer Erfüllungswirkung trotzdem gegeben sind.

e) Deregulierung des Eigenkapitalersatzrechts

Die sehr komplex gewordene Materie des Eigenkapitalersatzrechts (§§ 30 ff. GmbHG) wird erheblich vereinfacht und grundlegend dereguliert. Beim Eigenkapitalersatzrecht geht es um die Frage, ob Kredite, die Gesellschafter ihrer GmbH geben, als Darlehen oder als Eigenkapital behandelt werden. Das Eigenkapital steht in der Insolvenz hinter allen anderen Gläubigern zurück. Grundgedanke der Neuregelung ist, dass die Organe und Gesellschafter der gesunden GmbH einen einfachen und klaren Rechtsrahmen vorfinden sollen. Dazu wurden die Rechtsprechungs- und Gesetzesregeln über die kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen (§§ 32a, 32b GmbHG a. F.) im Insolvenzrecht neu geordnet; die sogenannten „Rechtsprechungsregeln“ nach § 30 GmbHG wurden aufgehoben. Eine Unterscheidung zwischen „kapitalersetzenden“ und „normalen“ Gesellschafterdarlehen gibt es nicht mehr.

Das MoMiG setzt den Kurs fort, die Fortführung und Sanierung von Unternehmen im Insolvenzfall zu erleichtern, den schon das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13. April 2007 eingeschlagen hatte. Hat ein Gesellschafter der GmbH Vermögenswerte zur Nutzung überlassen, kann er künftig seinen Aussonderungsanspruch während der Dauer des Insolvenzverfahrens, höchstens aber für eine Zeit von einem Jahr ab dessen Eröffnung, nicht geltend machen. Dem Gesellschafter wird dafür ein finanzieller Ausgleich zugebilligt. Diese Regelung beseitigt die Gefahr, dass dem Unternehmen mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Gegenstände nicht mehr zur Verfügung stehen, die für eine Fortführung des Betriebes notwendig sind. Bestehen Sanierungschancen, wird es dem Insolvenzverwalter regelmäßig innerhalb der Jahresfrist möglich sein, eine Vereinbarung zu erreichen, die die Fortsetzung des schuldnerischen Unternehmens ermöglicht. Diese Regelung ersetzt die bisherige „eigenkapitalersetzende Nutzungsüberlassung“.

3. Bekämpfung von Missbräuchen

Die aus der Praxis übermittelten Missbrauchsfälle im Zusammenhang mit der Rechtsform der GmbH werden durch verschiedene Maßnahmen bekämpft:

- Die Rechtsverfolgung gegenüber Gesellschaften wird beschleunigt. Diese scheitert heute oft schon daran, dass die Gesellschaften sich der Zustellung von Mahnungen und Klagen entziehen. Deshalb muss zukünftig in das Handelsregister ei-

ne inländische Geschäftsanschrift eingetragen werden. Dies gilt auch für Aktiengesellschaften, Einzelkaufleute, Personenhandelsgesellschaften sowie Zweigniederlassungen (auch von Auslandsgesellschaften). Wenn unter dieser eingetragenen Anschrift eine Zustellung (auch durch Niederlegung) faktisch unmöglich ist, wird gegenüber juristischen Personen (also insbesondere der GmbH) die sofortige öffentliche Zustellung im Inland eröffnet. Dies bringt den Gläubigern eine ganz erhebliche Vereinfachung der Rechtsverfolgung.

- Hat die Gesellschaft keinen Geschäftsführer mehr, so sind die Gesellschafter jetzt verpflichtet, bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen. Die Insolvenzantragspflicht kann durch „Abtauchen“ der Geschäftsführer nicht mehr umgangen werden.
- Geschäftsführer, die Beihilfe zur Ausplünderung der Gesellschaft durch die Gesellschafter leisten und dadurch die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeiführen, werden stärker in die Pflicht genommen werden. Dazu wird das sog. Zahlungsverbot in § 64 GmbHG erweitert.
- Die bisherigen Ausschlussgründe für Geschäftsführer (§ 6 Abs. 2 Satz 3 GmbHG, § 76 Abs. 3 Satz 3 AktG) werden um Verurteilungen wegen Insolvenzverschleppung, falscher Angaben und unrichtiger Darstellung sowie Verurteilungen auf Grund allgemeiner Straftatbestände mit Unternehmensbezug (§§ 263 bis 264a und §§ 265b bis § 266a StGB) erweitert. Zum Geschäftsführer kann also nicht mehr bestellt werden, wer gegen zentrale Bestimmungen des Wirtschaftsstrafrechts verstoßen hat. Das gilt auch bei Verurteilungen wegen vergleichbarer Straftaten im Ausland. Außerdem haften künftig Gesellschafter, die vorsätzlich oder grob fahrlässig einer Person, die nicht Geschäftsführer sein kann, die Führung der Geschäfte überlassen, der Gesellschaft für Schäden, die diese Person der Gesellschaft zufügen.

Weitere Informationen finden Sie unter www.bmj.de/momig.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 87/2008 vom 16.10.2008

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Nachzahlung von Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung

Der Beschwerdeführer beschäftigte als Betreiber eines Supermarktes in den Jahren 1998 bis 2001 sechs Aushilfen als geringfügig Beschäftigte. Nach einer Betriebsprüfung stellte die frühere Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (jetzt: Deutsche Rentenversicherung Bund) die Versicherungspflicht der Aushilfen in der gesetzlichen Sozialversicherung fest und forderte vom Beschwerdeführer für die Zeit von Januar 1998 bis Dezember 2001 Gesamtsozialversicherungsbeiträge in Höhe von insgesamt 19.575,74 EUR nach. Bei der Berechnung wurden die nach den Tarifverträgen geschuldeten Mindestlöhne und nicht die tatsächlich an die Arbeitnehmer gezahlten Entgelte zugrunde gelegt.

Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 11.9.2008 – 1 BvR 2007/05). Sie ist unzulässig, da der Beschwerdeführer die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG nicht ausreichend begründet hat. Der Beschwerdeführer wird auch nicht in seinem Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verletzt. Die Berechnung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags zur gesetzlichen Sozialversicherung auf der Grundlage der Vorschrift des § 22 Abs. 1 SGB IV in der damals gültigen Fassung begegnet für den Zeitraum von 1998 bis Ende 2001 keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Diese setzte voraus, dass die Beitragsansprüche der Versicherungsträger entstehen, sobald ihre im Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen (Entstehungsprinzip). Die seit dem 1. Januar 2003 geltende Vorschrift des § 22 Abs. 1 SGB IV (seit dem 1. April 2005: § 22 Abs. 1 Satz 2 SGB IV), die davon ausgeht, dass die Beitragsansprüche bei einmal gezahltem Entgelt

entstehen, sobald dieses ausgezahlt ist (Zuflussprinzip), konnte in der angegriffenen Entscheidung schon aus zeitlichen Gründen keine Rolle spielen.

BGH-Pressemitteilung Nr. 189/2008 vom 14.10.2008

Freispruch des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der EnBW AG vom Vorwurf der Vorteilsgewährung im Ergebnis bestätigt

Mit Urteil vom 28. November 2007 hat das Landgericht Karlsruhe den Angeklagten Prof. Dr. Utz Claassen von den Vorwürfen der Vorteilsgewährung in sieben Fällen freigesprochen.

Im Dezember 2005 hatte der Angeklagte in der Eigenschaft als damaliger Vorstandsvorsitzender der EnBW AG die Versendung von Weihnachtsgrüßkarten veranlasst, denen Gutscheine für Eintrittskarten zu Fußballspielen der FIFA-WM 2006 im Stadion von Stuttgart oder Berlin beigelegt waren (sog. Ticketaffäre). Unter den Empfängern waren der Ministerpräsident und fünf Minister des Landes Baden-Württemberg sowie der beamtete Staatssekretär im Bundesumweltministerium.

Das Landgericht hat den Angeklagten aus verschiedenen Gründen freigesprochen. Es hat die Eintrittskarten nicht als – persönliche – Vorteile im Sinne von § 333 Abs. 1 StGB gewertet. Denn sie hätten den Begünstigten nur die Gelegenheit gegeben, ihren Repräsentationspflichten nachzukommen, zumal die Mitglieder der Landesregierung – so die Feststellungen des Landgerichts – ohnehin anderweitig freien Zugang „jedenfalls“ zu den WM-Spielen in Stuttgart hatten. Im Hinblick auf die sechs an die Mitglieder der Landesregierung versandten Gutscheine ist das Landgericht zudem der Auffassung gewesen, die Annahme solcher Eintrittskarten als sog. „Ehrentickets“ sei von der Regierung mit einem am 31. Mai 2005 im Ministerrat gefassten Beschluss im Sinne von § 333 Abs. 3 StGB allgemein genehmigt gewesen. Schließlich hat sich das Landgericht nicht von der in § 333 Abs. 1 StGB vorausgesetzten sog. Unrechtsvereinbarung zu überzeugen vermocht; es sei nicht nachzuweisen gewesen, dass der Angeklagte die Dienstaussübung der begünstigten Amtsträger habe beeinflussen wollen. Vielmehr sprächen gewichtige Umstände dafür, dass der Angeklagte die Versendung der Eintrittskarten im Bewusstsein und auf der Grundlage eines Sponsoring-Konzepts der EnBW zu Werbezwecken veranlasste.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das freisprechende Urteil verworfen (Urteil vom 14.10.2008 – 1 StR 260/08). Zwar ist er dem Landgericht nicht darin gefolgt, dass es schon an einem – vom Angeklagten angebotenen oder versprochenen – Vorteil fehle und die Annahme der Eintrittskarten allgemein genehmigt gewesen sei. Soweit das Landgericht jedoch zu dem Schluss gekommen ist, dem Angeklagten sei eine Unrechtsvereinbarung nicht nachzuweisen gewesen, hat dies revisionsrechtlicher Überprüfung standgehalten. Die Unrechtsvereinbarung ist – infolge der seit dem 20. August 1997 geltenden Verschärfung des Korruptionsstrafrechts – im Gesetzeswortlaut des § 333 Abs. 1 StGB derart umschrieben, dass der Täter dem Amtsträger den Vorteil „für die Dienstaussübung“ anbieten, versprechen oder gewähren muss.

Der Bundesgerichtshof hat in der Entscheidung die rechtlichen Maßstäbe präzisiert, nach denen das Vorliegen einer solchen Unrechtsvereinbarung zu beurteilen ist. Er hat herausgestellt, dass die Strafvorschrift der Vorteilsgewährung nicht schon dadurch unanwendbar wird, dass eine Unrechtsvereinbarung in sozialadäquate Handlungen – wie die Durchführung eines für sich gesehen in strafrechtlicher Hinsicht gänzlich unverdächtigen Sponsoringkonzepts – eingebunden wird. Dass sich das Landgericht in dem konkreten Fall trotz der den Angeklagten erheblich belastenden Indizien nicht von einer (avisierten) Unrechtsvereinbarung hat überzeugen können, also davon, dass der Angeklagte die Versendung der Gutscheine veranlasste, um etwaige dienstliche Tätigkeiten der bedachten Amtsträger zu ho-

norieren oder zu beeinflussen, hat der Bundesgerichtshof im Ergebnis hingenommen, da tatrichterliche Feststellungen in nur eingeschränktem Umfang der revisionsgerichtlichen Kontrolle unterliegen.

§ 333 StGB. Vorteilsgewährung. (1) Wer einem Amtsträger, einem für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einem Soldaten der Bundeswehr für die Dienstausbübung einen Vorteil für diesen oder einen Dritten anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

...

(3) Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn die zuständige Behörde im Rahmen ihrer Befugnisse entweder die Annahme des Vorteils durch den Empfänger vorher genehmigt hat oder sie auf unverzügliche Anzeige des Empfängers genehmigt.

BMJ Newsletter vom 13.10.2008

Zypries: Insolvenzrechtsänderung sichert Sanierungsfähige Unternehmen

Das Bundeskabinett hat heute im Zusammenhang mit weiteren Regeln zur Stabilisierung des Finanzmarktes eine Änderung der Insolvenzordnung beschlossen, mit der der Überschuldungsbegriff angepasst wird.

„Die gegenwärtige Finanzkrise hat zu erheblichen Wertverlusten insbesondere bei Aktien und Immobilien geführt. Dies kann bei Unternehmen, die von diesen Verlusten besonders massiv betroffen sind, zu einer bilanziellen Überschuldung führen. Können diese Verluste nicht durch sonstige Vermögenswerte ausgeglichen werden, sind die Geschäftsführer dieser Unternehmen nach geltendem Recht verpflichtet, innerhalb von drei Wochen nach Eintritt dieser rechnerischen Überschuldung einen Insolvenzantrag zu stellen. Dies gilt selbst dann, wenn für das Unternehmen an sich eine positive Fortführungsprognose gestellt werden kann und der Turnaround sich bereits in wenigen Monaten abzeichnet. Solche Unternehmen sollen künftig nicht mehr verpflichtet sein, sofort einen Insolvenzantrag zu stellen“, sagte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries. „Selbstverständlich profitieren von dieser Neuregelung nicht nur Finanzmarktunternehmen, sondern auch alle übrigen Unternehmen, sie kommt also auch insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen aus anderen Branchen zugute. Damit helfen wir auch einem mittelständischen Handwerksbetrieb in der Rechtsform einer GmbH, der vielleicht im Moment formal überschuldet ist, aber den Zuschlag für einen Großauftrag bekommen hat. Nach geltendem Recht müsste er binnen drei Wochen Insolvenzantrag stellen, obwohl schon heute feststeht, dass nach Abwicklung des Großauftrages nur wenige Wochen später die Überschuldung entfällt“, unterstrich Zypries.

Die vorgeschlagene Änderung nützt etwa auch einem Unternehmen, das ein neues Produkt zur Marktreife entwickelt hat, und bei dem sich schon bei der ersten Präsentation eine lebhafte Nachfrage abzeichnet. Auch ein Exporteur kann davon profitieren, dem es gelungen ist, einen völlig neuen Markt zu erschließen. In all diesen Beispielsfällen mag zwar gegenwärtig eine bilanzielle Überschuldung vorliegen, gleichwohl ist bei ihnen die Prognose gerechtfertigt, dass sie sowohl im laufenden als auch im kommenden Geschäftsjahr ihre Verbindlichkeiten bedienen können.

Der insolvenzrechtliche Begriff der Überschuldung soll deshalb so angepasst werden, dass Unternehmen, die voraussichtlich in der Lage sind, mittelfristig ihre Zahlungen zu leisten, auch dann nicht den Gang zum Insolvenzrichter antreten müssen, wenn eine vorübergehende bilanzielle Unterdeckung vorliegt. Mit dieser Regelung wird gerade in Krisenzeiten an sich gesunden Unternehmen der Weg zu einer Sanierung geebnet. Damit werden die Regelungen über den Finanzmarktstabilisie-

rungsfonds wirksam flankiert, die auch systembedingt notleidenden Unternehmen mit einer klaren Restrukturierungsperspektive den Zugang zu diesem Fonds ermöglichen.

Begriff der Überschuldung: Eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt (§ 19 Absatz 2 Satz 2 Insolvenzordnung, InsO).

BMJ Newsletter vom 29. 7. 2008

Gute Nachricht für Gläubiger und Schuldner: Mehr Versteigerungen im Internet

Bundesjustizministerin Brigitte Zypries hat einen Gesetzentwurf über die Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung auf den Weg gebracht. Mit diesem Gesetz soll die Internetauktion von Gegenständen, die vom Gerichtsvollzieher gepfändet wurden, als Regelfall neben der bisher üblichen Versteigerung vor Ort etabliert werden.

Die wirksame Durchsetzung eines gerichtlichen Urteils oder eines anderen Zahlungstitels ist nicht nur im Interesse des Gläubigers. „Gerade für den Schuldner ist es sehr wichtig, mit der Versteigerung einen möglichst hohen Erlös zu erlangen. Denn: Je höher der Erlös, desto weniger Gegenstände müssen versteigert werden, damit der Schuldner seine Verbindlichkeiten begleichen kann. Ich gehe davon aus, dass mit der geplanten Internetversteigerung größere Beträge erzielt werden können. Denn über das Internet erreichen wir einen viel größeren Bieterkreis und die Auktionsplattform ist für jedermann 24 Stunden am Tag zugänglich. Ein größerer Bieterkreis bedeutet mehr Wettbewerb um den Zuschlag und dadurch höhere Erträge. Wir helfen damit Schuldnern, wieder besser auf die Beine zu kommen. Und wir unterstützen die Gläubiger bei der Beitreibung ihrer offenen Forderungen“, erklärte Zypries.

Bislang ist die Versteigerung von sog. beweglichen Sachen – also keine Grundstücke – vor Ort durch den Gerichtsvollzieher als Präsenzversteigerung in der Zivilprozessordnung vorgesehen. Die dafür notwendige Anwesenheit von Versteigerer und Bieter ist umständlich und verursacht nicht zuletzt wegen der Anreise teilweise hohe Kosten. Der Gerichtsvollzieher kann die gepfändeten Sachen auf andere Art – etwa über das Internet – nur versteigern, wenn ein Gläubiger oder ein Schuldner das beantragen. Das ist aufwändig und unpraktikabel. Künftig soll die Versteigerung beweglicher Sachen ohne Weiteres im Internet erfolgen können und ein weiterer Regelfall neben der Präsenzversteigerung sein. „Dadurch sparen wir Kosten und ermöglichen ein anwenderfreundliches und unbürokratisches Verfahren“, betonte Zypries.

Die Bundesländer werden ermächtigt, Einzelheiten der Internetversteigerung wie etwa die Versteigerungsplattform, Beginn, Ende und Ablauf der Auktion oder die Voraussetzungen für die Teilnahme an der Versteigerung durch Rechtsverordnung zu regeln.

Das Gesetzesvorhaben betrifft auch die Zwangsvollstreckung aus Steuerbescheiden und aus Urteilen der Finanzgerichte zugunsten der Finanzbehörden. Auch dazu wird die Internetversteigerung beweglicher Sachen als gesetzlicher Regelfall neben der Versteigerung vor Ort in der Abgabenordnung etabliert. Die Versteigerung findet auf der Auktionsplattform www.zoll-auktion.de statt. Diese von der Bundeszollverwaltung betriebene Plattform wird bereits seit einigen Jahren erfolgreich genutzt.

Der Gesetzentwurf ist heute an die Länder und die betroffenen Kreise und Verbände zur Stellungnahme übersandt worden.

www.gut-netzwerk.de

BMJ Newsletter vom 7.10.2008**Mehr Rechtssicherheit beim Internet-Auftritt**

Das Bundesjustizministerium hat ein neues Serviceangebot: Seit heute ist ein Leitfaden zur Impressumspflicht auf der Internetseite www.bmj.de/musterimpressum eingestellt.

Der Leitfaden soll Gewerbetreibenden mit einem Internet-Auftritt helfen, ihre Anbieterkennzeichnung (auch Impressum genannt) den gesetzlichen Anforderungen des Telemediengesetzes (TMG) entsprechend zu gestalten. Dem Leitfaden kommt zwar keine rechtliche Verbindlichkeit zu, er stellt aber für alle Beteiligten eine nützliche Orientierungshilfe dar.

„Mit diesem Angebot wollen wir zu mehr Rechtssicherheit beitragen. Gerade kleine und mittlere Unternehmen, die Waren und Dienste im Internet anbieten, sollen zukünftig auf einen Blick erkennen können, was sie bei der Selbstauskunft nach dem Telemediengesetz zu beachten haben, um die in diesem Bereich oft vorkommenden Abmahnungen zu vermeiden. Der Leitfaden kann zwar im Einzelfall eine rechtliche Beratung nicht ersetzen, hilft aber, die bestehenden Pflichten überhaupt zu erkennen. So wird eine weitere Hürde für den elektronischen Geschäftsverkehr heruntergeschraubt“, erklärte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries. „Der Leitfaden kann keinen absoluten Schutz vor Abmahnungen bieten – das ist schon wegen der vielen offenen Rechtsfragen auf diesem Gebiet nicht möglich. Wer sich daran orientiert, kann aber das Risiko einer berechtigten Abmahnung verringern, weil der Leitfaden dabei hilft, das Impressum so zu formulieren, dass es möglichst wenig Schwachstellen enthält“, ergänzte Zypries.

Einleitend werden Sinn und Zweck des „Impressums“ kurz erläutert („I. Warum überhaupt ein ‘Impressum’?“). Den Kern des Leitfadens („II. Erstellen einer Anbieterkennzeichnung“) bilden Hinweise dazu, wann die Anbieterkennzeichnungspflicht besteht („1. Muss ich die Anbieterkennzeichnungspflicht nach dem Telemediengesetz erfüllen?“), wann welche Angaben zu machen sind („2. Welche Angaben muss ich machen?“) und wie die Anbieterkennzeichnung zu gestalten ist („3. Wie muss ich die Anbieterkennzeichnung platzieren?“). Abgeschlossen wird der Leitfaden mit einem Hinweis auf Gütesiegel für den Online-Handel und auf die eCommerce-Verbindungsstelle („III. Weiterführender Hinweis“).

Um das Abmahnrisiko zu minimieren rät der Leitfaden dazu, in Zweifelsfällen vom Bestehen einer Anbieterkennzeichnungspflicht auszugehen. Zudem werden eher zu umfangreiche als zu knappe Angaben empfohlen. Auf juristische Erläuterungen wird so weit wie möglich verzichtet. Nur wo Fragen in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt sind, wird auf diese Unsicherheit hingewiesen. Der Leitfaden geht vom aktuellen Rechtszustand aus. Es ist zu erwarten, dass die Rechtsprechung bestehende Zweifelsfragen im Laufe der Zeit beantwortet. Daher wird der Leitfaden zukünftig auf seine Aktualität geprüft und erforderlichenfalls überarbeitet werden.

BGH-Pressmitteilung Nr.135/2008 vom 16. 7. 2008**Schutz des Verbrauchers vor Werbung durch E-Mail und SMS****Teilunwirksamkeit einer formularmäßigen „Opt-out“-Erklärung**

Der Kläger ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände. Der Beklagte unterhält das Kundenbindungs- und Rabattsystem „Payback“. Der Kläger nimmt den Beklagten im Wesentlichen auf Unterlassung der Verwendung dreier Klauseln in Anspruch, die dieser in Papierformularen verwendet, mit denen sich Verbraucher zur Teilnahme am Rabattprogramm anmelden können. Das Berufungsgericht hat die Verwendung der Klauseln nicht beanstandet.

Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers hatte zum Teil Erfolg. Mit seinem heute verkündeten Urteil hat der unter anderem für das Kaufrecht zuständige VIII. Zivilse-

nat des Bundesgerichtshofs eine vom Beklagten verwendete Klausel, die die Einwilligung in die Speicherung und Nutzung von Daten für die Zusendung von Werbung per Post, E-Mail und SMS betrifft, für unwirksam erklärt, soweit sie E-Mail und SMS betrifft (§ 307 Abs.1 Satz 1, Abs. 2 Nr.1 BGB). Eine Klausel, wonach die Angabe des Geburtsdatums für die Teilnahme am „Payback“-Programm benötigt werde, sowie eine Formularbestimmung, die die Meldung der Rabattdaten für die Verwaltung und Auszahlung der Rabatte zum Gegenstand hat, hat der Bundesgerichtshof nicht beanstandet, weil sie keine von Rechtsvorschriften abweichenden Regelungen enthalten (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB) (Urteil vom 16. 7. 2008 – VIII ZR 348/06).

1. Die mit „Einwilligung in Werbung und Marktforschung“ überschriebene Einwilligungsklausel lautet:

„Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich einverstanden, dass die von mir oben angegebenen Daten sowie die Rabattdaten (Waren/Dienstleistungen, Preis, Rabattbetrag, Ort und Datum des Vorgangs) für an mich gerichtete Werbung (z. B. Informationen über Sonderangebote, Rabattaktionen) per Post und mittels ggfs. von mir beantragter Services (SMS oder E-Mail-Newsletter) sowie zu Zwecken der Marktforschung ausschließlich von der L. Partner GmbH und den Partnerunternehmen gemäß Nummer 2 der beiliegenden Hinweise zum Datenschutz gespeichert und genutzt werden. ...

Hier ankreuzen, falls die Einwilligung nicht erteilt wird. ...“

Die verwendete Klausel unterscheidet zwischen Werbung per Post, E-Mail und SMS. Im Hinblick auf die Einwilligung in die Speicherung und Nutzung von Daten für die Zusendung von Werbung per Post war die Bestimmung an den §§ 4 Abs.1, 4a Abs.1 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) zu messen, die besondere Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung aufstellen. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass die Einwilligungsklausel unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden ist. Aus § 4a BDSG ergibt sich insbesondere nicht, dass die Einwilligung nur dann wirksam sein soll, wenn sie in der Weise „aktiv“ erklärt wird, dass der Verbraucher eine gesonderte Einwilligungserklärung unterzeichnen oder ein für die Erteilung der Einwilligung vorzusehendes Kästchen ankreuzen muss („Opt-in“-Erklärung). Vielmehr folgt aus § 4a Abs.1 Satz 4 BDSG,* dass die Einwilligung auch zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden kann, sofern sie – wie hier – besonders hervorgehoben wird.

Dagegen ist die hier verwendete Einwilligungsklausel unwirksam, soweit sie sich auf die Einwilligung in die vom Beklagten erstrebte Datennutzung für Werbung durch E-Mail oder SMS bezieht. Insoweit greift zusätzlich das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ein. Nach § 7 Abs.2 Nr.3 UWG** stellt unter anderem Werbung unter Verwendung elektronischer Post (E-Mail und SMS) eine unzumutbare Belästigung dar, sofern keine Einwilligung des Adressaten vorliegt. Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat – in Abstimmung mit dem für Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zuständigen I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs – entschieden, dass Einwilligungsklauseln, die so gestaltet sind, dass der Kunde tätig werden und ein Kästchen ankreuzen muss, wenn er seine Einwilligung in die Zusendung von Werbung unter Verwendung von elektronischer Post nicht erteilen will („Opt-out“-Erklärung), mit dieser Vorschrift nicht vereinbar sind. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG verlangt, dass die Einwilligung durch eine gesonderte Erklärung erteilt wird („Opt-in“-Erklärung). Das Erfordernis einer gesonderten Erklärung ergibt sich aus der EG-Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (2002/58/EG), die der deutsche Gesetzgeber mit der Regelung des § 7 UWG umsetzen wollte. Nach dieser Richtlinie kann die Einwilligung in jeder geeigneten Weise gegeben werden, durch die der Wunsch des Nutzers in einer „spezifischen Angabe“ zum Ausdruck kommt. Diese Formulierung macht deutlich, dass eine gesonderte, nur

auf die Einwilligung in die Zusendung von Werbung mittels elektronischer Post bezogene Zustimmungserklärung des Betroffenen erforderlich ist. Eine solche Erklärung ist nicht schon in der Unterschrift zu sehen, mit der der Kunde das auf Rabattgewährung gerichtete Vertragsangebot annimmt.

Eine gesonderte Einwilligungserklärung sieht das von dem Beklagten verwendete Anmeldeformular nicht vor. Der Verbraucher kann in dem Formular zwar seine E-Mail-Adresse oder Mobilfunknummer angeben. Damit willigt er nach der Formulargestaltung aber nur in die elektronische Information über „Extra-Punktechancen, Top-Aktionen und Neuigkeiten zu Payback ...“ ein, nicht aber in die Zusendung von Werbung jeglicher Art durch elektronische Post.

2. Die zweite, vom Kläger allerdings ohne Erfolg angegriffene Klausel sieht vor:

„Wenn Sie am Payback Programm teilnehmen, werden ... Ihr Geburtsdatum ... benötigt. ...“

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass diese Bestimmung gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der Inhaltskontrolle unterliegt. Die Angabe des Geburtsdatums dient der Zweckbestimmung des Vertrags des Beklagten mit dem Verbraucher (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 BDSG). *** Schon angesichts der Vielzahl der Teilnehmer am Payback-Programm gehört eine praktikable und gleichzeitig sichere Methode der Identifizierung der Programmteilnehmer zu den Vertragszwecken. Die Angabe des vollständigen Geburtsdatums ist bei einem Bonusprogramm, welches nach den Feststellungen des Berufungsgerichts rund dreißig Millionen Teilnehmer hat, zur Vermeidung von Identitätsverwechslungen in besonderer Weise geeignet.

3. Die dritte Klausel, die Gegenstand des Revisionsverfahrens war, lautet:

„Setzen Sie Ihre Payback-Karte bei einem Partnerunternehmen ein, so meldet dieses die Rabattdaten (Waren/Dienstleistungen ...) an L. Partner zur Gutschrift, Abrechnung gegenüber den Partnerunternehmen, Verwaltung und Auszahlung der Rabatte.“

Der Bundesgerichtshof hat die Auffassung des Berufungsgerichts bestätigt, dass auch diese Formularbestimmung nicht der Inhaltskontrolle unterliegt (§ 307 Abs. 3 Satz 1 BGB). Die Mitteilung der Rabattdaten durch das Partnerunternehmen dient, auch soweit es um eine Mitteilung der von den Teilnehmern unter Einsatz der Payback-Karte erworbenen Waren und Dienstleistungen geht, ebenfalls der Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses des Beklagten mit den Teilnehmern des Rabattsystems (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Alt. 1 BDSG). Die dem Bonusprogramm angeschlossenen Partnerunternehmen können von einer Vielzahl unterschiedlicher Rabattierungsmöglichkeiten Gebrauch machen, die speziell von der jeweiligen Ware bzw. Dienstleistung abhängen können. Angesichts dessen bedarf der Beklagte der Kenntnis der vom Kunden bei dem Partnerunternehmen erworbenen Waren bzw. in Anspruch genommenen Dienstleistungen, um den Kunden über deren Punktestand vollständig, richtig, verständlich und nachprüfbar Auskunft geben zu können.

* § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG lautet: „Soll die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen schriftlich erteilt werden, ist sie besonders hervorzuheben.“

** § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG bestimmt: „Eine unzumutbare Belästigung ist insbesondere anzunehmen bei einer Werbung unter Verwendung von automatischen Anrufmaschinen, Faxgeräten oder elektronischer Post, ohne dass eine Einwilligung der Adressaten vorliegt.“

*** § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG regelt: „Das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke ist zulässig, wenn es der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses ... mit dem Betroffenen dient.“

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 16. 7. 2008

„Payback“ eine unzulässige Zumutung

Zum heutigen Urteil des Bundesgerichtshofes (AZ: VIII ZR 348/06) in Sachen „Payback“ erklären Silke Stokar, innenpolitische Sprecherin, und Nicole Maisch, verbraucherpolitische Sprecherin:

Für ein paar Bonuspunkte wurden den Verbraucherinnen und Verbrauchern ihre Daten regelrecht aus der Tasche gezogen. Mit diesem heimlichen Datenklau und der darauf folgenden besonders lästigen Email- und SMS-Werbeflut ist jetzt Schluss.

Den „gläsernen Kunden“ gibt es in Zukunft nur mit ausdrücklicher Zustimmung. Nicht mehr verborgen im Kleingedruckten wird eingewilligt, ob das Konsumverhalten ausgeforscht und weiterverkauft werden darf. Jeder Einzelne entscheidet jetzt aktiv, wie viele Daten über sein Einkaufsverhalten gespeichert und für Werbezwecke weitergegeben werden dürfen.

Das informationelle Selbstbestimmungsrecht wurde gestärkt, auch für die Privatwirtschaft gilt, meine Daten gehören mir. Nur auf der Grundlage einer informierten freiwilligen Zustimmung dürfen meine Daten gespeichert und für Werbezwecke weitergegeben und genutzt werden.

Wir erwarten jetzt, dass das Urteil des Bundesgerichtshofes jetzt im gesamten Einzelhandel und von allen Bonus-Karten-Anbieter umgesetzt wird.

BGH-Pressmitteilung Nr. 103/2008 vom 30. 5. 2008

Bundesgerichtshof entscheidet zur Strafbarkeit unwahrer und irreführender Werbung mit Gewinnmitteilungen und Geschenkversprechen im Versandhandel

Mit Urteil vom 14. Juni 2006 hat das Landgericht Mannheim drei Angeklagte wegen strafbarer Werbung (§ 16 Abs. 1 UWG) zu Freiheitsstrafen verurteilt und den Verfall von Wertersatz gegen sie und zwei nebenbeteiligte Gesellschaften angeordnet. Bei zwei anderen nebenbeteiligten Gesellschaften hat es von Verfallsanordnungen abgesehen.

Nach den Urteilsfeststellungen waren die Angeklagten für im Versandhandel tätige Unternehmen verantwortlich. Über ein System ausländischer Domizilgesellschaften veranlassten und organisierten sie die Versendung standardisierter Werbesendungen an Verbraucher, die mittels Adressdatenbanken personalisiert wurden und daher als persönliche Schreiben gestaltet waren. Die Sendungen, denen jeweils Warenkataloge beigelegt waren, enthielten unwahre und irreführende Gewinnmitteilungen und Geschenkversprechen. Die in den Sendungen bezeichneten Gewinne und Geschenke wurden nicht ausgekehrt. Denn die zugesagten Gewinne wurden nicht ausgezahlt; es fanden überhaupt keine Gewinnspiele statt. Die übersandten Geschenke waren nur „wertloser Plunder“. Den Angeklagten kam es darauf an, mit den Werbemaßnahmen den Absatz der in den Katalogen angebotenen Waren zu fördern; der Kundenstamm bestand vorwiegend aus älteren Personen mit geringem Bildungsniveau.

Das Urteil war mit Revisionen sowohl der Angeklagten und zweier nebenbeteiligter Gesellschaften als auch der Staatsanwaltschaft angegriffen worden.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes hat die Verurteilung wegen strafbarer Werbung bestätigt und die Rechtsprechung zu diesem Straftatbestand präzisiert (Urteil vom 30. 5. 2008 – 1StR 166/07 [GuT 2008, 389 KL]). Er hat dabei auch die Beurteilung des Landgerichts als zutreffend erachtet, dass die Angeklagten in der „Absicht“ handelten, „den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen“. Dieses subjektive Tatbestandsmerkmal war gegeben, auch wenn sich die unwahren und irreführenden Angaben nicht unmittelbar auf die Katalogwaren, sondern auf die Gewinnmitteilungen und Geschenkversprechen bezogen. Denn diese geldwerten Vorteile und die Katalogwa-

ren stellen nach dem – für die rechtliche Bewertung maßgeblichen – Gesamteindruck der Werbesendungen insgesamt ein einheitliches „Angebot“ im Sinne von § 16 Abs. 1 UWG dar: Die Geschenke sollte der Empfänger nur erhalten können, wenn er Waren im Mindestwert von 15 € bestellt (rechtlicher Zusammenhang). Der Bundesgerichtshof hat insoweit ein vertraglich vereinbartes oder gesetzliches Rückgaberecht für bedeutungslos gehalten. Hinsichtlich der Gewinnmitteilungen fehlte ein solcher rechtlicher Zusammenhang. Der Bundesgerichtshof hat allerdings erstmals entschieden, dass auch dann ein einheitliches Gesamtangebot vorliegt, wenn die Entscheidung der Empfänger für die Warenbestellung von den Gewinnmitteilungen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten beeinflusst werden soll (wirtschaftlicher Zusammenhang). Dies war hier nach den Gesamtumständen der Fall. Insbesondere erfolgte die Gestaltung der Werbesendungen in der Weise, dass für den Empfänger der Eindruck entstehen sollte, durch einen Gewinn schon begünstigt worden zu sein; vor diesem Hintergrund erschien auch die Ware günstiger, weil der Kunde für sein Geld vermeintlich mehr erhielt als nur diese.

Der Bundesgerichtshof hat den Ausspruch über den Verfall teilweise aufgehoben und teilweise bestätigt. Mit ihren Revisionen beanstandete die Staatsanwaltschaft insbesondere zu Recht, dass sich das Landgericht – unter unzutreffender Berufung auf ein Urteil des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 2. Dezember 2005 (BGHSt 50, 299 – „Kölner Müllskandal“) – gehindert sah, in Fallgestaltungen der hier gegebenen Art den Verfall über den (Netto)Gewinn hinaus auf den (Brutto)Erlös zu erstrecken. Eine nebenbeteiligte Gesellschaft hatte mit ihrer Revision insoweit Erfolg, als das Landgericht nicht geprüft hatte, ob Kunden Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegen die Gesellschaft hatten, die der Anordnung des Verfalls vorgehen.

§ 16 UWG. Strafbare Werbung. (1) Wer in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, durch unwahre Angaben irreführend wirbt, wird mit Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

BGH-Pressemitteilung Nr. 184/2008 vom 1.10. 2008

Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofs an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Auslegung der Richtlinie 97/7/EG (Fernabsatzrichtlinie)

Der Rechtsstreit betrifft die Frage, ob es bei einem Fernabsatzgeschäft gegen verbraucherschützende Vorschriften verstößt, wenn der Verbraucher mit Versandkosten für die Hinsendung der Ware an ihn belastet wird, sofern er von seinem Widerrufs- bzw. Rückgaberecht Gebrauch macht und die Ware vollständig an den Verkäufer zurücksendet.

Der Kläger ist ein Verbraucherverband. Die Beklagte betreibt ein Versandhandelsunternehmen. Sie stellt ihren Kunden für die Zusendung der Ware einen Versandkostenanteil von pauschal 4,95 € pro Bestellung in Rechnung. Der Kläger nimmt die Beklagte auf Unterlassung der Erhebung solcher Kosten nach Ausübung des Widerrufs/Rückgaberechts bei Fernabsatzgeschäften in Anspruch.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die dagegen gerichtete Berufung zurückgewiesen. Es hat zur Begründung angeführt, dass die Erhebung von Versandkosten für die Hinsendung der Ware gegen verbraucherschützende Normen verstoße. Zwar könnten die Kosten nach nationalem Recht dem Verbraucher auferlegt werden, die Fernabsatzrichtlinie (Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz) gebiete es jedoch, den Verbraucher bei Ausübung seines Widerrufs- bzw. Rückgaberechts im Rahmen eines Fernabsatzgeschäfts von Hin- sendekosten freizustellen. Die Regelungen des nationalen

Rechts seien daher dahin auszulegen, dass die Kosten der Versendung in solchen Fällen nicht dem Verbraucher auferlegt werden können.

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat das Revisionsverfahren ausgesetzt und gemäß der Verpflichtung aus Art. 234 EG-Vertrag dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob die Bestimmungen des Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der die Kosten der Zusendung der Waren auch dann dem Verbraucher auferlegt werden können, wenn er den Vertrag widerrufen hat (Beschluss vom 1.10. 2008 – VIII ZR 268/07).

Der Senat ist – wie das Berufungsgericht – davon ausgegangen, dass ein Anspruch des Käufers auf Erstattung der Kosten der Zusendung der bestellten Ware nach den Bestimmungen des deutschen Rechts nicht gegeben ist. Falls die Fernabsatzrichtlinie dahin auszulegen wäre, dass die Kosten der Zusendung der Ware für den Fall des Widerrufs eines Fernabsatzgeschäfts nicht dem Käufer auferlegt werden können, sähe sich der Senat allerdings veranlasst, die Bestimmung des § 312d Abs. 1 in Verbindung mit § 357 Abs. 1 Satz 1 und § 346 Abs. 1 BGB – richtlinienkonform – dahin auszulegen, dass vom Käufer gezahlte Zusendekosten nach dem Widerruf eines Fernabsatzgeschäftes zurückzugewährt sind. Ob nach dem Inhalt der Fernabsatzrichtlinie eine solche Auslegung geboten ist – dies ist in der Literatur umstritten –, lässt sich nach Auffassung des Senats nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen und ist deshalb der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vorbehalten.

Artikel 6 der Fernabsatzrichtlinie lautet:

Widerrufsrecht

(1) Der Verbraucher kann jeden Vertragsabschluß im Fernabsatz innerhalb einer Frist von mindestens sieben Werktagen ohne Angabe von Gründen und ohne Strafzahlung widerrufen. Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren.

...

(2) Übt der Verbraucher das Recht auf Widerruf gemäß diesem Artikel aus, so hat der Lieferer die vom Verbraucher geleisteten Zahlungen kostenlos zu erstatten. Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren. Die Erstattung hat so bald wie möglich in jedem Fall jedoch binnen 30 Tagen zu erfolgen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 9.10. 2008

Europaweiter Verbraucherschutz ja – aber nicht um jeden Preis Nationale Regelungen nicht außer Kraft setzen

Anlässlich des gestern durch die EU-Kommissarin Kuneva vorgestellten Entwurfs über die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Rechte der Verbraucher, erklären der Vorsitzende der Arbeitsgruppe Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Peter Bleser MdB, und die Verbraucherschutzbeauftragte der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Julia Klöckner MdB:

Wir begrüßen die Pläne der EU-Kommissarin Kuneva, künftig den Verbrauchern europaweit im Bereich des Versand- und Internethandel einheitliche Rechte einzuräumen und so den EU-Binnenmarkt und den grenzüberschreitenden Handel zu stärken. Internetbestellungen mit unerwünschter Zusatzleistung oder große Preisspanne bei Produkten innerhalb Europas schrecken viele Verbraucher im grenzüberschreitenden Waren-

austausch vor dem Kauf ab. Die Pläne von Kommissarin Kuneva wirken diesem Ungleichgewicht nun entgegen und werden grenzüberschreitendes Einkaufen künftig einfacher machen.

Dennoch schießt der Richtlinienentwurf in einigen Punkten über das Ziel hinaus. Vollharmonisierung und damit europaweit gleiche Mindeststandards würden weitergehende nationale Regelungen außer Kraft setzen und so künftig neue nationale strengere Vorschriften verhindern. Damit wären die wesentlichen Errungenschaften im nationalen Verbraucherschutz gefährdet: Abschaffung des Widerrufsrechts bei Internetauktionen, ein Ende der kostenlosen Rücksendung von Waren im Versandhandel oder ein Stopp der Pläne zum besseren Schutz vor unerwünschter Telefonwerbung, dies sind nur einige negative Auswirkungen, die eine solche europaweite Vollharmonisierung für deutsches Verbraucherrecht nach sich ziehen würde. Bei der unerlaubten Telefonwerbung würde dies beispielsweise bedeuten, dass die vorgesehene Erweiterung des Widerrufsrechtes bei telefonisch geschlossenen Verträgen nicht mehr zulässig wäre. Damit wären die Verbraucher wieder schutzlos den lästigen Anrufen ausgesetzt.

Dies gilt es zu verhindern. Einheitliche Regelungen ja, aber nicht um jeden Preis. Probleme sind dort zu lösen, wo sie entstehen. Nur wenn jeder Nationalstaat auch künftig ergänzende und darüber hinaus gehende Vorschriften erlassen kann, ist eine Vollharmonisierung aus deutscher Sicht akzeptabel.

BMJ Newsletter vom 8.10.2008

Zyprius: EU darf deutschen Verbraucherschutz nicht aushöhlen!

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat heute den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher beschlossen. Durch eine stärkere Vereinheitlichung des Verbraucherrechts soll das Vertrauen der Verbraucher in den Binnenmarkt gestärkt und die Bereitschaft der Unternehmen gefördert werden, im grenzüberschreitenden Handel tätig zu werden.

„Ich begrüße das Ziel, das europäische Verbraucherrecht besser und einheitlicher zu gestalten. Mit dem von der Kommission vorgelegten Richtlinienentwurf lässt sich das allerdings nicht erreichen. Der Vorschlag führt nicht zu einer stärkeren Vereinheitlichung und Kohärenz des Verbraucherrechts und damit nicht zu mehr Rechtssicherheit für Verbraucher und Unternehmen. Ich werde mich deswegen bei den Verhandlungen in Brüssel intensiv und nachhaltig dafür einsetzen, dass der Vorschlag der Kommission im Sinne hoher und einheitlicher europäischer Standards verbessert wird und dass die Staaten ergänzende Vorschriften vorsehen können“, erklärte Bundesjustizministerin Brigitte Zyprius.

Im neuen Richtlinienentwurf der Kommission werden vier bereits geltende Richtlinien im Bereich der Verbraucherschutz überarbeitet und in einem Dossier zusammengeführt (sog. „Haustürwiderrufsrichtlinie“ 85/577/EWG, sog. „Klauselrichtlinie“ 93/13/EWG, sog. „Fernabsatzrichtlinie“ 97/77/EG und sog. „Verbrauchsgüterkaufrichtlinie“ 1999/44/EG). Die vier Richtlinien erfassen aber nur einen kleinen Teil des bestehenden europäischen Verbraucherrechts. Einen echten Nutzen hätten Verbraucher und Unternehmen jedoch erst, wenn das gesamte Verbraucherschutzrecht so weit wie möglich vereinheitlicht würde. Dafür sollten in allen bestehenden Verbraucherrichtlinien z. B. Widerrufsrechte für Verbraucher und Informationspflichten der Unternehmer soweit wie möglich gleich ausgestaltet werden.

Nach dem Willen der Kommission soll ein einheitliches Verbraucherrecht insbesondere durch eine Vollharmonisierung erreicht werden. Das bedeutet nicht nur einen gleichen Mindeststandard in allen Mitgliedstaaten. Vollharmonisierte Regelungen nehmen den Mitgliedstaaten darüber hinaus die Möglichkeit, weitergehende Regelungen zum Schutz der Verbraucher aufrechtzuerhalten oder neu einzuführen.

„Für Deutschland hätte die von der Kommission geplante Vollharmonisierung konkret zur Folge, dass bewährte, die Verbraucher schützende Regelungen des deutschen Rechts geändert oder sogar aufgehoben werden müssten. So würde etwa unser Widerrufsrecht bei Haustür- und Fernabsatzgeschäften (z. B. Internet) zum Nachteil der Verbraucher eingeschränkt. Auch die Geltendmachung von Mängelrechten bei einem Kaufvertrag würde für Verbraucher erschwert“, betonte Zyprius.

- In Deutschland hat der Verbraucher bei Haustür- und Fernabsatzgeschäften ein unbefristetes Widerrufsrecht, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt wurde. Nach dem Richtlinienentwurf soll das Widerrufsrecht zwingend nach drei Monaten erlöschen, sobald der Unternehmer seine vertraglichen Verpflichtungen vollständig erfüllt hat, z. B. die bestellte Ware ordnungsgemäß geliefert wurde.
- Für die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten aus einem Kaufvertrag – etwa bei mangelhafter Ware – soll nach dem Richtlinienentwurf eine im deutschen Recht bisher nicht bestehende Rügepflicht für den Verbraucher eingeführt werden. Er soll die Mängelrechte nur noch wirksam geltend machen können, wenn er dem Verkäufer binnen zwei Monaten, nachdem er einen Mangel festgestellt hat, diesen mitteilt. Rügt er nicht rechtzeitig, soll er seine Gewährleistungsrechte verlieren.

„Im Fall einer Vollharmonisierung wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit genommen, nationalstaatlich gewünschte zusätzliche Verbraucher schützende Regelungen einzuführen. Wir könnten nicht mehr schnell und flexibel auf neue nationale Entwicklungen reagieren und die Verbraucher ausreichend zu schützen. So wäre die in dem Gesetzentwurf zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung vorgesehene Erweiterung des Widerrufsrechtes bei telefonisch geschlossenen Verträgen nicht mehr zulässig. Das wäre sehr schlecht. Ich werde mich deshalb in Brüssel für ein besseres und kohärenteres europäisches Verbraucherrecht einsetzen, das den Mitgliedstaaten weiterhin notwendige Gestaltungsspielräume in diesem Bereich belässt. Ich bin zuversichtlich, dass dies gemeinsam mit unseren europäischen Partnern gelingen wird“, erklärte Zyprius.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion

SPD-Bundestagsfraktion

Pressemitteilungen vom 30. 5. 2008 (i. d. F. d. CDU/CSU)

Verbraucherpolitiker der Koalition einigen sich auf Eckpunkte zur Bekämpfung von Telefonwerbung Mit dem Maßnahmenpaket wird den schwarzen Schafen endlich das Handwerk gelegt

Aus Anlass der Einigung der Koalitionsfraktionen zur Bekämpfung gegen unerlaubte Telefonwerbung erklären die Verbraucherschutzbeauftragte der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Julia Klöckner MdB, und der SPD-Bundestagsabgeordnete, Manfred Zöllmer MdB, zuständiger Berichterstatter im Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz:

Die Verbraucherpolitiker der Koalitionsfraktionen haben sich am Mittwoch gemeinsam mit der Bundesjustizministerin Brigitte Zyprius und dem Bundesverbraucherminister Horst Seehofer auf gemeinsame Eckpunkte zur Bekämpfung der unerlaubten und belästigenden Werbeanrufe geeinigt.

Mit dem Maßnahmenpaket wird den schwarzen Schafen endlich das Handwerk gelegt. Die Verbraucherinnen und Verbraucher erhalten mit dem umfassenden Widerrufsrecht ein Mittel an die Hand, das ihnen aus dem Fernabsatzrecht bekannt ist und mit dem sie umzugehen gelernt haben. Mit dem Maßnahmenpaket werden die Verbraucherinnen und Verbraucher endlich vor belästigenden Telefonanrufen geschützt.

Der in der Ressortabstimmung befindliche Referentenentwurf wird entsprechend überarbeitet und soll noch vor der Sommerpause vom Bundeskabinett verabschiedet werden.

Die Millionen von unerwünschten und belästigenden Telefonanrufen stellen ein großes Ärgernis für die Verbraucherinnen und Verbraucher dar. Ob Zeitschriftenabonnements, Glücksspiele oder Telekommunikationsanbieter: Trotz des ausdrücklichen Verbotes belästigender Telefonwerbung in § 7 Abs. 2 Nr. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) wird weiterhin offensiv und massiv gegen diese Verbotsnorm verstoßen. Die Angerufenen werden in vielen Fällen jedoch nicht nur beworben, sondern häufig direkt oder verschleiert zu einem Vertragsabschluss oder der Änderung laufender Verträge veranlasst.

Die Verbraucherinnen und Verbraucher haben bisher lediglich die Möglichkeit, zivilrechtlich Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gegen derartige Anrufe geltend zu machen. Diese theoretische Möglichkeit läuft aber praktisch häufig ins Leere, weil der Verbraucher mit erheblichem Aufwand selbst tätig werden muss und viele Anrufer bewusst ihre Rufnummern unterdrücken, so dass eine Identifikation nicht möglich ist. Nach wie vor lohnt es sich für Schwarze Schafe – trotz Verbot – unberechtigt anzurufen und Verträge abzuschließen. Fraglich ist nun wie Verträge zu behandeln sind, die im Rahmen eines so genannten „Cold Calls“ zustande kommen.

Die Verbraucherpolitiker der Koalitionsfraktionen haben sich zur Bekämpfung dieser Missstände auf folgendes Maßnahmenpaket geeinigt:

Verstöße gegen das gesetzliche Verbot belästigender Telefonanrufe werden mit einem Bußgeld bis zu 50.000 Euro geahndet.

Es wird nochmals klarstellend darauf hingewiesen, dass Verbraucherinnen und Verbraucher Werbeanrufen zuvor ausdrücklich zustimmen müssen.

Rufnummern bei Werbeanrufen dürfen nicht unterdrückt werden. Bei Verstößen gegen das Verbot der Rufnummernunterdrückung droht ebenfalls ein Bußgeld.

Bei Zeitschriftenabonnements, Wett- und Lotteriedienstleistungen und telefonisch abgeschlossenen Verträgen wird ein Widerrufsrecht eingeführt.

Für telefonisch geschlossene Verträge oder Vertragsänderungen haben wir uns auf folgende verbraucherfreundliche Regelungen verständigt, die für jedes Dauerschuldverhältnis (z. B. Telekommunikation, Strom, Gas) gelten sollen:

Im Falle eines Anbieterwechsels (z. B. bei Telekommunikation oder Energie) ist die Textform mit Verbraucherunterschrift für die Kündigung des alten Vertrages notwendig. Der neue Anbieter muss dem alten Anbieter eine Kündigung vorlegen, bevor z. B. ein Telefonanschluss auf einen neuen Anbieter umgestellt werden kann. Damit wird das unbemerkte Unterschieben von Verträgen quasi unmöglich.

Im Falle einer bloßen Vertragsänderung (z. B. Tarifwechsel) und bei gänzlich neuen Verträgen erhalten die Verbraucherinnen und Verbraucher zukünftig ein umfassendes Widerrufsrecht im BGB. Danach müssen die Anbieter die Verbraucherinnen und Verbraucher über die Vertragskonditionen und die Widerrufsmöglichkeit schriftlich aufklären. Bei Widerruf wird der Vertrag grundsätzlich rückwirkend aufgelöst. Erhalten die Verbraucherinnen und Verbraucher keine Widerrufbelehrung, gilt das Widerrufsrecht zeitlich unbeschränkt, ansonsten steht ihnen dieses Recht zwei bzw. vier Wochen lang zu. Die Beweislast für den Zugang der Widerrufbelehrung trägt der Anbieter.

Diese Widerrufsmöglichkeit macht das „Unterschieben“ von Tarifwechseln unattraktiv, denn die notwendige schriftliche Widerrufbelehrung verdeutlicht den Verbraucherinnen und Verbrauchern den Inhalt eines etwaigen mündlichen Vertrages. Bei fristgerechtem Widerruf müssen die Verbraucherinnen und Verbraucher für die bis dahin geleistete Dienstleistung nicht zahlen. Eine Zahlungspflicht entsteht nur dann, wenn sie zuvor auf diese Rechtsfolge hingewiesen wurden und einer Ausführung der Dienstleistung vor Ende der Widerrufsfrist ausdrücklich zugestimmt haben. Die Beweislast hierfür trägt das Unternehmen.

Dies wird im Regelfall dazu führen, dass die Unternehmen sich den vorzeitigen Beginn der Leistungserbringung von den Verbraucherinnen und Verbrauchern schriftlich bestätigen lassen werden. Damit werden die schwarzen Schafe der Branche abgeschreckt.

Mit dieser Änderung erfassen wir auch Abofallen im Internet.

Insgesamt werden wir damit deutliche, einheitliche und mit dem Widerrufsrecht auch den Verbraucherinnen und Verbraucher bekannte Regelungen einführen und die Flut der unerwünschten und belästigenden Telefonanrufe drastisch reduzieren.

BMJ Newsletter vom 30. 7. 2008

Bundesregierung beschließt Gesetzentwurf gegen unerlaubte Telefonwerbung

Das Bundeskabinett hat heute den Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und so genannter Kostenfallen im Internet beschlossen.

„Wir schützen die Verbraucherinnen und Verbraucher wirkungsvoll vor unerwünschten Werbeanrufen und Kostenfallen im Internet, ohne die Wirtschaft mit unpraktikablen Regelungen zu belasten. Schließlich gehen die Verbraucher zunehmend dazu über, Waren und Dienstleistungen telefonisch oder über das Internet zu bestellen. Das soll natürlich weiterhin reibungslos möglich sein“, sagte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries. „Verbraucherinnen und Verbraucher können sich künftig leichter von Verträgen lösen, die sie am Telefon abgeschlossen haben, und wir schützen sie besser vor untergeschobenen Verträgen. Unseriöse Firmen, die sich über das bestehende Verbot unerlaubter Telefonwerbung hinwegsetzen, müssen damit rechnen, mit empfindlichen Geldbußen belegt zu werden. Um der schwarzen Schafe der Branche besser habhaft zu werden, darf außerdem bei Werbeanrufen künftig die Rufnummer nicht mehr unterdrückt werden. Bei Verstößen drohen ebenfalls Geldbußen“, so Zypries weiter.

Unerwünschte Telefonwerbung hat sich zu einem großen Problem entwickelt: Nach einer Umfrage des forsa-Instituts vom Herbst 2007 fühlen sich 86 Prozent der Bevölkerung durch unlautere Werbeanrufe belästigt, 64 Prozent der Befragten wurden in den letzten Monaten ohne Einwilligung von einem Unternehmen angerufen.

Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern ohne deren Einwilligung ist schon nach geltendem Recht ausdrücklich verboten. Sie stellt eine unzumutbare Belästigung nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb dar (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG). Wer diesem Verbot zuwider handelt, kann unter anderem von Mitbewerbern oder von Organisationen wie zum Beispiel den Verbraucherschutzverbänden auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Außerdem besteht ein Anspruch auf Schadensersatz, wenn der Anrufer fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat. Bei vorsätzlichem Handeln sieht das UWG einen Anspruch auf Gewinnabschöpfung vor. Unseriöse Firmen setzen sich aber zu Lasten der Verbraucher immer wieder über dieses Verbot hinweg und die Durchsetzung des geltenden Rechts stößt in der Praxis auf Schwierigkeiten.

Im Einzelnen sieht der Gesetzentwurf folgende Verbesserungen für die Verbraucher vor:

- Verstöße gegen das bestehende Verbot der unerlaubten Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern können künftig mit einer Geldbuße bis zu 50.000 Euro geahndet werden. Außerdem wird im Gesetz klargestellt, dass ein Werbeanruf nur zulässig ist, wenn der Angerufene vorher ausdrücklich erklärt hat, Werbeanrufe erhalten zu wollen. So wird verhindert, dass sich Anrufer auf Zustimmungserklärungen berufen, die der Verbraucher in einem völlig anderen Zusammenhang oder nachträglich erteilt hat.

- Bei Werbeanrufen darf der Anrufer seine Rufnummer nicht mehr unterdrücken, um seine Identität zu verschleiern. Viele unerwünschte Werbeanrufe werden nicht verfolgt, weil sich nicht feststellen lässt, wer angerufen hat. Denn die Unternehmen machen in der Regel von der Möglichkeit Gebrauch, ihre Rufnummer zu unterdrücken. Ein entsprechendes Verbot soll im Telekommunikationsgesetz (TKG) vorgesehen werden. Bei Verstößen gegen das Verbot der Rufnummernunterdrückung droht eine Geldbuße bis zu 10.000 Euro.
- Verbraucher bekommen mehr Möglichkeiten, Verträge zu widerrufen, die sie am Telefon abgeschlossen haben. Verträge über die Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten sowie über Wett- und Lotterie-Dienstleistungen können künftig widerrufen werden so wie es heute schon bei allen anderen Verträgen möglich ist, die Verbraucher am Telefon abgeschlossen haben. Hier wird unerlaubte Telefonwerbung besonders häufig genutzt, um Verbraucher zu einem Vertragsabschluss zu bewegen. Bislang gibt es hier kein Widerrufsrecht (§ 312d Abs. 4 Nr. 3 und 4 BGB). Diese Ausnahmen sollen beseitigt werden. Es wird für das Widerrufsrecht nicht darauf ankommen, ob der Werbeanruf unerlaubt war. Die Vorschrift ermöglicht einen Widerruf, aus welchen Gründen auch immer.

Wenn der Verbraucher den Vertrag fristgerecht widerrufen hat, braucht er ihn nicht zu erfüllen. Die Widerrufsfrist beträgt abhängig von den Umständen des Einzelfalles – zwei Wochen oder einen Monat und beginnt nicht, bevor der Verbraucher eine Belehrung über sein Widerrufsrecht in Textform (etwa als E-Mail oder per Telefax) erhalten hat.

- Der Schutz vor untergeschobenen Verträgen, einschließlich der so genannten Kostenfallen im Internet, wird verbessert:
 - Wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht nicht in Textform belehrt wurde, kann er Verträge über Dienstleistungen, die er am Telefon oder im Internet abgeschlossen hat, künftig widerrufen. Bislang gibt es in solchen Fällen kein Widerrufsrecht mehr, wenn der Unternehmer mit der Ausführung der Dienstleistung mit ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers begonnen oder der Verbraucher die Ausführung selbst veranlasst hat. Unseriöse Unternehmer haben diese Regelung gezielt ausgenutzt, um Verbrauchern am Telefon oder im Internet Verträge unterzuschieben. Diesem Verhalten entzieht das Gesetz die Grundlage.

Widerruft der Verbraucher einen solchen Vertrag, muss er die bis dahin vom Unternehmer erbrachte Leistung nur dann bezahlen, wenn er vor Vertragsschluss auf diese Pflicht hingewiesen worden ist und er dennoch zugestimmt hat, dass die Leistung vor Ende der Widerrufsfrist erbracht wird. Das Unterschieben von Verträgen wird damit wirtschaftlich uninteressant, weil Unternehmen auf eigenes Risiko leisten.

Beispiele:

Ein unseriöses Unternehmen bietet im Internet die Erstellung eines ganz persönlichen Horoskops an. Nur aus dem Kleingedruckten ergibt sich, dass dafür bezahlt werden muss; die Gestaltung der Webseite erweckt den gegenteiligen Eindruck. Eine Belehrung über das Widerrufsrecht erfolgt nicht. Deshalb gibt der Verbraucher auch ohne Bedenken seine persönlichen Daten (Name, Anschrift, Geburtsdatum usw.) ein. Eine Woche später erhält er eine Rechnung über 100 Euro. Erst jetzt wird ihm klar, einen entgeltpflichtigen Vertrag geschlossen zu haben. Künftig kann der Verbraucher seine Vertragserklärung noch solange widerrufen, wie er nicht vollständig bezahlt hat. Wenn ihn das Unternehmen vor Abgabe seiner Erklärung nicht darauf hingewiesen hat, dass er bei einem Widerruf für die bis dahin erbrachte Leistung Wertersatz zahlen muss, kann das Unternehmen nichts von ihm fordern.

oder

Ein Verbraucher wird von seinem Telefonanbieter angerufen und überredet, einen vermeintlich günstigeren Tarif mit einer Laufzeit von einem Jahr zu vereinbaren. Weder während des Telefonats noch später belehrt der Telefonanbieter den Verbraucher über sein Widerrufsrecht und über die Verpflichtung, im Falle des Widerrufs für bis dahin erbrachte Leistungen Wertersatz zahlen zu müssen. Der Verbraucher nutzt sein Telefon wie gewohnt weiter, stellt aber erst anhand der nächsten drei Monatsrechnungen fest, dass der vermeintlich günstigere Tarif tatsächlich teurer ist. Nach der Neuregelung kann der Verbraucher dann seine Vertragserklärung noch widerrufen.

- Außerdem bedarf die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses oder die Vollmacht dazu im Fall des Anbieterwechsels zukünftig der Textform, wenn der neue Anbieter gegenüber dem bisherigen Vertragspartner des Verbrauchers auftritt. Hierdurch wird verhindert, dass ein neuer Anbieter den Vertrag des Verbrauchers mit seinem bisherigen Anbieter ohne entsprechenden Auftrag des Verbrauchers kündigt. Hierzu ist es durch unseriöse Anbieter von Telefondienstleistungen häufiger gekommen.

Beispiel:

Ein Telefonanbieter überredet einen Verbraucher am Telefon zu einem Anbieterwechsel („Sie sparen viel Geld und müssen sich um nichts kümmern“). Bisher konnte das anrufende Unternehmen gegenüber dem bisherigen Anbieter ohne weiteres die Abwicklung übernehmen. Künftig bedarf die Kündigung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Verbraucher und seinem bisherigen Telefonanbieter der Textform (etwa E-Mail, Telefax). Der neue Anbieter kann also nur dann auf das bestehende Vertragsverhältnis Einfluss nehmen, wenn er ein solches „Schriftstück“ des Verbrauchers vorlegen kann. Den neuen Vertrag kann der nicht über sein Widerrufsrecht belehrte Verbraucher zukünftig auch dann noch widerrufen, wenn er bereits über den neuen Anbieter telefoniert hat (s. o.).

Der heute vom Bundeskabinett beschlossene Gesetzentwurf wird nun dem Gesetzgeber zugeleitet. Mit der Stellungnahme des Bundesrates kann Mitte September 2008 gerechnet werden. Danach wird der Gesetzentwurf vom Bundestag beraten werden. Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes dürfte Anfang 2009 zu rechnen sein. Das Gesetz bedarf nicht der Zustimmung des Bundesrates.

Nähere Informationen zum Thema sind auf der Internetseite des Bundesministeriums der Justiz unter www.bmj.bund.de/cold-calling erhältlich.

BGH-Pressemitteilung Nr. 136/2008 vom 17. 7. 2008

Grenzen gewerblicher Nachfrage per Telefax und E-Mail

Der unter anderem für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte in zwei Fällen darüber zu entscheiden, inwieweit es Unternehmen verboten ist, Waren oder Dienstleistungen mittels Telefaxeschreiben oder E-Mail nachzufragen (Urteil vom 17. Juli 2008 – I ZR 75/06 – Royal Cars; Urteil vom 17. Juli 2008 – I ZR 197/05 – FC Troschenreuth).

In dem ersten Fall hatte ein Fahrzeughändler per Telefax bei einer Toyota-Vertretung sein Interesse zum sofortigen Ankauf von drei bestimmten Toyota-Modellen – neu oder gebraucht – bekundet. Im zweiten Fall hatte der Anbieter eines Online-Fußballspiels per E-Mail bei einem kleineren Fußballverein angefragt, ob er auf der Website des Vereins ein Werbebanner für sein Produkt gegen Umsatzprovision platzieren dürfe.

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist eine Werbung unter Verwendung von Faxgeräten oder E-Mail als unzumutbare Belästigung verboten, wenn keine Einwilligung des Adressaten vorliegt. Das Gesetz unterscheidet dabei nicht zwischen privaten und gewerblichen Adressaten. Der Bundesgerichtshof hat nunmehr entschieden, dass auch gewerbliche Anfragen nach Waren oder

Dienstleistungen „Werbung“ im Sinne dieser Vorschrift sind. Für das Schutzbedürfnis des Inhabers eines Telefax- oder E-Mail-Anschlusses sei es unerheblich, ob er unaufgefordert Kaufangebote für Waren oder Dienstleistungen erhält oder ihm Anfragen zugehen, in denen etwa Immobilien oder Antiquitäten nachgefragt werden. Der Bezug von Waren und Dienstleistungen, die ein Unternehmen für seine Geschäftstätigkeit auf dem Markt benötige, diene zudem mittelbar der Förderung seines Absatzes.

Damit kam es auf die Frage an, ob die Adressaten in den beiden Fällen sich damit einverstanden erklärt hatten, dass ihnen über das Telefaxgerät oder per E-Mail Angebote zugehen. Der Bundesgerichtshof ist im Fall der Toyota-Vertretung davon ausgegangen, diese habe mit der Veröffentlichung der Nummer des Telefaxanschlusses in allgemein zugänglichen Verzeichnissen ihr Einverständnis erklärt, dass Kunden den Anschluss bestimmungsgemäß für Kaufanfragen nutzen, die sich auf die übliche Verkaufstätigkeit des Unternehmens bezögen. Sofern sich nicht im Einzelfall etwas anderes aus den Umständen ergebe, erstrecke sich dieses Einverständnis auch auf Anfragen gewerblicher Nachfrager. Entsprechendes gelte, wenn ein Unternehmen seine E-Mail-Adresse – etwa auf seiner Homepage – veröffentliche. Die Faxnummer und die E-Mail-Adresse eines Unternehmens seien gerade dazu bestimmt, Anfragen hinsichtlich des Waren- oder Leistungsangebot entgegenzunehmen.

In Anwendung dieser Grundsätze hat der Bundesgerichtshof die Anfrage des Fahrzeughändlers an die Toyota-Vertretung nicht als wettbewerbswidrig angesehen, weil insofern von einer konkludenten Einwilligung auszugehen sei. Hingegen hat der Bundesgerichtshof in der Anfrage hinsichtlich des Werbeanerbers für ein Online-Fußballspiel eine belästigende Werbemaßnahme gesehen, die zu untersagen sei. Weder gehöre das Angebot von Bannerwerbung gegen Entgelt auf der eigenen Homepage zum typischen Vereinszweck eines Fußballvereins, noch sei die von einem Fußballverein auf seiner Homepage zur Kontaktaufnahme angegebene E-Mail-Adresse für derartige Anfragen bestimmt.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 16.10.2008

SPD bringt die Erhöhung des Verkehrs- und Bauhaushaltes auf den Weg

Zur Beratung im Verkehrsausschuss ueber den Haushalt 2009 erklaren der verkehrspolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Uwe Beckmeyer und die baupolitische Sprecherin Petra Weis:

Die Verkehrs- und Baupolitiker aller Fraktionen haben gestern im Bundestagsausschuss fuer Verkehr, Bau und Stadtentwicklung in der Debatte ueber den Haushalt 2009 einstimmig die Antraege der Koalitionsfraktionen angenommen. Damit hat die Vernunft ueber die politischen Unterschiede zwischen den Fraktionen gesiegt.

Der Haushalt des Bundesministeriums fuer Verkehr, Bau und Stadtentwicklung ist und bleibt der mit Abstand groesste Investitionshaushalt des Bundes. Rund 13,9 Milliarden Euro betraegt der Anteil der Investitionen am gesamten Haushalt des Ressorts. Allein eine Milliarde Euro davon kommen aus der geplanten Mauterhoehung.

Dennoch bleiben Aufgaben, die nur mit einer weiteren Erhoehung der Finanzlinie oder Neuverteilung der Mittel umgesetzt werden koennen. Denn: Mobilitaet ist gut fuer Menschen und Gueter. Aber Verkehr schafft auch Nebeneffekte wie Energieverbrauch oder Laerm. Wir reagieren im Verkehrsbereich mit der Erhoehung der Mittel fuer den Laermschutz an der Schiene um 50 Millionen Euro, der Staerkung der Binnenschiffahrt zur Umstellung auf energieeffiziente und sichere Doppelhuelentanker und der Erhoehung der Sicherheit in der Sportschiff-

fahrt durch Zuschuesse fuer vermehrte Aufklaerungs- und Erziehungsmassnahmen sowie der Anhebung der Mittel fuer den Bau von Radwegen von 80 auf 90 Millionen Euro.

Im Wohnungs- und Staedtebaubereich wollen wir mehr und schneller klimawirksame Massnahmen im Gebaeudebereich bewirken und die steigenden Energiekosten in Grenzen halten. Darum werden wir das erfolgreiche CO₂-Gebaeudesanierungsprogramm besser ausstatten als bisher. 300 Millionen Euro mehr sollen im Haushalt 2009 fuer dieses Programm zur Verfuegung gestellt werden. Dass sich die Fraktion Die Linke ausgerechnet diesem Antrag nicht anschliessen konnte, ist mehr als verwunderlich.

Wir wollen einen besonderen Schwerpunkt auf die Grosswohnsiedlungen der 1950er bis 1980er Jahre richten, zu deren energetischen Sanierung wir 100 Millionen Euro einsetzen wollen.

Der oekonomische und gesellschaftliche Wandel zeigt sich nirgends so deutlich wie in unseren grossen und kleinen Staedten. Zur Stabilisierung und Verbesserung der Lebensbedingungen in den Staedten werden wir die Staedtebauforderprogramme des Bundes finanziell aufstocken. Das betrifft das Programm „Soziale Stadt - Bildung, Wirtschaft, Arbeit im Quartier - BIWAQ“, mit dem wir einen besonderen Akzent auf die Ausbildungschancen Jugendlicher und die Staerkung der lokalen Oekonomie setzen, den Stadumbau West und die klassische Staedtebauforderung. Die Aufstockungssumme belaeuft sich auf 74 Millionen Euro.

BGH-Pressmitteilung Nr.199/2008 vom 29.10.2008

Einspeiseverguetung fuer Strom aus „ausschliesslich an oder auf einem Gebaeude angebrachten“ Fotovoltaikanlagen

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte darueber zu entscheiden, ob dem Betreiber von Fotovoltaikanlagen die erhoehte Einspeiseverguetung nach § 11 Abs. 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes 2004 (EEG)* fuer Strom aus Anlagen zusteht, deren Tragekonstruktion darauf ausgelegt ist, die Solarmodule zu tragen, die aber zugleich als Unterstaende fuer Huetner in Freilandhaltung dienen sollen. Zu letztgenanntem Zweck sind die Zwischenraeume zwischen den diagonal verlaufenden Traegern der – von der Klaegerin als „Schutzhuetten“ bezeichneten – Konstruktionen in einer Hoehe von ca. 2,50 m mittels horizontal angeordneter Holzbalken und auf ihnen aufgebraechter Platten als Dach ausgebildet.

Die Klaegerin betreibt auf einem Gelaeude fuer die Freilandhaltung von Huetnern 69 solcher Anlagen. Sie vertritt die Auffassung, es handle sich um Solaranlagen, die „ausschliesslich auf einem Gebaeude angebracht“ seien und fuer die sie deshalb nach § 11 Abs. 2 EEG eine erhoehte Verguetung fuer den aus diesen Anlagen in das Netz der Beklagten eingespeisten Solarstrom beanspruchen koenne. Die Beklagte hat unter anderem eingewandt, es handle sich nicht um „Schutzhuetten“ fuer die auf dem Gelaeude gehaltenen Huetner, sondern allein um das Tragwerk fuer die Solaranlagen, deren Zwischenraeume nur mit Dachplatten verkleidet worden seien, um den unzutreffenden Eindruck zu erwecken, es handle sich um Gebaeude im Sinne des § 11 Abs. 2 EEG.

Das Landgericht hat die auf Zahlung der erhoehten Verguetung gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klaegerin hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil abgeaendert und die Beklagte antragsgemaess verurteilt. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten hatte Erfolg (Urteil vom 29.10.2008 – VIII ZR 313/07).

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass diejenigen Anlagen nicht unter § 11 Abs. 2 EEG fallen, die eine eigenstaendige, von einem Gebaeude unabhaeangige Tragekonstruktion aufweisen und bei denen das Gebaeude erst dadurch entstanden ist, dass diese Tragekonstruktion ueberdacht worden ist. Das in § 11 Abs. 2 EEG aufgestellte Erfordernis, wonach die Anlage „aus-

schließlich an oder auf einem Gebäude angebracht“ sein muss, setzt ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen beiden in der Art voraus, dass das Gebäude die Anlage über seine Statik trägt. Das Gebäude muss als Tragegerüst die Hauptsache bilden, von dem die darauf oder daran zu befestigende Anlage in ihrem Bestand abhängig ist. Das ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bei den im Streit stehenden Fotovoltaikanlagen nicht der Fall. Die Anlagen sind nicht in ihrem Bestand von dem Tragegerüst eines die Hauptsache bildenden Gebäudes abhängig. Vielmehr ist das Tragewerk selbst darauf ausgerichtet, ohne Zwischenschaltung einer Trägerkonstruktion für ein Gebäude die Fotovoltaikmodule unmittelbar zu tragen.

* § 11 Abs. 1 und 2 Nr. 1 EEG (Vergütung für Strom aus solarer Strahlungsenergie):

„(1) Für Strom aus Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie beträgt die Vergütung mindestens 45,7 Cent pro Kilowattstunde.

(2) Wenn die Anlage ausschließlich an oder auf einem Gebäude oder einer Lärmschutzwand angebracht ist, beträgt die Vergütung

1. bis einschließlich einer Leistung von 30 Kilowatt mindestens 57,4 Cent pro Kilowattstunde ...“

BGH-Pressemitteilung Nr.192/2008 vom 15.10.2008

Keine Verpflichtung des Vermieters zur regelmäßigen Generalinspektion der Elektroleitungen und Elektrogeräte in der Mietwohnung

Der Bundesgerichtshof hatte darüber zu entscheiden, ob dem Vermieter von Wohnraum im Rahmen seiner Verkehrssicherungspflicht eine regelmäßige Generalinspektion der Elektroleitungen und Elektrogeräte in den Wohnungen der Mieter obliegt. Der Kläger nimmt den Beklagten, seinen Vermieter, auf Schadenersatz wegen eines Brandes in Anspruch. In der neben der Wohnung des Klägers liegenden Mietwohnung kam es am 20. Juli 2006 im Bereich der Kochnische zu einem Brand. Der Kläger behauptet, der Brand sei durch einen technischen Defekt mit Kurzschluss im Bereich der Dunstabzugshaube verursacht worden. Er hat wegen der Beschädigung ihm gehörender Sachen Schadenersatz in Höhe von 2630 € nebst Zinsen und Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten geltend gemacht. Das Amtsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Landgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Der u. a. für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass dem Kläger wegen der Schäden, die ihm infolge des in der Nachbarwohnung ausgebrochenen Brandes an seinem Eigentum entstanden sind, kein Schadenersatzanspruch gegen den beklagten Vermieter zusteht (Urteil vom 15.10.2008 – VIII ZR 321/07). Der Beklagte war nicht verpflichtet, die Elektroleitungen und elektrischen Anlagen in den von ihm vermieteten Wohnungen ohne konkreten Anlass oder Hinweis auf Mängel einer regelmäßigen Überprüfung durch einen Elektrofachmann zu unterziehen. Zwar trifft den Vermieter die vertragliche Nebenpflicht, die Mietsache in einem verkehrssicheren Zustand zu erhalten. Diese Pflicht erstreckt sich grundsätzlich auf alle Teile des Hauses. Ihm bekannt gewordene Mängel, von denen eine Gefahr für die Mietwohnungen ausgehen kann, muss der Vermieter deshalb unverzüglich beheben. Er muss im Rahmen seiner Verkehrssicherungspflicht aber keine regelmäßige Generalinspektion vornehmen. Im Einzelfall mögen zwar besondere Umstände, wie zum Beispiel ungewöhnliche oder wiederholte Störungen, Anlass bieten, nicht nur einen unmittelbar zu Tage getretenen Defekt zu beheben, sondern eine umfassende Inspektion der gesamten Elektroinstallation durchzuführen. Solche Umstände waren hier aber nicht festgestellt.

Der Bundesgerichtshof hat die Revision deshalb zurückgewiesen.

IZ Immobilien Zeitung Medieninformation vom 16.10.2008

Ranking Immobilienberufe: Makler selbst in der Immobilienbranche unbeliebt

Immobilienmakler sind selbst in ihrer eigenen Branche unbeliebt. Das ergab eine aktuelle Umfrage der Immobilien Zeitung unter ihren Lesern. In einem von 1700 Teilnehmern erstellten Imageranking landeten die Immobilienvermittler mit weitem Abstand auf dem letzten Platz. Das höchste Ansehen haben Architekten. Banker konnten sich trotz Finanzkrise noch einen Platz im Mittelfeld sichern.

Dass Immobilienmakler in der breiten Öffentlichkeit einen schlechten Ruf haben, ist hinlänglich bekannt. Doch wie steht es um ihr Image in der eigenen Branche? Wird ihre Arbeit von Architekten, Finanzierern, Bauingenieuren oder Wohnungsverwaltern höher geschätzt? Um diese Frage zu beantworten, startete die Immobilien Zeitung eine Umfrage unter ihren Lesern. 1.690 Personen nahmen daran teil und erstellten ein Imageranking der Immobilienberufe. Eindeutiges Ergebnis: Die Vermittler von Wohnimmobilien haben mit weitem Abstand das schlechteste Image. Fast 60% der Befragten machen hier ihr Kreuz (Mehrfachantworten möglich). Auf Platz zwei folgen die Gewerbeimmobilienmakler mit knapp 27% gefolgt von Politik und Verwaltung, also bspw. Bauämtern, Liegenschaftsämtern oder Planungsdezernenten (22%).

Danach gefragt, welche von insgesamt 21 Tätigkeitsfeldern für sie selbst das höchste Ansehen hat, antworten 35% mit „Architekt“. Es folgen die mit Immobilienrecht befassten Anwälte (23%), Ingenieure (22%) und Immobilienbewerter (22%). Die Finanzierer schaffen es noch auf Rang neun. Sie gelten zwar als besonders wichtig bei der Verwirklichung von Bauvorhaben, auf der anderen Seite wird ihnen aber die höchste Unflexibilität unter allen Berufsgruppen vorgeworfen.

Die Platzierungen im Ranking werden maßgeblich bestimmt von den drei Faktoren Kompetenz, Preis-Leistungsverhältnis und Kundenorientierung. Die Berufe mit dem besten Image zeichnen sich durchweg durch die gleichzeitige Zuschreibung einer hohen Fachkompetenz sowie eines guten Preis-Leistungsverhältnisses aus. Umgekehrt halten 53% der Befragten die Makler von Wohnimmobilien für inkompetent und jeder Zweite bescheinigt ihnen, zu viel Geld für zu wenig Leistung zu verlangen. Außerdem sagt die Hälfte der Immobilienprofis aus, dass die Makler damit Schuld haben am schlechten Ruf der Immobilienbranche insgesamt.

Wenigstens in einem Ranking finden sich die Immobilienvermittler nicht auf dem letzten Platz. Bei der Frage, welche Berufsgruppen besonders anfällig sind für Korruption, schieben sich die Bauunternehmen, Politik und Verwaltung sowie die Bauträger von Wohnimmobilien auf die ersten Plätze.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 16.9.2008

Kommunist Lafontaine will Schaeffler und Springer enteignen

Anlässlich der Forderung von Oscar Lafontaine auf dem Capital-Autogipfel in Berlin, die Schaeffler-Gruppe zu enteignen, erklärt Christine Scheel, stellvertretende Fraktionsvorsitzende:

Lafontaine entpuppt sich als Kommunist, der offensichtlich nichts von Artikel 14 Grundgesetz hält. Dort heißt es: „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet“.

Es widerspricht jeder marktwirtschaftlichen Logik, erfolgreiches unternehmerisches Handeln durch die Androhung von Enteignung zu bestrafen. Familienunternehmen wachsen durch verantwortungsbewusstes Investieren und Vererben an die nächsten Generationen. Dabei beteiligen viele Unternehmen ihre Beschäftigten am unternehmerischen Erfolg. Auch Betriebsräte und betriebliche Mitbestimmung haben großen Anteil am Er-

folg der sozialen Marktwirtschaft. Lafontaine will marktwirtschaftlichen Erfolg mit sozialistischen Allmachtsvorstellungen bekämpfen.

Der Erfolg der sozialen Marktwirtschaft beruht auf Machtteilung durch funktionsfähigen Wettbewerb, den die Politik durch Wettbewerbsrecht und das Verbot von Kartellen gewährleisten muss.

Lafontaines Allmachtsvorstellungen gehören in die Mottenkiste der deutschen Geschichte.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 7. 5. 2008

Bundesverfassungsgericht bezieht die frühere rot-grüne Bundesregierung erneut des Verfassungsbruchs AWACS-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts

Anlässlich der heutigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zum Einsatz deutscher Soldaten in AWACS-Aufklärungsflugzeugen in der Türkei im Jahre 2003 erklärt der innenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Hans-Peter Uhl MdB:

Nach dem NPD-Verbotsverfahren und dem Luftsicherheitsgesetz ist dies nun der dritte Fall eines vom Bundesverfassungsgericht festgestellten Verfassungsbruchs der rot-grünen Bundesregierung.

Zudem hat die im Februar ergangene Grundsatzentscheidung zur Online Durchsuchung deutlich gemacht, dass die Rechtsgrundlage, auf der die rot-grüne Bundesregierung Online-Durchsuchungen durchführen wollte, materiell verfassungswidrig war.

Das Bundesverfassungsgericht hat heute die Rechte des Parlaments bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr gestärkt.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 29. 5. 2008

Entschädigung für ostdeutsche Kriegsspätheimkehrer tritt bereits zum 1. Juli 2008 in Kraft Endlich erhalten die ostdeutschen Kriegsheimkehrer und Geltungskriegsgefangenen eine symbolische Anerkennung für ihr erlittenes Schicksal

Anlässlich der 2./3. Lesung des Gesetzes zur Änderung des Heimkehrerstiftungsaufhebungsgesetzes erklären der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion und Sprecher der ostdeutschen CDU-Bundestagsabgeordneten, Arnold Vaatz MdB und der zuständige Berichterstatter im Innenausschuss, Günter Baumann MdB:

Im November des vergangenen Jahres hatte sich die Große Koalition insbesondere auf Initiative der ostdeutschen CDU-Bundestagsabgeordneten und der Vertriebenenpolitiker über die Entschädigung der ostdeutschen Kriegsspätheimkehrer geeinigt. Nach der alten Gesetzeslage hätte mit der Auszahlung erst ab dem 1. Januar 2009 begonnen werden können.

Mit dem Änderungsgesetz tritt die Entschädigungsregelung für ostdeutsche Kriegsspätheimkehrer bereits zum 1. Juli 2008 in Kraft. Das Vorziehen der Inkraftsetzung war für die CDU/CSU-Bundestagsfraktion wegen des hohen Alters der Betroffenen ein besonders wichtiges Anliegen. Besonders aus dem Blickwinkel der Nichtvererbbarkeit des Anspruchs war der spätere Termin im Jahr 2009 für uns sehr unbefriedigend.

Kriegsgefangene, die in den östlichen Teil Deutschlands entlassen wurden, erhalten eine nach der Dauer des Gewahrsams gestaffelte Entschädigung in Höhe von 500 Euro (Entlassungsjahrgänge 1947 und 1948), 1000 Euro (Entlassungsjahrgänge 1949 und 1950) und 1500 Euro (Entlassungsjahrgänge ab 1951).

Mit der Bereitstellung außerplanmäßiger Mittel im Haushaltsjahr 2008 in Höhe von voraussichtlich 15,8 Mio. Euro und

im Haushaltsjahr 2009 von rund 1 Mio. Euro kann die Entschädigung für die Heimkehrer durch das Bundesverwaltungsamt in Bonn nun zügig umgesetzt werden.

Der Anspruch auf Einmalentschädigung ist nicht pfändbar und auch nicht vererbbar, da das Gesetz an das Einzelschicksal der Betroffenen anknüpft. Weiterhin wird die Leistung nicht auf einkommensabhängige Sozialleistungen angerechnet.

Endlich erhalten die ostdeutschen Kriegsheimkehrer und Geltungskriegsgefangenen eine symbolische Anerkennung für ihr erlittenes Schicksal. Es war insbesondere die CDU/CSU-Bundestagsfraktion, die sich für eine Entschädigung der Spätheimkehrer eingesetzt hatte.

Hinw. d. Red.: Vgl. die PM der CDU/CSU- und SPD-Bundestagsfraktionen in GuT 2008, 190 m. w. Hinw. d. Red.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 29. 5. 2008

Bundestag beschliesst frühere Entschädigung fuer ostdeutsche Heimkehrer

Heute hat der Deutsche Bundestag ein Vorziehen der Entschädigung fuer nach Ostdeutschland heimgekehrte Kriegsgefangene beschlossen. Dazu erklart die Sprecherin der Arbeitsgruppe Aufbau Ost der SPD-Bundestagsfraktion Andrea Wicklein:

Die Bemuehungen der SPD-Bundestagsfraktion waren erfolgreich, den Termin fuer die Entschädigung von ehemaligen Kriegsgefangenen vorzuziehen, die in die sowjetisch besetzte Zone beziehungsweise die DDR entlassen wurden und dort weiter gewohnt haben. Es ist zu begruessen, dass es zu dieser Regelung gekommen ist. Ein Aufschieben auf 2009 waere absolut unverstaendlich gewesen.

Nun koennen die zumeist hochbetagten ehemaligen Kriegsgefangenen – die heute um die 80 Jahre alt sind – ihre Entschädigung bereits ab dem 1. Juli 2008 erhalten. Rund 16 Millionen Euro stellt der Bund dafuer allein in diesem Jahr bereit. Antrage nimmt das Bundesverwaltungsamt in Koeln schon jetzt entgegen.

Laut Gesetzentwurf ist mit rund 16 000 Antraegen von ehemaligen Kriegsgefangenen, sowie ehemaligen Zivilinternierten und Verschleppten zu rechnen. Je nach Entlassungsjahrgang haben sie dann Anspruch auf eine einmalige Entschädigung von 500 bis 1500 Euro (1947 bis 1948: 500 Euro; 1949 bis 1950: 1000 Euro; ab 1951: 1500 Euro).

Antraege auf die Haftentschädigung fuer Kriegsheimkehrer koennen formlos gestellt werden beim: Bundesverwaltungsamt, Referat III B, 50728 Koeln. Beizulegen ist der Entlassungsschein oder wenn nicht vorhanden mindestens zwei eidesstattliche Versicherungen.

Hinw. d. Red.: Vgl. vorstehend PM der CDU/CSU-Bundestagsfraktion vom 29. 5. 2008 m. w. Hinw. d. Red.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 14. 5. 2008

Unterstützungsleistung für Zwangsdeportierte und Zwangsinternierte verbessert Erhöhung der Finanzmittel für die Stiftung für politische Häftlinge in Bonn auf 2 180 000 €

Zu den Plänen, die Unterstützungsleistungen für Zwangsverschleppte jenseits von Oder und Neiße zu verbessern, erklärt der Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion und Sprecher der ostdeutschen CDU-Abgeordneten, Arnold Vaatz MdB:

Nachdem für die Opfer politischer Verfolgung in der ehemaligen DDR die sogenannte Opferpension und für die ostdeutschen Kriegsheimkehrer und Geltungskriegsgefangenen ei-

ne Entschädigungsleistung eingeführt wurde, werden jetzt die Unterstützungsleistungen für die Zivilinternierten und -deportierten verbessert.

Dies konnte u. a. durch die Erhöhung der Finanzmittel für die Stiftung für politische Häftlinge in Bonn auf 2.180.000 € für das Haushaltsjahr 2008 erreicht werden.

Nunmehr erhalten auch solche Personen verbesserte Unterstützungsleistungen, die aus dem Gebiet des deutschen Reiches in den Grenzen von 1937, außerhalb der ehemaligen DDR und jenseits der Oder-Neiße-Linie aus politischen Gründen verschleppt oder dort in Gewahrsam gehalten wurden und als politischer Häftling im Sinne des § 10 Abs. 4 HHG anerkannt sind. Darüberhinaus erhalten unter den gleichen Voraussetzungen auch solche deutschstämmigen Personen Unterstützungsleistungen, die in Siedlungsgebieten außerhalb des Reichsgebietes in den Grenzen von 1937 lebten.

Künftig kann jeder dieser Betroffenen folgende Leistungen erhalten:

- beim 1. Antrag eine Unterstützung von 2000 € und bei einem Gewahrsam von mehr als 1 Jahr weitere 500 €,
- beim 2. Antrag einen Betrag von 1500 € und
- ab dem 3. Antrag 1000 €.

Der Betroffene erhält die Leistung, wenn sein Einkommen als Alleinstehender 950 Euro und als Verheirateter oder in einer eheähnlichen Wirtschaftsgemeinschaft Lebender 1300 Euro nicht übersteigt. Abzugsfähig sind Aufwendungen etwa für Miete und Wohneigentum bis 720 € sowie Leistungen für Sozialversicherung und vergleichbare Privatversicherungen.

Damit ist es uns gelungen, den Zwangsdeportierten und -internierten, endlich die notwendige materielle Unterstützung zu gewähren.

OLG Köln-Pressemitteilung vom 30.10.2008

Schadenersatz für SEK-Opfer Josef Hoss Oberlandesgericht Köln bestätigt Urteil des Landgerichts Bonn

Der 7. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln hat in seinem heute verkündeten Urteil (Az. 7 U 53/08) die Berufungen beider Parteien gegen das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Bonn zurückgewiesen, das das Land Nordrhein Westfalen am 15.02.2008 zur Zahlung von 30.000,- Euro Schmerzensgeld an den Fliesenlegermeister Josef Hoss verurteilt hatte. Weiter war erstinstanzlich festgestellt worden, dass das Land dem Grunde nach verpflichtet ist, die aufgrund eines Polizeieinsatzes vom 08.12.2000 entstandenen materiellen Schäden bzw. die insoweit künftig noch entstehenden Schäden des Handwerkers zu ersetzen. Mit der heutigen Entscheidung ist das landgerichtliche Urteil im Ergebnis voll bestätigt worden.

Der heute 56-jährige Frührentner Josef Hoss macht im zugrunde liegenden Verfahren Ersatzansprüche für Schäden geltend, die er aufgrund eines gegen ihn gerichteten Einsatzes eines Polizei-Sondereinsatzkommandos erlitten hat und bei dem er erheblich verletzt wurde, nachdem er aufgrund von Äußerungen aus der Nachbarschaft in den Verdacht geraten war, im Besitz von Handgranaten und scharfen Waffen zu sein. Zur Vollstreckung eines daraufhin erlassenen Durchsuchungsbeschlusses zog die Siegburger Polizei ein Sondereinsatzkommando (SEK) hinzu, das einen Zugriff auf den Kläger in seinem Lieferwagen plante, der am 08.12.2000 durchgeführt wurde. Das Fahrzeug wurde von 2 Zivilfahrzeugen der Polizei gestoppt, auf der Fahrer- und Beifahrerseite wurden die Scheiben eingeschlagen. Der Handwerker wurde von mehreren SEK-Beamten aus dem Lieferwagen herausgezogen, auf dem Boden fixiert und gefesselt. Er erlitt infolge des Einsatzes diverse Verletzungen wie Prellungen und Schürfwunden, auch ergab sich der Verdacht auf Rippenbruch. Bei der an den Polizeieinsatz anschließenden Durchsuchung des Hauses wurden keine Handgranaten gefun-

den. Im Prozess hat der Geschädigte insbesondere behauptet, seine vielfältigen Verletzungen seien auf den Polizeieinsatz zurückzuführen. Dabei sei es zu einem Gewaltausbruch der Beamten gekommen, die mit Schlagstöcken und Karatetritten auf ihn eingewirkt hätten, obwohl er nur seine Hände schützend vor das Gesicht gehalten habe. Das beklagte Land hat den behaupteten Gewaltausbruch bestritten und behauptet, es sei nur die zur sicheren und zügigen Festnahme notwendige und angemessene Gewalt ausgeübt worden. Auch bei der Planung des Polizeieinsatzes sei es nicht zu Fehlern gekommen; der Zugriff auf der Straße sei wegen des Überraschungsmomentes vorzugswürdig gewesen.

Der 7. Zivilsenat bejaht im heutigen Urteil einen sogenannten Amtshaftungsanspruch des Geschädigten gegen den Staat, weil das Land schon bei der Planung des Eingriffs und die Entscheidung zum Zugriff im Fahrzeug schuldhaft seine Amtspflicht zur fehlerfreien Ermessensausübung verletzt habe. Bei der Entscheidung, wie der Durchsuchungsbeschluss des Amtsgerichts Siegburg konkret auszuführen sei, sei gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen worden, der dazu zwingt, stets das mildeste Eingriffsmittel anzuwenden. Von den Planern des Einsatzes hätte berücksichtigt werden müssen, dass der bis zum Zugriff vorliegende Verdacht gegen Josef Hoss erkennbar nur ein äußerst vager und dürftiger gewesen sei: Grundlage des Durchsuchungsbeschlusses seien nur Angaben „vom Hörensagen“ unter Nachbarn gewesen, die auch nicht ansatzweise verifiziert worden waren. Mit Hilfe der Durchsuchung habe erst herausgefunden werden sollen, ob Hoss tatsächlich über Handgranaten und Schusswaffen verfügte. Bei dieser Sachlage sei ein besonders besonnenes Vorgehen zur Verhütung vermeidbarer Belastungen geboten gewesen. Die Entscheidung der Einsatzkräfte für einen Zugriff im Auto sei diesen Anforderungen nicht gerecht geworden, ein solcher sei auch ohne die vom Geschädigten behaupteten Gewaltexzesse als „überfallartig“ anzusehen. Selbst bei lehrbuchartiger und vorschriftsmäßiger Durchführung eines solchen Einsatzes bestehe ein hohes Verletzungsrisiko für den Beschuldigten. Angesichts der nur unspezifizierten Verdächtigungen gegenüber dem Fliesenlegermeister hätte die Polizei nach Auffassung des Senats vielmehr abgestuft vorgehen können und müssen: Gerade weil sich die Handgranaten – wenn überhaupt – im Wohnhaus befinden sollten, hätte zunächst eine Durchsuchung des Wohnhauses in Abwesenheit des Klägers als mildestem und ungefährlichem Mittel nahe gelegen. Das weitere Vorgehen hätte sich dann je nach dem Ergebnis dieser Maßnahme ergeben können.

Der Senat hat in seinem Urteil offengelassen, ob es zu den vom Geschädigten behaupteten Schlägen und Tritten gekommen ist, weil es für seine Entscheidung auf diese Frage nicht mehr ankam, da der sich Polizeieinsatz schon aus den oben genannten Gründen als ermessensfehlerhaft herausgestellt hatte. Zudem hatte ein medizinischer Sachverständiger im Verfahren ausgeführt, die objektiv vorliegenden Verletzungen hätten auch bei ordnungsgemäßer Durchführung des Zugriffs durch das Herausziehen des Beschuldigten aus dem Fahrzeug entstehen können.

Die vom Fliesenleger eingelegte Berufung, mit der er – letztlich zum Zwecke künftiger Erhöhung des Schmerzensgeldes – die Feststellung der Ersatzpflicht des Landes für immaterielle Zukunftsschäden begehrt hatte, wurde zurückgewiesen. Das bereits zuerkannte Schmerzensgeld umfasse alle denkbaren noch künftigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen.

Die Revision gegen sein heute verkündetes Urteil hat der Senat nicht zugelassen. Den Parteien steht danach nur die sog. Nichtzulassungsbeschwerde zur Verfügung, die innerhalb eines Monats ab Urteilszustellung zum Bundesgerichtshof einzulegen ist.

Da das Landgericht Bonn hinsichtlich der noch offenen materiellen Schäden zunächst nur zum Grund des Anspruchs entschieden hat, ist das weitere Verfahren zur Höhe des Schadenersatzes dort fortzusetzen. Insoweit verlangt der Kläger noch

Ersatz von Verdienstausschlägen, Kosten für Haushaltshilfen und sonstigen krankheitsbedingten Mehraufwand, die er in der Klage auf insgesamt über 125.000,- Euro beziffert hat und die sich in der Zwischenzeit noch deutlich erhöht haben sollen.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 18. 9. 2008

Ypsilanti soll nicht nur eigene Rechte schützen Es rächt sich jetzt vor allem, dass keine verlässliche Regelung zur Datenspeicherung gefunden wurde

Anlässlich des Strafantrags von Andrea Ypsilanti bei der Staatsanwaltschaft wegen des illegalen Downloadangebots ihres Telefonats mit einem Franz-Münzfering-Imitator erklären Steffen Kampeter MdB, haushaltspolitischer Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion und Dr. Günter Krings MdB als Koordinatoren des Gesprächskreises „Geistiges Eigentum im Digitalen Zeitalter“ der CDU/CSU-Bundestagsfraktion:

Wir haben großes Verständnis für das Anliegen von Frau Ypsilanti, der Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts habhaft zu werden. Die hessische SPD-Vorsitzende vergisst allerdings, dass es Bundestagsvertreter ihrer Partei und ihrer hessischen Koalitionspartner sind, die eine effektive Verfolgung von Rechtsverletzungen im Internet unmöglich machen.

Tagtäglich werden Persönlichkeits- und Urheberrechte millionenfach im Internet verletzt. Die SPD hat dies bislang allerdings nicht dazu veranlasst, für opferfreundliche Auskunfts- und Informationsansprüche im Internet einzutreten.

In eigener Sache beansprucht Frau Ypsilanti nun mehr Schutz im Internet: Sie will, dass die Staatsanwälte schnell handeln und die Täter ermitteln.

Es rächt sich jetzt vor allem, dass keine verlässliche Regelung zur Datenspeicherung gefunden wurde. Wir sind gespannt, ob die Selbstbetroffenheit von Ypsilanti nun ein Umdenken bei der SPD zum Rechte-Schutz im Internet auslöst.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 20. 8. 2008

Datenmissbrauch muss ausgeschlossen werden Vollzug der datenschutzrechtlichen Bestimmungen überprüfen

Zu den erneut bekannt gewordenen Verstößen gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen im privatrechtlichen Bereich erklären der innenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Hans-Peter Uhl MdB und der Obmann im Innenausschuss, Ralf Göbel MdB:

Es hat sich gezeigt, dass gerade im nicht-öffentlichen Bereich gegen die Regelungen des Datenschutzrechts verstoßen wird.

Zunächst müssen die bekannt gewordenen Verstöße genau analysiert werden.

Die Freischaltung des Internet vor 15 Jahren, veränderte Kaufgewohnheiten, Online-Geschäfte und die vielfältige Nutzung von Kredit- und Kundenkarten haben dazu geführt, dass Unternehmen über eine Vielzahl von teilweise sehr sensiblen personenbezogenen Daten verfügen. Etwa 90% der personenbezogenen Daten werden im wirtschaftlichen Bereich erhoben und verarbeitet.

Bevor neue Gesetze gefordert werden, muss der Vollzug der datenschutzrechtlichen Bestimmungen überprüft werden. Die Anpassung der datenschutzrechtlichen Regelungen an die gesellschaftlichen und technischen Entwicklungen ist im Übrigen bereits mit dem Gesetzentwurf zur Regelung des sog. Scorings eingeleitet worden.

Da die Überwachung der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Regelungen für den nicht-öffentlichen Bereich bei den Bundesländern liegt, wird Bundesinnenminister Schäuble gemeinsam mit den Innenministern der Länder tragfähige Lösungen zur Verhinderung des Datenmissbrauchs finden.

Aber auch dann liegt es in der alleinigen Verantwortung der Bürgerinnen und Bürger, in welchem Umfang sie eigene Daten an wirtschaftliche Unternehmen weitergeben. Lückenlose datenschutzrechtliche Regelungen gehen u. U. ins Leere, wenn der Einzelne seine persönlichen Daten wahllos offenbart.

Die Datenschutzbeauftragten müssen deshalb vermehrt über die Risiken der Weitergabe personenbezogener Daten aufklären.

CDU/CSU-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 5. 8. 2008

CDU/CSU begrüßt Initiative für ein Kernenergie-Nutzungsgesetz Ablehnung gegenüber der Kernenergie aufgeben

Anlässlich der Veröffentlichung der Eckpunkte eines Kernenergie-Nutzungsgesetzes erklärt die Stellvertretende Vorsitzende der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Katherina Reiche MdB:

Die CDU/CSU-Bundestagsfraktion begrüßt die Initiative des Bundeswirtschaftsministeriums für ein Kernenergie-Nutzungsgesetz. Erstmals ist konzeptionell vom Bundeswirtschaftsministerium dargelegt worden, wie die Laufzeiten der Kernkraftwerke in Deutschland im Interesse der Verbraucher und des Umweltschutzes verlängert werden können. Bundesumweltminister Gabriel und die SPD sollten aus ihrer Schmollecke herauskommen und endlich ihren Widerstand gegen eine ökonomisch und ökologisch sinnvolle Nutzung der Kernenergie aufgeben.

Wenn die SPD und Bundesumweltminister Gabriel wirklich die Verbraucher entlasten wollen, dann müssen sie ihre Ablehnung gegenüber der Kernenergie aufgeben und den Ausstieg vom Ausstieg einleiten. Denn nur, wenn Deutschland alle zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zur Stromerzeugung nutzt, nämlich Erneuerbare Energien, Kernkraft und saubere Kohle- und Gasverstromung (CCS), werden wir Balance zwischen Klimaschutz, Energiesicherheit und Kosten halten können. Deutschland darf hier nicht länger einen Sonderweg gehen, der sich längst als Holzweg erwiesen hat. Es gibt kein anderes energiepolitisches Thema, bei dem wir international so isoliert

Immobilien-Risikomanagement

10. Forum der gif e. V. am 25. November 2008 in Frankfurt/Main

Am 25. November 2008 veranstaltet die gif e. V. in Frankfurt/Main ihr 10. FORUM zum Thema „Immobilien-Risikomanagement“. Experten aus namhaften Unternehmen berichten über die Gestaltung des Immobilien-Risikomanagements in deren Unternehmen. Ergänzend dazu werden Informationen zum Stand der Forschung, zur Sicht einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sowie zur Unterstützung durch die IT gegeben. Ein Branchenvergleich rundet das breite Spektrum an Themen ab. Über praktische Fallbeispiele und die Diskussion mit Referenten und Teilnehmern erlangen Sie zusätzliche Einblicke.

Als Referenten konnten gewonnen werden:

- Dr. Matthias von Bodecker, Mitglied des Vorstands, POLIS Immobilien AG, Berlin
- Barbara Deisenrieder, Geschäftsführerin, AMB Generali Immobilien GmbH, Köln
- Martin Czaja, Projektmanager, BEOS GmbH, Berlin
- Klaus Hölzer, Partner, Oliver Wyman GmbH, Frankfurt/Main
- Prof. Dr. Carsten Lausberg, Professor für Immobilienbanking, Hochschule für Wirtschaft und Umwelt Nürtingen-Geislingen, und selbst. Unternehmensberater
- Rudolf Miller, TÜV Süd
- Herbert Reiß, Geschäftsführender Partner, Deloitte & Touche GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Nürnberg
- Peter Wallner, Partner, Deloitte & Touche GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Essen
- Thomas Gsaenger, Portfoliomanager Americas, Pacific Star Europe, München

Mitgliedern der gif sowie von BIIS, DVP, IMMOEBS und RICS werden Sonderkonditionen gewährt. Einzelheiten zu den Konditionen und zum detaillierten Programm ergeben sich aus dem Veranstaltungsflyer unter www.gif-ev.de

GuT

G 58438

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH,
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

sind, wie beim Thema Kernkraft. Mit einer Verlängerung der Laufzeiten können die Verbraucher langfristig von hohen Energiekosten entlastet werden.

SPD-Bundestagsfraktion Pressemitteilung vom 12.11.2008

Atomstromtarif ist Volksverdummung und Etikettenschwindel

Anlaesslich der Einfuehrung eines Atomstromtarifs von RWE erklaren der umweltpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion Marco Buelow und der zustaendige Bericht-ersteller der SPD-Bundestagsfraktion im Ausschuss fuer Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit Christoph Pries:

Der RWE-Konzern sucht die Auseinandersetzung. Mit seinem Atomstromtarif giesst der Essener Konzern Oel ins Feuer der Energiedebatte. Dabei wird auch vor Volksverdummung und Etikettenschwindel nicht zurueckgeschreckt. Das Ziel von RWE ist klar: Mit aller Macht soll der Atomausstieg, dem man vor acht Jahren selbst zugestimmt hat, verhindert werden. Stehen doch die RWE-Panzenreaktoren in Biblis ganz oben auf der Liste der abzuschaltenden Atomkraftwerke.

Aber: Die Menschen wissen, dass Atomstrom nur fuer Milchmaedchen guenstig ist – Milliardensubventionen in der Vergangenheit und explodierende Kosten fuer die Altlasten. Allein der mittel- und langfristige Finanzbedarf fuer die Stilllegung, Entsorgung und Endlagerung nuklearer Versuchsanlagen belaeuft sich bisher auf fuenf Milliarden Euro. Tendenz steigend.

Und obendrauf gibt es noch 450 Tonnen hochradioaktiven Abfall pro Jahr. Strahlenden Muell, den niemand haben will, und von dem wir immer noch nicht wissen, wo wir ihn sicher lagern sollen.

Dass Atomstrom nicht so klimafreundlich ist, wie von der Atomlobby immer behauptet, haben die Studien des Oeko-Institutes in den vergangenen Jahren hinreichend bewiesen. Das Label „Pro Klima“ ist deshalb Etikettenschwindel.

Bei Atomstrom ist nur eines sicher: Die Zeche zahlen am Ende immer die Buergerinnen und Buerger.

Die Kunden koennen mit den Fuessen abstimmen. Oeko-stromanbieter gibt es in Deutschland dank unserer fortschrittlichen Energiepolitik inzwischen genug.

Die SPD-Bundestagsfraktion steht zum Atomausstieg.

Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen Pressemitteilung vom 12.11.2008

Jahressteuergesetz 2009: Informationen zu ökologi- schen, ethischen und sozialen Kriterien bei Rürup-Rente einführen

Zur Einführung eines Zertifizierungsverfahrens für Rürup-Renten im Jahressteuergesetz 2009 erklärt Christine Scheel, stellvertretende Fraktionsvorsitzende:

Fakt ist, dass die Mehrheit der Bürgerinnen und Bürger nicht will, dass ihre Geldanlagen auch Atomkraft, Kinderarbeit oder Rüstung finanzieren. Wir haben deshalb schon bei der Riester-Rente gegen den Widerstand der SPD durchgesetzt, dass die Anlegerinnen und Anleger informiert werden, ob und wie bei der Anlage ihrer Gelder ökologische, ethische und soziale Kriterien berücksichtigt werden.

Die Koalition plant jetzt auch bei den Rürup-Renten ein Zertifizierungsverfahren einzuführen. Wir fordern diese Chance zu mehr Transparenz und Nachhaltigkeit in der privaten Altersvorsorge nicht ungenutzt zu lassen. Wir fordern die Koalition auf die Informationspflichten zu ökologischen, ethischen und sozialen Anlagekriterien auch bei den Rürup-Renten aufzunehmen.

Zu unserem großen Bedauern ist die Koalition auch in diesem Punkt gespalten. Während die Union sich durchaus aufgeschlossen gezeigt hat, blockt die SPD rundweg ab. Wir hoffen, dass die Koalition als Ganzes noch Einsicht zeigt und sich unserer Forderung anschließt.

Die Einbanddecke GuT-Jahrgänge 2006–2007

Preis: 15,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Die zwei Einbanddecken

2001–2003 und 2004–2005

Paketpreis: 24,60 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Einzelpreis je 15,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Die drei Einbanddecken

2001–2003, 2004–2005, 2006–2007

Paketpreis: 36,00 EUR inkl. Versand u. inkl. MwSt

Lieferung solange vorrätig.

Bestellungen an

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH

Postfach 30 13 45, 53193 Bonn

Tel 02 28 /47 63 78, Fax 02 28 / 47 09 54, info@prewest.de



Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45 · 53193 Bonn