

Gewerbemiete Und Teileigentum

9-10/09

9. Jahrgang

Heft 50

September / Oktober 2009

S. 279-362

Erscheinungsort Bonn

Beiträge

W. E. Joachim: Werte - eine thesehafte Sinnsuche!

M. H. Kraus: Über den Umgang mit „Kinderlärm“

Wirtschaft und Verbände

D. Niebel: Entwicklungszusammenarbeit

P. Ramsauer: Investitionen in eine gute Zukunft unseres Landes

N. Röttgen: Verteidigung der Schöpfung

Ph. Rösler: Gesundheit für die Menschen in Deutschland

Gewerbemiete

Filialunternehmen als Mieter (LG / OLG Bamberg)

Ladenlokal; Wasserabrechnung (OLG Düsseldorf)

Hinterlegung des Minderungsbetrags (KG)

Mehrerlös durch Untervermietung (BGH)

Kündigungsausschluss im Pachtvertrag (OLG Düsseldorf)

Flächenlose Pacht einer Milchquote (BGH)

Nachweis-Maklervertrag (BGH)

Produkthaftpflicht der Konditorei (BGH)

Meinungsfreiheit zur Unternehmenskritik (BGH)

Insolvenz; Durchsuchung der Räume eines Dritten (BGH)

Räume für das Zollamt auf dem Flughafen (BGH)

Teileigentum

Beschluss über den Verwaltervertrag (KG)

Dienstbarkeit zur Müllentsorgung (LG Berlin)

Rechtsmittelbelehrung im ZVG-Verfahren (BGH)

Wettbewerb

D. Dingeldey: Internet - Umschau Oktober 2009

Besteuerung

K.-Chr. Callsen: Steuern - Umschau August 2009

Magazin

Inhalt

Beiträge

W. E. Joachim,
Werte - Welche Werte wiegen wie viel in einer wechselhaften Welt?
– eine thesenhafte Sinnsuche! **283**

M. H. Kraus,
Tut euch keinen Zwang an!
Über den schwierigen Umgang mit „Kinderlärm“ **289**

Wirtschaft und Verbände

D. Niebel,
Entwicklungszusammenarbeit
Rede im Rahmen der Aussprache zur
Regierungserklärung der Bundeskanzlerin
vor dem Deutschen Bundestag am
10. November 2009 in Berlin **291**

P. Ramsauer,
Investitionen in eine gute Zukunft unseres Landes
Rede im Rahmen der Aussprache zur
Regierungserklärung der Bundeskanzlerin
vor dem Deutschen Bundestag am
11. November 2009 in Berlin **292**

N. Röttgen,
Verteidigung der Schöpfung
Rede im Rahmen der Aussprache zur
Regierungserklärung der Bundeskanzlerin
vor dem Deutschen Bundestag am
11. November 2009 in Berlin **294**

Ph. Rösler,
Gesundheit für die Menschen in Deutschland
Rede im Rahmen der Aussprache zur
Regierungserklärung der Bundeskanzlerin
vor dem Deutschen Bundestag am
12. November 2009 in Berlin **296**

Gewerbemiete

Aufrechnungsverbot; Forderungen aus vorsätzlichen unerlaubten Handlungen auf beiden Seiten (BGH) **297**

Gewerberaummieta; Filialunternehmen als Mieter; vereinbarte Dachgestaltung nach Baubeschreibung; nachträgliche Montage einer Photovoltaikanlage; Energieeinsparung; einheitliches Erscheinungsbild (LG Bamberg / OLG Bamberg) **298**

Gewerberaummieta; Ladenlokal; Wasserabrechnung; billiger Maßstab nach Mietobjekten im Gebäude (OLG Düsseldorf) **300**

Gewerberaummieta; Mietminderung unter Hinterlegung des Minderungsbetrags gemäß Formularmietvertrag; Zahlungsverzug (KG) **300**

Gewerberaummieta; ehemaliges Bahnhofsgebäude; vertragsgemäßer Gebrauch als „Kulturzentrum“; Mangel; öffentlichrechtliches Gebrauchshindernis; Denkmalschutz; fehlende Umwidmung; Schallschutz (OLG Düsseldorf) **303**

Gewerberaummieta; Feuchtigkeitsschäden im Kellerbereich; Risiko der Tauglichkeit zur vertragsgemäßen Nutzung; Dampfbad und Massageräume als Wellnesszentrum; Erkennbarkeit anfänglichen Mangels der Abdichtung der Kellerwand; Rattenbefall; Geruchsbefall; Minderungsquote (KG) **305**

Gewerberaummieta; Auskehr des Mehrerlöses durch Untervermietung seit Rechtshängigkeit des Rückgabeanspruchs (BGH) **306**

Pachtvertrag; Kündigungsausschluss; Schriftform; Kündigungserklärung in der Erhebung der Räumungsklage (OLG Düsseldorf) **309**

Pacht; Kündigung bei Berufsunfähigkeit des Pächters; unzulässige Unterverpachtung; flächenlose Pacht einer Milchquote (BGH) **309**

Nachweis-Maklervertrag; konkludentes Zustandekommen; Beweislast zur Unentgeltlichkeit (BGH) **311**

Gewerberaummieta; vertragliches Aufrechnungsverbot; anwaltlicher Beratungsvertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter; Mieterschutzvereinigung; satzungsgemäßer Beratungsumfang Wohnraummieta (OLG Düsseldorf) **312**

Impressum

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

Verlag: Prewest Verlag Presse- und Medien- und Kultur GmbH, Wolkenburgweg 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 5/2009.

Satz: Herbert Kluth Digitale Druckvorlagenherstellung, Neusser Straße 6, 41542 Dormagen, Telefon 0 21 33 / 7 02 08, Mobil 01 51 / 58 83 28 38, Telefax 0 21 33 / 22 04 29, ISDN 0 21 33 / 22 04 32

Internet: www.kluth-dtp.de, e-mail: kontakt@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 Jahresrechnung erstellt. Abonnementkündigungen mit ordentlicher Frist: 10 Wochen zum Ende des Kalenderjahres.

Bankverbindung: Sparkasse KölnBonn (BLZ 370 501 98), Konto 36 207 645. IBAN: DE84 3705 0198 0036 2076 45 SWIFT-BIC.: COLSDE33

Die mit Namen gekennzeichneten Beiträge geben die Meinung des Verfassers, nicht unbedingt die der Redaktion oder des Herausgebers wieder. Beiträge und Gerichtsentscheidungen sind an den Verlag zu senden, dem an Bearbeitungen der Einsender die Verwertungsrechte bis zum Ablauf des Urheberrechts übertragen werden, eingeschlossen die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken und zur Digitalisierung sowie das Recht weiterer Vervielfältigung und Verarbeitung zu gewerblichen Zwecken.

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

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

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

Produktthaftpflicht; Bäckerei und Konditorei; Kirschstreusel mit eingebackenen Kirschkern; Schädigung am Zahn (BGH)	313	Teileigentum; Erstreckung früher eingetragener Sicherungsgrundschuld auf dieses weitere Eigentumsrecht; Fälligkeitsregeln nach neuem Risikobegrenzungs-gesetz (LG Berlin)	332
Meinungsfreiheit zur Unternehmenskritik; teil-staatlicher Flughafenbetreiber (BGH)	314	Teilungsversteigerung; Einzelangebot der Miteigentumsanteile; Rechtsmittelbelehrung im Zwangsversteigerungsverfahren (BGH)	333
Meinungsfreiheit bei Unternehmenskritik (BGH – Leits. u. a.)	317	Kurzfassungen / Leitsätze Teileigentum etc.	334
Insolvenz; Eröffnungsverfahren; Durchsuchung der Räume eines Dritten (BGH)	317	Wettbewerb	
Rechtsnatur der Vereinbarung über Räume und Flächen für das Zollamt auf einem Flughafen (BGH)	319	D. Dingeldey, Internet – Umschau Oktober 2009	335
Streitwert; Räumungsklage gegen Mieter und Untermieter; Entgeltbegriff des maßgeblichen Jahresbetrags (OLG Düsseldorf)	321	Pacht einer Domain; Haftung des Verpächters für Äußerungen des Pächters auf der Website (BGH)	338
Streitwert; Räumungsklage gegen den Untermieter (KG)	322	Wettbewerb; Ausspähen von Geschäftsgeheimnissen; Betriebsbeobachtung (BGH)	340
Wiedereinsetzung; fehlende Unterschrift des Prozessbevollmächtigten unter der Berufungsschrift; Verletzung der gerichtlichen Hinweispflicht (BGH)	322	Wettbewerb; Hinweispflicht des Hoheitsträgers auf Dienstleistungsangebote privater Wettbewerber im Rahmen einer Auskunft; Auskunft der Industrie- und Handelskammer IHK über Lehrgänge zur Prüfungsvorbereitung (BGH)	342
Berufungsbegründungsfrist; Verlängerungsantrag beim unzuständigen erstinstanzlichen Gericht; Postausgang am Freitag; Wiedereinsetzung (BGH)	322	Unverlangte Zusendung einer e-mail mit Werbung an einen Gewerbebetrieb; E-Mail-Werbung II (BGH)	345
Anspruch der Partei auf Ladung des Sachverständigen zur Erläuterung des schriftlichen Gutachtens (BGH)	323	Kurzfassungen / Leitsätze Wettbewerb etc.	346
Vermieterpfandrecht am Gegenstand der Herausgabevollstreckung eines Dritten; Leasing (BGH)	324	Besteuerung	
Gewerbliche Miete; Revisionsbeschwerde des Beklagten bei Klage auf Nebenkostennachzahlung und Widerklage auf Rückzahlung von Stromkosten (BGH)	325	K.-Chr. Callsen, Steuern – Umschau Oktober 2009	347
Piraterie; Operation ATALANTA; zuständiges Gericht; erpresserischer Menschenraub (BGH)	326	Vorrang der Begleichung des Kanalanschlussbeitrags wegen eines unbebauten, landwirtschaftlich genutzten, als Gewerbegebiet überplanten Grundstücks vor der Finanzierung eines Familienheimes (OVG Münster)	349
Kurzfassungen / Leitsätze Gewerbemiete etc.	327	Verfahrensverzögerung im Steuerstrafverfahren (BGH)	350
Teileigentum		Anforderungen an steuerstrafrechtliche Urteile; Feststellung und Beweiswürdigung von Besteuerungsgrundlagen; Steuerhinterziehung (BGH)	351
Wohnungseigentümergeinschaft; Beschluss über den Verwaltervertrag; Befugnis des Verwalters zur gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung (KG)	330	Kurzfassungen / Leitsätze Steuerrecht etc.	353
Dienstbarkeit zur Müllentsorgung des von dem erbbauberechtigten Käufer erworbenen Grundstücks (LG Berlin)	331	Magazin	
		Politik und Recht	354
		Impressum	280

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

Zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) Ausgabe September/Oktober 2009 erscheint die Beilage 50a zu Heft 50:

**Claudia R. Cymutta,
Miete und Insolvenz**

Die Beilage 50a wird den Abonnenten mit diesem Heft ausgeliefert.

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

Einzelstücke der Beilage 50a, Umfang 96 Seiten, DIN A 5, können zum Preis von 16,00 EUR inkl. 7% MwSt zzgl. Porto bei der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Fax 0228/470954, info@prewest.de, bezogen werden.



Deutscher Mietgerichtstag 2010

Kongresszentrum Westfalenhallen Goldsaal, Rheinlanddamm 200, Dortmund

Rechtsgestaltung und Kontrolle im Mietverhältnis

Freitag, 26. Februar 2010

- 9.30 Begrüßung
- 9.45 **Das Wohnungsrecht als ein Kern des Sozialstaats**
Festvortrag Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen
- 10.45 Kaffeepause
- 11.15 **Voraussetzungen und Grenzen der Analogie zu mietrechtlichen Vorschriften**
Referent: Prof. Dr. Martin Häublein, Innsbruck
- 13.00 gemeinsames Mittagessen
- 14.30 **Arbeitskreise**
- 1. Haftungs- und Minderungsausschluss im Gewerberaummietrecht – Zulässigkeit der Klauseln – alternative Vertragsgestaltung**
Einführung von RA Dr. Ulrich Leo, Essen; Leitung: RA Jürgen Fritz, Düsseldorf
- 2. Die Ehwohnung nach der Scheidung**
Einführung von RiOLG Dr. Isabell Götz, Ottobrunn; Leitung: RiLG a.D. Hubert Blank, Mannheim
- 3. Die Zersplitterung der Regelungen über den geförderten Wohnungsbau nach der Föderalismusreform**
Einführung von RAin Sigrid Fessler, Karlsruhe; Leitung: Ass. iur. Eckhard Bachmann, Berlin
- 4. Mietvertrag zugunsten Dritter**
Einführung von RA Dr. Arnold Lehmann-Richter, Berlin; Leitung: RiBGH a.D. Hans-Jörg Kraemer, Bretten
- 16.00 Kaffeepause
- 16.30 **Arbeitskreise**
- 5. Aufklärungspflichten im Mietrecht**
Einführung von Prof. Dr. Beate Gsell, Augsburg; Leitung: Prof. Dr. Markus Artz, Bielefeld
- 6. Abgrenzung von Individual- und Formularverträgen**
Einführung von RA Dr. Andreas Kappus, Frankfurt; Leitung: VorsRiLG a.D. Dr. Hans Langenberg, Hamburg
- 7. Öffentliches Bau- und Nachbarschaftsrecht versus Mietrecht im Spannungsfeld energetische Sanierungen**
Einführung von RA Dr. Hans Reinold Horst, Hannover; Leitung: Dr. Ulrike Kirchhoff, München
- 8. Klagen auf künftige Leistung im Mietrecht**
Einführung von RiOLG Dirk Both, Rostock; Leitung: RiBGH Dr. Karin Milger, Karlsruhe
- 19.00 gemeinsames Abendessen

Samstag, 27. Februar 2010

- 9.00 **Auf dem Weg zu einer Harmonisierung des Mietrechts in Europa**
Referent: Prof. Dr. Wolfgang Hau, Passau
- 9.45 **Die Haftung für die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen**
Referent: RA Prof. Dr. Hubert Schmidt, Trier
- 10.30 Kaffeepause
- 11.00 **Die Verjährung des Rückforderungsanspruchs wegen Durchführung nicht geschuldeter Schönheitsreparaturen**
Referent: Prof. Dr. Florian Jacoby, Bielefeld
- 11.45 **Die Anpassung des Mietvertrags an wesentliche und unwesentliche Flächenabweichungen**
Referent: RiBGH a.D. Dr. Dietrich Beyer, Karlsruhe

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 26. 2. 2010.

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. 2010 möglich.

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

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

Werte – Welche Werte wiegen wie viel in einer wechselhaften Welt? – eine thesehafte Sinnsuche!

I. Einleitung

Die Frage nach Werten beschäftigt die menschlichen Gesellschaften seit Generationen. Was sind „Werte“? Pointiert und salopp gesprochen, der „Kitt“, der die Menschheit in dieser sich ständig verändernden Welt zusammenhält. Welche konkreten Bindekräfte sind zu nennen? Darüber besteht in den Wissenschaften kein Konsens. Alle Gesellschaftsformen haben – mehr oder weniger – Ehrfurcht vor dem Leben. Dies haben auf ihre Weise Aristoteles und Albert Schweitzer so zugespitzt. Aktuell fordern selbst „Ikonen der Modernen Musik“, des Rap und Hip-Hop vehement: „Mehr Respekt vor alten Werten!“¹ Angesichts der anhaltenden Welt(wirtschafts-)Krise, der maßlosen Enttäuschung bei vielen (Welt)Bürgern, Verantwortungs- und Vermögensträgern, fragt man sich: Wenn Zahlen, Gelder Vermögen, (Hilfs-/Rettungs-)Programme in Milliarden, ja Billionen Euro bzw. US-Dollars kaum mehr greifbaren, geschweige denn nachvollziehbaren Ausdruck finden, welche Werte wiegen – überhaupt noch – wie viel in einer wechselhaften, ja sich dramatisch verändernden Welt? Worum geht es? Wo findet man Werte, Halt und Orientierung?²

Herkömmlich fasst man unter „Werten“ die Vorstellungen, die in einer Gesellschaft allgemein oder mehrheitlich als wünschens- und befolgenswert erachtet werden. Werte geben Orientierung, stellen Richtschnur oder ein „menschliches Navigationsgerät“ dar.³

II. „Wert“haltige Ansätze

1. Rechtswissenschaft und Grundprinzipien

Die Rechtswissenschaft verbindet mit Werten tragende Prinzipien, auf denen sich eine Rechtsgemeinschaft dauerhaft gründet. Dazu zählen beispielsweise Menschenwürde, grundlegende Menschenrechte wie Freiheit, Meinungsfreiheit, Leben, körperliche Integrität, Eigentum und Gerechtigkeit sowie ein faires Verfahren.

Ähnliche „Grundwerte“ finden sich in der u.s. amerikanischen Declaration of Independence; so rückt einer der „Gründungsväter“, Thomas Jefferson, den Wert „liberty“, Freiheit, in den Mittelpunkt.⁴

Was hält die jeweilige Gesellschaft zusammen? Hier stellt sich eine stets suchende Sinnfrage. Inhaltliche Konturen mögen einzelne Weltanschauungen zu geben.

Berühmte (Rechts)Philosophen halten in etwa übereinstimmend fest: Der die Gesellschaft schützende, fördernde und zugleich fordernde Staat geht von Voraussetzungen aus, die er selbst nicht nachhaltig garantieren kann. So ähnlich äußern sich Heidegger, C. Schmitt, Forsthoff und Böckenförde.

Die Gesellschaft bekennt sich zum Pluralismus, zur „Arten-“ und „Meinungsvielfalt“ zwischen den Menschen. Unter ihnen herrscht ein ständiger „Seelenwandel“.

Der „Post-Modernismus“ kann sich auf zahlreiche „Lebens-Entwürfe“ vorangegangener Generationen und Gesellschaften berufen.

So hat es 1976/77 eine dauerhafte Diskussion über „gemeinsame Grundwerte“ in der Bundesrepublik Deutschland gegeben. Zielführend wurde gefragt: Welche Werte halten die Gesellschaft zusammen? Daran beteiligten sich politische Größen der staatstragenden Parteien, wie H. Schmidt, H. Kohl, W. Maihofer. Die Parteipolitiker konstatieren übereinstimmend einen Grundkonsens menschlichen Zusammenlebens. Abgeleitet werden Grundwerte aus dem Naturrecht oder der biblischen Offenbarung, je nach „Grundausrichtung“. Die christliche Soziallehre ist in diesem Zusammenhang zu benennen.

Der teilnehmende Beobachter bemerkt in den neuzeitlichen Diskussionen das Herausarbeiten von menschlichen Grundprinzipien. Dabei kristallisiert sich ein spannungsgeladenes Gegensatzpaar heraus, welches festzumachen ist zwischen konstitutiver Verlässlichkeit und latenter Verletzlichkeit.

Die Menschenrechte dienen als „menschenschaffende Maßstäbe“. Die u.s. amerikanische Unabhängigkeitsbewegung mit der „Declaration of Rights“ 1776, die Französische Revolution von 1789 mit ihren Grundwerten Liberté, Egalité, Fraternité = Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit haben eine Geisteshaltung und Bewegung konstituiert, welche die U.N.-Menschenrechts-erklärung, die Europäische Menschenrechtskonvention und -kommission, EMRK sowie die Grundrechte des Grundgesetzes der Bundesrepublik maßgebend geprägt haben. Die Europäische Verfassung und ihr Grundrechtskatalog, u. a. mit den zentralen Menschenrechten, knüpfen an diese Tradition an und verleihen ihr aktuellen Ausdruck.

Bis heute geht es um Sinnfragen zur Struktur menschlichen Zusammenlebens.

2. Kirchlicher Ansatz: Einheit in der Vielfalt

Die Kirche platziert sich mit dem eingängigen Slogan von der „(kirchlichen) Einheit in der Vielfalt“. Diese Sichtweise bringt Kardinal Lehmann anschaulich auf den Punkt. Er bezieht

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

1) So der „Großvater des HipHop: Goldmaster Flash“, in: Die Welt vom 20. 3. 2009, S. 24.

2) So unter Aspekten der Vermögensbildung bzw. -sicherung: Werte, Werte – welche Werte, in: Elite Report Extra 2009, Verlag Kastner AG, S. 3, 5 ff, 62.

3) Joachim, Wichtige Werte im Wertewandel, Discussion-Paper No. 1 der International School of Management, ISM Dortmund, Dortmund/Münster 2007, S. 2.

4) Dick de Vos, Rediscovering American Values, New York 1997, 17 ff.

sich auf das Johannes-Evangelium und führt einen eingängigen bildhaften Vergleich an: „Im Haus meines Vaters sind viele Wohnungen.“ Der Beitrag der Kirche zu den Grundwerten orientiert sich an den 10 Geboten und der Bergpredigt. Im Vordergrund stehen u. a. Eltern-Kind-Fragen, Generationen-Probleme und -Pakte, das Gerechtigkeitsethos, zumeist mit der austeilenden und ausgleichenden Gerechtigkeit verbunden sowie ein dauerhaftes Friedensethos bzw. -aufruf.

Aktuell fordert der Mainzer Bischof Karl Kardinal Lehmann eine grundlegende moralische Erneuerung mit Blick auf die umstrittenen Bonuszahlungen an Banker. Die Kirche darf dabei nicht schweigen, darf dabei nicht allein für die Grundwerte verantwortlich gemacht werden.⁵

Die verschiedenen gesellschaftlichen, kirchlichen, weltanschaulichen Betrachtungsweisen legen einen dauerhaften Diskurs nahe; sie bedingen anhaltende Auseinandersetzungen, mitunter stochernden, störenden Streit über das „wirklich Wesentliche“.

Münchens Erzbischof Reinhard Marx sieht „primitiven Kapitalismus“ und „grenzenlose Gier“ auf dem Rückzug. Er fordert ein System, das nicht nur auf der persönlichen Moral des Einzelnen aufgebaut ist.⁶

3. Solidarität und Leitfiguren

In Anbetracht der weltweiten und weiter andauernden Wirtschafts- und Finanzkrise taucht der Solidaritätsgedanke immer wieder auf. Der Starke soll dem Schwachen helfen. Breite Schultern sollen mehr tragen als schmale, alte, kleine, schutzbedürftige Personen. In Anbetracht der zahlreichen Ungleichheiten in Gesellschaft, Politik und Wirtschaft spricht man karikierend auch unter Bezugnahme auf die Arbeiten von Ralf Dahrendorf vom „Kostümfest der sozialen Ungleichheit“.⁷

Gesellschaftliche und staatliche Leitfiguren setzen sich traditionsgemäß mit den Werte-Fragen und dem Werte-Wandel auseinander. Die Bundespräsidenten haben häufig nachgedacht, aufgerufen und „wach zu rütteln“ versucht. Die „Berliner Ruckrede“ von Alt-Bundespräsident R. Herzog ist zu erfassen. Alt-Bundespräsident J. Rau hebt Werte hervor wie Vertrauen und Verantwortung. Beides tritt miteinander in streitbaren und fruchtbaren Austausch. Eine auch die Wirtschaft nachhaltig lähmende Vertrauenskrise ist schnell ausgemacht. Ständige Aufrufe und Appelle sind notwendig und wichtig. Der wirtschafts- und bankenerfahrene Bundespräsident Köhler hat entsprechende Akzente gesetzt und tritt als „Mahner“ und „Motor“ der Gesellschaft und ihrer Grundwerte ganz wie seine Vorgänger engagiert ein. „Ganz Deutschland muss erneuert werden. Opferbereitschaft und langer Atem sind dazu vonnöten“ fordert er mahnend am Tag der deutschen Einheit am 3. 10. 2004. Es bedarf der Anstrengung, mit der sich rasant verändernden Welt Schritt zu halten. Dabei darf die Gerechtigkeit den Minderheiten, Verfolgten, (sozial) Schwächeren gegenüber Schutz, Beistand und Ausgleich zu gewähren, nicht vernachlässigt werden; das Werte-schaffende und -erhaltende Deutschland im Rahmen seiner Staatengemeinschaft gebietet die Ausformung dieser Schutzkomponenten, so ausdrücklich auch Bundespräsident Köhler. Er bekräftigt dies in seiner bewegenden Trauerrede im Rahmen des Staatsakts zum Attentat/Anschlag von Winnenden am 21. 3. 2009. Jeder muss sich selbst fragen: „Tue ich genug?“ „Wie kann ich durch bewusstes Hinschauen Lebenssinn schaffen, Gefahren erkennen und verantwortlich handeln und helfen?“ Eindringlich fordert in diesem Sinn Ulrich Wickert in Wort und Schrift seine Mitmenschen auf⁸ „Jeder kann etwas verändern. Er muss es nur wollen und – endlich – damit beginnen.“ Von Obama über Deutsche Bank-Manager Josef Ackermann bis zu jedem einzelnen Mitmenschen, besinnt man sich auf zu befolgende Regeln und die dahinterstehenden, akzeptierten Grundüberzeugungen, die wesentlichen Werte.

www.gut-netzwerk.de

III. Werthaltige Unternehmensführung

1. Moral macht's!

Eine thesehafte Behauptung steht am Anfang dieses Kapitels: Eine werthaltige Unternehmensführung kann erfolgreich sein. Pointiert zugespitzt: „Moral macht Manager erfolgreich!“ Bekanntlich bezeichnet Moral die Gesamtheit der Regeln, die in einer Gesellschaft akzeptiert sind und festlegen, was richtig und geboten, was falsch und verboten, was gut und böse ist. So bildet Moral die große Grundlage einer jeden Gesellschaft. Sie ist – neben dem Recht – der wichtigste Komplex sozialer Normen, der menschliches Zusammenleben regelt und ordnet.⁹ Aktuell agieren mehrere Manager in den Kategorien zwischen Recht und Moral. So wollen immer mehr geschasste Banker ihr Gehalt nebst Boni und Tantiemen einklagen.¹⁰ Wenn sie ihr Verhalten an den aktuellen Anforderungen der Gesellschaft ausrichten, ihre formalen Rechts- und Vertragspositionen überprüfen, mögen sie zu einer anderen Einschätzung gelangen. In abgewandelter Form lautet die These: Moral macht das Meinungsbild, macht den Unterschied aus!

2. Moralisches und gutes Wirtschaften

Moralisches und gutes Wirtschaften darf eingangs nicht mit Barmherzigkeit und Altruismus gleichgesetzt werden. Das Gewinnstreben des Unternehmers und Managers kann, darf und soll im Vordergrund seiner Aktivitäten stehen. Die Wirtschaft ist um des Menschen Willen da – nicht umgekehrt, so lautet das hoch aktuelle Leitmotiv der katholischen Soziallehre.¹¹ Auf einer weiteren Ebene gerät das soziale Verhalten von Unternehmen in das Blickfeld. Modern spricht man von „Corporate Social Responsibility“ = „CSR“ und fasst darunter sozial gewolltes Unternehmensengagement, z. B. die Einrichtung von Kinderstätten und Schulen. Auch das private Verhalten eines Managers gerät zunehmend in das Visier der Öffentlichkeit. Aus einer – vermeintlichen – „Vorbildfunktion“ muss vor allem ein „Top-Manager“ auch im privaten Bereich „Top-Leistungen“ bringen und den moralischen Anforderungen der (Mehrheits) Gesellschaft genügen.

Mit Blickrichtung auf die Marktwirtschaft gilt: Durch die „Krise“ geht sie geläutert, gereinigt hervor: Als „Soziale Marktwirtschaft“ oder als „Rheinischer Kapitalismus“ beruht sie auf Konsens, Solidarität und Nachhaltigkeit ausgerichtete Form des Wirtschaftens. Sie stellt ein – weltweit – praktikables Rahmensystem dar, in welchem der einzelne Wirtschaftsführer als Vorbild mit persönlicher Moral gut und erfolgreich wirtschaftet, das Unternehmen praktiziert erfolgreich, medien- und werbewirksam sowie imagefördernd gute „CSR“¹². Tugend und System sowie Institutionen sind vonnöten.

3. Der „ordentliche Kaufmann“ als Wertmaßstab

Das Verhalten des Managers lässt sich an den – althergebrachten – Grundsätzen des „ehrbaren Kaufmanns“ festmachen. Sein tatsächliches Verhalten wird an einem flexiblen Sollensmaßstab ausgerichtet, welcher als unbestimmter Rechtsbegriff auslegungsfähig und -bedürftig ist. So bestimmt § 347 Abs. 1 HGB hinsichtlich der Sorgfaltspflicht des Kaufmanns, dass dieser für „die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen“ hat. Die dem Wandel unterliegenden Wertvorstellungen einer (Kaufmanns)Gesellschaft können bei diesem Terminus ein-

5) Karl Kardinal Lehmann, in: Glaube und Leben 2009, S. 109.

6) Reinhard Marx, Mehr Glaube, weniger Verbote, in: Die Welt vom 9. 4. 2009, S. 3.

7) Vgl. etwa Ralf Dahrendorfs Theorie der (sozialen) Schlichtung, dazu A. Kieserling, in: FAZ vom 29. 4. 2009, S. N 3.

8) Ulrich Wickert, Helden und Heilige, Vortrag in Bielefeld am 30. 4. 2009, in: Neue Westfälische vom 1./2. 5. 2009.

9) Hoerster, Recht und Moral, Stuttgart 1998, S. 5; Rùthers, Rechtstheorie, 2. Aufl., München 2005, S. 96, 97 ff; Joachim, Wichtige Werte im Wertewandel, S. 3.

10) „Zwischen Recht und Moral“, in: Handelsblatt vom 30. 3. 2009, S. 26.

11) So neuerdings Reinhard Marx, in: Die Welt vom 9. 4. 2009, S. 3.

12) Reinhard Marx, aaO; zur Corporate Social Responsibility aktuell Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 9. 6. 2009, Beilage „CSR“.

fließen. Sie speisen sich u. a. aus Glaubwürdigkeit, Vertrauen, Verantwortung, Verantwortungsbewusstsein, Nachhaltigkeit und nachvollziehbarem Denken und Handeln.

Begriff und Begriffsinhalte des ordentlichen bzw. ehrbaren Kaufmanns lassen sich bis in das Mittelalter zurückverfolgen. Im Blick- und Brennpunkt steht stets das „wahre“ und „ehrlische“ Verhalten. Der Kaufmann wird als „Idealtypus“ seiner Gemeinschaft (hoch)stilisiert als der Wahre und ehrliche Kaufmann.

Vorliegend erscheint der „ordentliche Kaufmann“ bewusst als ein „Idealtypus“. Dabei steht nicht – stets – der Mann im Vordergrund. Vielleicht sind Frauen die „besseren Politik- und Wirtschaftslenker“? Nicht nur als Bundeskanzlerin (Deutschland), Staatspräsidentin (Argentinien, Chile), sondern auch in der Wirtschaft arbeiten sie erfolgreich. Vielleicht hätten mehr Frauen in Spitzenpositionen nicht zu der weiter um sich greifenden Finanz- und Wirtschaftskrise geführt. Der Ruf erschallt nach der stärkeren Besetzung von Vorstands- und Aufsichtsratspositionen mit Frauen. Ihnen kann und sollte man(n) stärker vertrauen!

4. Wahrheit, Sprache und Lüge

Was ist Wahrheit? Damit befassen sich die Menschen seit Jahrtausenden. Pontius Pilatus wirft diese Frage auf im Rahmen der Ostergeschichte des Johannes Evangeliums. Seit Thomas von Aquin begreift man Wahrheit als Übereinstimmung der Sache mit dem Verstand. Die Wahrheit muss sich auf die konkrete Realität beziehen. So kann es Ausnahme- bzw. Notlagen geben. Die „radikale Wahrheit“ kann Wunden schlagen. Ein kaukasisches Sprichwort lautet treffend: „Wer Wahrheit spricht, sollte sein Pferd gesattelt lassen!“ Nicola Macchiavelli hat bereits 1532 den Erfolg an den Grundsätzen von Treu und Glauben, an einem Vorbehalt festgemacht. Wenn man mit der Wahrheit konsequent Ernst macht, kommt man übel davon.

Als Begriff stammt „wahr“ inhaltlich aus der römischen Jurisprudenz. Dabei geht es um das Ideal, das anzustrebende Ziel der Wahrheit als Richtigkeit einer rechtserheblichen Tatsache.¹³ Die Basis dafür bildet eine – hoffentlich – klare und verständliche (Gesetzes-, Rechts-) Sprache. Denn, wie der Jurist, Rechtsphilosoph und Politiker treffend ausführt: „Restlose Klarheit“ ist zugleich Schönheit und dient der Wahrheit, will man hinzufügen!¹⁴

Gelingende Gedanken, über-ragende Überlegungen gründen sich auf eine an-sprechende Sprache. Seit Ludwig Wittgenstein weiß man: Die Grenzen meiner Sprache sind die Grenzen meiner Welt! Schaffen wir also durch klare, einfache, verständliche Formulierungen die Basis und zugleich deutliche Differenzierung zwischen Wahrheit, Dichtung und Lüge.

Der Überlieferung zufolge differenziert Adenauer zwischen drei Formen der Wahrheit: Der einfachen, der lautereren und der reinen Wahrheit. Fall-, interessen- und situationsbezogen mag es verschiedene Ausprägungen der Wahrheit geben. Sie erscheint relativ zu sein. Politiker und Wirtschaftsführer scheinen des Öfteren Probleme mit den Ausformungen der Wahrheit zu haben. Häufig ist die Wahrheit gegenüber der Öffentlichkeit und den Medien darzustellen und zu vertreten. Die gegenwärtige Weltwirtschafts-, -finanz- und Wertekrise stellt kaum zu erfüllende (Heraus)Forderungen an die (jeweilige) Wahrheit. So formuliert treffend Helmut Markwort¹⁵: „Wer Rettung verspricht, obwohl er sie selbst nicht kennt, kann der Krisengewinnler werden. Wer die Fakten auf den Tisch legt, riskiert den Volkszorn. Deswegen wird vernebelt statt aufgeklärt, wird getäuscht statt informiert. Deshalb empfinden Politiker die Wahrheit als Falle.“

Politiker und Manager sagen zu sich selbst: Man muss die Krise nicht ganz verstehen, um Beiträge für deren Lösung zu bieten! So agieren sie, motiviert von ihrem Auftrag und ihren Interessen. Verschiedene „Wahrheitsvarianten“ mögen dabei hilfreich hinzukommen.

Das Pendant zur Wahrheit ist die Lüge. Laut Augustinus zerstört sie das, was die Gemeinschaft zusammenhält, und zwar das Vertrauen. Bereits Thomas von Aquin lässt unter gewissen Umständen ausnahmsweise die „Not-Lüge“ zu. Auch das „Weglassen“, das „Nicht alles sagen“ kann eine – in Ausnahmefällen – zulässige „Lüge“ darstellen, es sei denn, es besteht eine Aufklärungspflicht, etwa die über jedwede (Innen)Provision bei Kapitalanlagen, welche eine Bankenhaftung bei Aufklärungspflichtverletzung nach sich ziehen können.

Wie gelangt man zur Wahrheit? Manchmal muss man sich verstellen, gar verkleiden, um sie heraus zu finden. Bekanntlich liegen Dichtung und Wahrheit dicht beieinander. Der „Schauspieler“ kann dem Volk den Spiegel vorhalten und die Wahrheit reklamieren. Der Journalist bringt sich ein als „Ein- und Aufmischer“, um in Form des „investigativen Journalismus“ der Wahrheitsfindung zu dienen. Vor Gericht ist auch die Jurisprudenz zur Wahrheitsfindung verpflichtet.

Oft wird von Managern, Wirtschaftsführern und Politikern eine „eigene, relative Wahrheit“ geprägt. Es entsteht ein Mythos. Hierbei handelt es sich um eine „Halb-Wahrheit“, um eine Geschichte, die man allzu gerne glauben möchte. Sie dient u. a. dem Machterhalt. Die Menschen glauben dem Mythos, sie leben mit ihm. Christian Graf von Krockow spricht kenntnisreich und kritisch von deutschen Mythen. Sie verheißen Enthusiasmus und liefern Sinnbilder, durch die sich Nationen selbst verstehen, definieren und einen.¹⁶ Derzeit nähert und verfestigt sich der Mythos von der 2000jährigen Wiederkehr der Varus- bzw. Hermannschlacht und der Schaffung der Grundlagen Germaniens, der Mythos vom „Urknall der deutschen Geschichte“.¹⁷ Ein weiterer Mythos fasziniert die Gemüter: Krupp, Mythos und Wahrheit, Dichtung und Klarheit einer deutschen Familie. Das nahtlos geschmiedete Eisenbahnrad, die Waffenschmiede, „hart wie Kruppstahl“ – Segen und Qual, Glück und Unglück sowie Pflichterfüllung als „Kruppianer“.

5. Vertrauen und Respekt als Grundpfeiler

Vertrauen stellt eine wesentliche Bedingung für erfolgreiches Wirtschaften und für nachhaltiges Wirtschaftswachstum dar. Die gegenwärtige weltweite Wirtschafts- und Finanzkrise äußert sich im Wesentlichen als Krise mangelnden Vertrauens. Vorhandenes Vertrauen senkt die Transaktionskosten.

Vertrauen entsteht durch mit- und ausgelebtes, gewünschtes Sozialverhalten. Die dokumentierte Trinkfestigkeit mag Kameradschaften, Karriere und Geschäftskontakte sowie -kontrakte fördern, wenn nicht gar zustande bringen.

Nachhaltigkeit und Verlässlichkeit können Vertrauen begründen. Frauen in Führungspositionen können zur Vertrauensbildung beitragen.

Respekt ist ein weiterer wichtiger Bestandteil des menschlichen Verhaltens, vor allem dem Mitmenschen gegenüber. Respekt sollte nicht nur als Kind gegenüber den Eltern, als Schüler gegenüber den Lehrern gezeigt werden. Man sollte auch Respekt dem Alter, dem Erreichten, der Lebensleistung eines Arbeiters und Unternehmers zollen. Keine lebenslange Lebenspartnerschaft kann ohne Respekt funktionieren. Respekt und Vertrauen gehören zusammen und bilden die Grundlage für ein „werthaltiges Lebenskonzept“.

13) W. Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Politik, Frankfurt a.M. 2000, S. 211.

14) Theo Stemmler, So heiter können Gesetze sein, in: Die Welt vom 9. 4. 2009, S. 7

15) Helmut Markwort, Angela Merkel und die Opel-Falle, in: Focus Nr. 15 vom 6. 4. 2009, S. 3.

16) Christian Graf von Krockow, Von deutschen Mythen, Stuttgart 1995, S. 71 ff und 141 ff.

17) „Mythos eines Nationalhelden“, in: Neue Westfälische vom 29. 12. 2008. Dazu das aktuelle Theaterstück „Hermannsschlacht“ von Heinrich von Kleist z. B. im Bielefelder Theater am Alten Markt, bis März 2009; J. Buchmann, Hermannsverfinsterung, Bielefeld 2008, S. 1 ff als örtliche „Sozial-Satire“.

Auf den Punkt gebracht lautet die (zugegeben flapsige) Formel: „Richtiger Respekt schmeckt, wie knuspriges Konfekt!“

6. Gegen Gier

Immer wieder sind im Managerverhalten Auswüchse zu beobachten, welche vom Verhalten Einzelner zu verallgemeinernden Schlussfolgerungen zur gesamten Wirtschaftsführergemeinschaft verleiten. Maßlosigkeit und Gier prägen des Öfteren die Schlagzeilen. „Gierige Geldsäcke“ titulierte Bundesfinanzminister Steinbrück die Dresdner-Bank-Vorstände, die 2008 Gehälter von rund 58 Mio. Euro kassierten, obwohl die Bank erhebliche Verluste auswies.¹⁸ Erich Fromm zufolge erweist sich Gier als Ergebnis innerer Leere. „Von Ackermann bis Zumwinkel, d.h. von A bis Z“ kommen die Wirtschaftslenker immer mehr in „negative Schlagzeilen“. Maßlose Managergehälter auf der einen Seite, Entlassungen auf der anderen Seite, etwa um den Aktienkurs zu steigern oder bei einem Kapitaldelikt eines Lebensmittelmitarbeiters von 1,30 Euro, um ein „nachhaltiges Exempel“ zu statuieren: „Null-Toleranz“ bei Diebstahl und Unterschlagung im Betrieb!

Gefragt ist als Verhaltens- und Beurteilungsmaßstab mehr denn je der „ehrbare“ bzw. der „ordentliche Kaufmann“. Wie verhält er sich in einer vergleichbaren Situation?

Es gibt konkrete, werthaltige Verhaltensweisen, gleichsam „Gegengifte gegen Gier“. So ist der „weltweit agierenden und vagabundierenden Zockergemeinde“ der geldgierigen Kapitalisten, „Banker als Gangster bzw. Bankster“ die Selbstlosigkeit der Mächtigen entgegen zu stellen.

Nicht generalisierend, aber umso demaskierender bemerkt Ulrich Wickert: „Gauner muss man Gauner nennen“¹⁹ – egal, in welcher Branche sie umherrennen! Lobend zu nennen sind kapitalistische Initiativen zur „Rettung bzw. Verbesserung“ der Welt, etwa die Gründung und das erfolgreiche Betreiben von Stiftungen. Neben den namhaften, weltweit handelnden Stiftungen etwa von Bill Gates, Warren Buffet, George Soros und der deutschen Bertelsmann, Bosch und Krupp Stiftungen sind tausende von engagierten Stiftern hervor zu heben. Als jüngstes Beispiel sei die Goldbeck Stiftung anlässlich des 70. Geburtstags des Unternehmensgründers und Seniorchefs Ortwin Goldbeck angeführt. Die hiermit verbundene – finanzielle – Selbstlosigkeit der Mächtigen kommt durch nachhaltiges gesellschaftliches Engagement zum Ausdruck, etwa in den sozialen, kirchlichen, kulturellen Bereichen. Die Unterstützung der Bildung wird besonders betont.

Einer pauschalen Verunglimpfung der Leistungsträger einer Gesellschaft ist entgegenzutreten. In Deutschland existiert eine fatale Neigung, die Gewinner, die Starken, diejenigen, die etwas erreicht haben, zu verteufeln. Ein tiefgreifendes Ressentiment gegen Erfolg ist spürbar. Die Erfolgreichen dürfen nicht unisono an den gesellschaftlichen Pranger gestellt werden. Die Vorbildfunktion ist anzuerkennen und zu betonen. Leistung darf, soll und muss sich lohnen!

7. Beispielhafte Verhaltensweisen des „ordentlichen Kaufmanns“

Beispielsweise beachtet der „ordentliche Kaufmann“ das Verbot von Kinderarbeit und lässt in einer langfristigen Lieferbeziehung den Lieferanten als seinen Vertragspartner „leben“, ohne ihn aufgrund maßloser Konditionen zu „erdrücken“.

Die Tugend der Klugheit gebietet zudem, die berechtigten Interessen des (Vertrags)Partners angemessen zu berücksichtigen. Das Gegenteil mündet in Maßlosigkeit, einer der geächteten „Todsünden“.

Bei Gehaltsvereinbarungen und -festlegungen beachtet der „ordentliche Manager“ das Prinzip der Transparenz. Verdeckte Interessen bleiben unberücksichtigt. Diese Vorgehensweise fordert etwa der Deutsche „Code of Corporate Governance“.

Bei der Entlassung von Mitarbeitern ist z. B. im Rahmen der Kündigung nach § 1 KSchG bei der betriebsbedingten Kündigung das rechte Maß nach Art, Zweck und Ausmaß der anstehenden Maßnahmen zu beachten.

Korruptionszahlungen im Ausland wurden noch bis 1999 nach deutschem Steuerrecht als „nützliche Aufwendungen“ erachtet und als Betriebsausgabenabzug grundsätzlich zugelassen.

Ökonomisch geplanter Erfolg kann bei Entfaltung von gesellschaftlichem „Druck“ schnell in sein Gegenteil gekehrt werden und zu einschneidendem Misserfolg führen. Die angekündigte Versenkung der ausgemusterten Bohrinselfabrik „Brent Spar“ und der dagegen von der Öffentlichkeit entfaltete Druck bis hin zur fühlbaren Boykottierung an den Zapfsäulen veranlassten das Mineralölunternehmen dazu, die geplante „Verschrottung auf offener See“ zurückzunehmen.

8. Argumentativer Diskurs von Moral

Eine Vorgehensweise nach Argumenten in Form eines offenen Diskurses, der Abwägung von Für und Wider ist zugrunde zu legen. Anlehnend an die Diskursethik von Jürgen Habermas sind die Folgen sowie die Folgenüberlegungen des Tuns und/oder Unterlassens in einem „offenen Diskurs“ als gedachter Diskussionsprozess mit allen gesellschaftlich relevanten Gruppen zu erfassen.²⁰ Es ist ein „Saldo“ zu bilden. Grundwerte sind zu erfassen, Ausprägungen des ehrbaren bzw. ordentlichen Kaufmanns/Wirtschaftslenkers heranzuziehen, brauchbare (Praxis)Beispiele zu benennen. Diesen Kaufmann als Idealtypus prägt sein subjektives Moralbewusstsein, sein Ethos. Unternehmen versuchen im Vorfeld, gleichsam „antezipierend“, d.h. vorwegnehmend ihr maßgebendes Moralbewusstsein zu fixieren und in Form von Visionen, Missionen und Leitsätzen zu dokumentieren. So formulieren sie – in einer Art von beschreibender Ethik – Normen, welche für alle Wirtschaftsteilnehmer, für Führungskräfte, Mitarbeiter, Kunden und sonstige Dritte gelten sollen. In einem fortwährenden Prozess werden diese Grundsätze ständig erprobt, überarbeitet und angepasst sowie erweitert. Dieser moralische Diskurs bildet einen dynamischen, dauerhaften Prozess.

Die Gesellschaft benötigt eine tragfähige Grundlage, ein „moralisches Grundgerüst“. Dabei garantiert der Staat nur ein „ethisches Minimum“, also eine Rechtsordnung, welche auch sanktionsbewehrt ist, insbesondere mit dem Straf- und dem Ordnungswidrigkeitenrecht. Neben diesem „ethischen Minimum“ suchen die Menschen in jeder Gesellschaftsform nach einer Art oder aktuellen Ausprägung einer moralischen Verfassung. Dabei gelangen sie zu ethischen Grundhaltungen, welche der Staat selbst nicht herstellen, geschweige denn garantieren kann, von denen er jedoch auf Dauer „(über)lebt“! wie eingangs betont: Der Staat braucht eine Basis, geht von Voraussetzungen aus, welche er selbst nicht dauerhaft garantieren kann – wenn es „hart auf hart“ kommt.

Wiederholt stößt man auf jahrhundertealte Kardinaltugenden und gelebte Grundwerte. Man muss das Rad nicht stets neu erfinden und mit „modernen Anglizismen“ sprachtechnisch aus- und aufrüsten, um ein überzeugendes Wertesystem vorzulegen und sodann vorzuleben.

Die Rückbesinnung auf althergebrachte Werte und Tugenden gilt in der Gegenwart mehr denn je. Die verschiedenen Erscheinungsformen der Krise greifen auf den verschiedenen Ebenen, von der Finanz-, über die Wirtschaftskrise, in weltweiter

18) Wirtschaftswoche vom 25.5.2009, S.54, 55; Handelsblatt vom 30.3.2009, S.26 und vom 31.3.2009, S.9. Aus Sicht der katholischen Kirche Reinhard Marx, in: Die Welt vom 9.4.2009, S.3. Aktuell: „Die Rechnung, bitte“ – Der Spesenskandal trifft Großbritannien ins Mark, in: Financial Times Deutschland vom 18.5.2009, S.23.

19) Ulrich Wickert, Gauner muss man Gauner nennen, aktuell und prägnant in seinem Vortrag in Bielefeld am 30.4.2009, dazu Neue Westfälische vom 1./2.5.2009.

20) J. Habermas, Der offene Diskurs, Frankfurt a.M. 1978, S.1, 10 ff.

Ausprägung, von der Gesellschaft, den verschiedenen Gruppen, bis hin zum Individuum. Der „Lahme“ und die „gelähmte Gesellschaft“ – alle sind betroffen und angesprochen!

Allerdings gilt auch: Zu viel Fürsorge schafft viel Sorge! Das Maß darf sich nicht in das Übermaß verkehren. Erwähnt sei das prägende Beispiel des Umweltschutzes, welches ein jeder zunächst als positiv besetzt ansieht. Die Gefahr der Hybris besteht in folgender Paradoxie: Wir wollen dem Umweltschutz dienen, indem wir „Abwrackprämien“ zur Verschrottung von alten Kraftfahrzeugen gewähren, um der lahrenden Autoindustrie beim Absatz neuer Produkte zu helfen. Diesen Widerspruch kann man nur dadurch halbwegs abbauen, indem man auf konsequent und nachweislich umweltfreundliche Fahrzeuge setzt.

Der dauerhafte Dialog und offene Diskurs kann zur Information, Aufklärung und Überzeugungsbildung beitragen. So können Werte geschaffen und angepasst werden.

9. Woher kommen die Werte?

Werte entstehen durch Überzeugungsbildung, durch vorgelebte, überlieferte und bewährte Verhaltensweisen. Es muss gesellschaftliche Strukturen geben, in denen sich Werte, Grundüberzeugungen herausbilden können und als allen, zumindest der Mehrheit als anerkannte Muster akzeptiert werden. Zu den Strukturen gehören traditionell die Klein- und Groß-Familien, Schulen, Freunde, Bekannte, Kirchen, gesellschaftliche Institutionen und sonstige Einrichtungen. Die Sozialisierung ist dabei ein wichtiger, langwieriger Prozess.

Der Einzelne und die einzelne Einrichtung mögen als „Werteschafter“ und „-vermittler“ dauernd gefordert, zugleich auch ständig überfordert sein. Diese Zusammenhänge müssen ständig verdeutlicht und diskutiert, manchmal auch in Frage gestellt werden.

Werte entstehen auf der Grundlage von funktionierender Strukturierung. So funktioniert das zu befördernde Gruppenwohl nur, wenn die Gemeinschaft ihrerseits funktioniert. Daran anschließend ist die Staatengemeinschaft gefordert, wie etwa derzeit die G20-Gruppe der weltweit führenden und nach vorne rückenden Nationen und Institutionen. Üben sich früher Staaten und einzelne Menschen in Enthaltensamkeit, sind heute Entschlossenheit und Engagement gefragt. Dabei muss jeder einzelne wie jeder Staat zunächst „vor seiner eigenen Haustür kehren“. Erst danach kann er/sie das Allgemeinwohl vermehren.

10. Wer schafft Werte?

Eine alles abdeckende, allgemeingültige Antwort lässt sich kaum abgeben. Die Wirtschaft selbst ist ein tagtägliches, hektisches Abbild. Sie selbst schafft keine (kaum) Werte. „Die“ Kirche kann wesentliche Teilaspekte liefern, etwa basierend auf den 10 Geboten, dem Glaubensbekenntnis, der „gelebten und erlebten, glaubensbasierten Alltagstauglichkeit“. Parteien und politische Institutionen wollen und nehmen am gesellschaftlichen Meinungsbildungsprozess teil und übernehmen Regierungs- und Staatsverantwortung. In den Partei- und Wahlprogrammen finden sich zahlreiche Aussagen zu Werten, Grundüberzeugungen und Programmaussagen, bis hin zu Ankündigungen und Versprechungen.

Kann eine einzelne Person Werte schaffen? Anzuknüpfen ist an ihre „Vorbildfunktion“, vielleicht gepaart mit Ausstrahlung, Überzeugungskraft, bis hin zum „Charisma“.

Zwei persönliche, polarisierende Beispiele werden illustrierend angeführt.

Zum einen ist Hartmut Mehdorn zu nennen. Der „Bulldozer und Bahnchef“ wartet nach 10jähriger Bahn-Vorstandsvorsitzender-Tätigkeit mit überaus positiven Wirtschaftsdaten auf. Er hat das Unternehmen Deutsche Bahn wirtschaftlich auf die „ICE-Spur“ und voran gebracht. Menschlich und vor allem moralisch steht er im Kreuzfeuer der Kritik. Um „weiteren Schaden von der Bahn abzuwenden“, tritt er trotz (wirtschaftlichen) Erfolgs zurück. Warum? Welche Werte waren für ihn „verkehrte Werte“? Die moralische Dimension der Mitarbeiterüberwachung – manche sprechen von „Ausspähung“, hat er nie erfasst, vielleicht nie begriffen (begreifen wollen). Offensichtlich fehlt ihm die „Werte-relevante Sensibilität“ in einem (noch?) Staats-Unternehmen. Aus diesem Grund bot er seinen Rücktritt an und musste gehen, auch wenn er zum Abschied Rekordzahlen für das Geschäftsjahr 2008 präsentierte.²¹ Die „Werte-sensible“ bzw. „Werte-kritische“ Haltung von Hartmut Mehdorn zeigt sich des Weiteren in der Diskussion um seine Vertragsbeendigung, die im Raum stehenden Vertragserfüllungsansprüche, Abfindungen, fixe und variable Gehaltszahlungen. Einflussreiche Stimmen aus Politik und Wirtschaft fordern „besonnenes Verhalten“ und „Mäßigung“ – trotz oder gerade in Anbetracht einer – vermeintlich – eindeutigen Rechtsposition.²²

Zum Anderen ist das weltweit beachtete „Politische Profil“ von U.S.Präsident Obama als positives Beispiel hervorzuheben. Derzeit erscheint Präsident Obama vielen als „Werte-Schafter“, als charismatischer Prediger, vielleicht sogar als „Heilsbringer“. Im Ausland tritt er verstärkt auf als „freundlicher, freundschaftlicher Freund“ und Respekt entgegen bringender Repräsentant einer demokratischen Großmacht. Die Gefahr der Überfrachtung und Überforderung liegt auf der Hand. Gleichwohl, er reicht vielen Menschen, Staatslenkern, Verbündeten und Gegnern gerade diese Hand, um in seinen „Werte-Dialog“ einzutreten. „Creating (new) values“ lautet eine Facette seines Mottos zum „Aufbruch“. Dieser Diskurs ist bisher überwiegend von Zuhören sowie von Vertrauen und Respekt getragen.

IV. Aufruf: Zurück zu Tugend und Moral

1. Moral – keine „Qual“

Zu den Grundwerten gehören seit langem persönliche Eigenschaften wie Tugend und Moral. Nur wer keine kennt und hat, hat früher oder später die „Qual“. Jeder einzelne muss sich angesprochen und herausgefordert fühlen. In Familie, Beruf, sozialem Umfeld (z. B. Verein, Partei, Bürgerinitiative, Stiftung) soll er seine für wichtig und richtig erkannten Werte vor-, ausleben und „beispiel- bzw. vorbildgebend“ umsetzen. Das gilt umso mehr in Anbetracht der globalen Finanz-, Wirtschafts- und Wertekrise wie angesichts dramatischer Gewaltakte in unserer – vermeintlich – so zivilisierten Welt, etwa das Massaker von Winnenden und den drängenden Fragen des „Warum?“, „Wozu?“ und nach dem (Lebens-)Sinn!

2. Kern- bzw. Kardinal-Tugenden – Personifizierte Werte

Personifizierte Werte wiegen mehr denn je. In Zeiten der Weltwirtschafts- und Finanzkrise, Attentate, Anschläge und sonstigen Katastrophen geraten Vorbilder ins Wanken. Die Kardinal-Tugenden können persönliche Richtschnur und Handlungsanleitung abgeben. Sie bedeuten die Fähigkeit, sich gemäß den einzelnen Werten zu verhalten. Tugend ist die Gesinnung, die auf die Verwirklichung moralischer Werte ausgerichtet ist. Vor allem an die junge Bevölkerung gerichtet, lautet das Programm: Tugend für die Jugend. Die Jugend wird als „Bildungs-Bürger“ vornehmlich angesprochen. Tugendethik gewinnt zentrale Be-

21) Focus Nr. 15 vom 6. 4. 2009, S. 24, 25.

22) Handelsblatt vom 8. 4. 2009, S. 1.

Dokumentation,
Analyse, Entwicklung

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

deutung. Es zeigt sich, dass das Gehirn durch Tätigkeit, Nachahmung und (lebenslanges) Lernen programmiert wird. Tugenden kann man letztlich nicht nur theoretisch erlernen. In der Tugend erlangt man Tüchtigkeit durch das Tun. Liebenswerte Menschen müssen sich in liebenswerten Handlungen üben und äußern. Will ein Jugendlicher ein fleißiger Mensch werden, muss er sich im Fleiß üben und bewähren. Will er ein aufmerksamer Mensch sein, muss er sich in Aufmerksamkeit betätigen. Folgende Tugenden sind zu nennen:

- 1.) Tapferkeit
- 2.) Klugheit
- 3.) Gerechtigkeit und
- 4.) Bescheidenheit.

Zu 1.) Die Tapferkeit fordert, für seine gelebten Überzeugungen einzutreten und zu versuchen, diese in freier Meinungs- und Überzeugungsbildung durchzusetzen, etwa durch Wahlen („Qualen“)!

Zu 2.) Die Klugheit gebietet, das Erlebte, den Erfahrungsschatz „weiter zu geben“, etwa in Form der beispielhaft erwähnten Stiftungen.

Zu 3.) Die Gerechtigkeit begreift man als normativen Bezugspunkt einerseits und als personifizierten Wert andererseits. Sie tritt auf – seit Aristoteles in der Nikomachischen Ethik – in Form der austeilenden und ausgleichenden Gerechtigkeit (= iustitia distributiva et commutativa).²³ Die sozialstaatliche Gerechtigkeit richtet sich auf Existenzsicherung und Chancengleichheit der Bürger des Staates.²⁴ Neuerdings erscheint es fraglich, die Gleichheit immer und gegenüber jedem herbeizuführen. So entsteht ein Diskurs über die Ungleichheit.²⁵ Einer zu pauschalierter Form der Gleichmacherei, gleichsam einer „Gleichheitssucht“, ist nachdrücklich entgegenzutreten. Die Gerechtigkeit setzt sich als aktuelle Erscheinungsform durch in dem Leit(„Leid“)satz: „Suum cuique tribuere“ = „Jedem das Seine zuteilen“. Fraglich kann in jedem Einzelfall sein, was denn gerade für welche konkrete Person eben das „konkrete Seine“ ist!

Gerechtigkeit erfordert auch Solidarität, das Einstehen der Starken für die Schwachen. Die starken Schultern können und müssen mehr tragen als die schwachen Menschen – so oder ähnlich lautet die bekannte Losung der Sozialdemokratie; diese „Le(e)hrformel“, sie ist so aktuell wie nie!

Gerechtigkeit hat auch stets mit – nachvollziehbarer, akzeptabler – Grenzziehung zu tun. Derzeit steht der bereits spürbare und sich weiter abzeichnende Wohlstandsverzicht im Raum. Bis zu 20 % nehmen die Volkswirtschaften ab, und zwar weltweit betrachtet. Den verschiedenen Krisen und ihren Erscheinungsformen sind heilsame Handlungen zu entnehmen. Von einer „neuen Bescheidenheit“ ist die Rede. Weniger kann mitunter mehr sein! Die konsequent gesuchte und gefundene Entschleunigung kann zur „Wert-vollen“ Beschleunigung auf dem „Werte-Highway“ führen. Überzeugende Vorbilder sind gefragt.

Zu 4.) Der Wert der Bescheidenheit, ähnlich ausgedrückt des Maßhaltens, der Selbstbeschränkung ist aktueller denn je. Spitzenmanager und Banker wird Maßlosigkeit bei der Geltendmachung ihrer formal bestehenden Ansprüche auf Gehalt, Boni und Tantiemen vorgeworfen.²⁶ Bezug genommen wird auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Bescheidenheit ist zu verknüpfen mit Erscheinungsformen der Verhältnismäßigkeit.

Als einfaches, der Erläuterung dienendes Beispiel sei angeführt: Der durchzusetzende Anspruch muss im rechten Verhältnis zur Leistung stehen, eventuell auch zum verursachten Kapitalschaden der (Bank)Kunden. Hinzutritt das Kriterium der Angemessenheit. Bei der Beurteilung des Verhaltens geht es um Glaubwürdigkeit, Fairness und Transparenz, mithin auch um Nachvollziehbarkeit.²⁷ Gerade in den aktuellen Krisenzeiten müssen Manager ihr Verhalten auf Glaubwürdigkeit hin überprüfen lassen. Die Grundausrichtung nach Angemessenheit, nach Bescheidenheit, nach Zurückhaltung und wider die Gier stünde manchen – zugegeben – „Ausnahme-Managern“ gut im Visier!

Tatsächlich praktizierte und nachvollziehbare Selbstlosigkeit der Mächtigen erscheint zu Recht als „grundlegendes Gegen-gift gegen Gier“. Nicht von ungefähr hat sich der Preußen König Friedrich II., der Große, als den „ersten Diener seines Staates“ bezeichnet und begriffen. In der modernen Medienwelt erscheint die personifizierte Vorbildfunktion von Staats- und Wirtschaftslenker um ein Vielfaches ausgeprägter, zugleich vermehrbar, aber auch angreifbar, verletzbar und relativ schnell zerstörbar. Auf jeden Fall wirken prägende Vorbilder – von der britischen Queen bis zum u.s. amerikanischen Präsidenten – unüberseh- und unüberhörbar!

Denn: Gelebte Glaubwürdigkeit führt zu Vertrauen. Vertrauen entsteht nachhaltig nur, wenn Verantwortung getragen wird, wenn man für die Folgen seines Verhaltens einsteht. Darauf gründet der grundlegende Grundsatz:

„Vertrauen bauen – Verantwortung tragen – nur so kann man/Manager es erfolgreich wagen!“

3. „Sekundär-Tugenden“

In der aktuellen Diskussion betont u. a. Helmut Schmidt die Bedeutung der abgeleiteten Tugenden, der „Sekundär-Tugenden“. Zu dieser „Wiederentdeckung, gleichsam Renaissance der Tugenden“ zählen beispielhaft Ehrlichkeit, Transparenz, Rücksichtnahme, auch Pünktlichkeit, Rechtschaffenheit und Zuverlässigkeit. Man muss sich – wieder (?) – auf Politiker, Banker, Vermögensverwalter verlassen können, ohne – früher oder später – verlassen zu sein.

V. Ausblick: Der „moderne Mensch“ – Religiöse Tugenden als „anmachende Anker“

Die erwähnten vier Grundtugenden stellen nur die notwendige, nicht hingegen die hinreichende Bedingung für ein erfolgreiches Manager- und zugleich Menschenleben dar. Es bedarf der richtungsgebenden, sinnstiftenden Leitlinien.

Menschlich handhabbar und im Geschäftsalltag praktizierbar sind diese vier Grundeinstellungen auf Dauer nur, wenn die drei religiösen Tugenden hinzukommen, nämlich

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

Zweifelsohne handelt es sich um weitreichende Schlagworte. Sie können zugleich als „anmachende (Werte)Anker“ verstanden werden.

Zu 1.) Der Mensch sucht nach Glauben, vor allem nach Glaubensinhalten. Er sucht nach der Erleuchtung und findet seinen Glauben im Licht. So heißt es trefflich und wegweisend im Johannes-Evangelium, 12 Vers 36: „Wandelt, solange ihr das Licht habt, damit Euch die Finsternis nicht überfalle“.

Zu 2.) Die Liebe ist ein hoch komplexer Begriff, ein komplizierter Prozess, welcher nur annähernd mit biologischen, psychologischen, soziologischen und philosophischen Erkenntnissen zu beschreiben, vielleicht zu erklären, kaum jedoch gänzlich zu verstehen ist.²⁸

23) Norbert Horn, Einführung in die Rechtsphilosophie und juristische Methodenlehre, 3. Aufl., Karlsruhe 2007, S.1 und 100 ff.

24) W. Hoffmann-Riem, S. 217.

25) Norbert Bolz, Diskurs über die Ungleichheit, Berlin 2009; treffend A. Kieserling, Das Kostümfest der sozialen Ungleichheit, in: FAZ vom 29. 4. 2009, S.N 3.

26) Reinhard Marx, Die Welt, aaO.; Handelsblatt, aaO.

27) Ähnliche mit Werten verknüpfte Forderungen erhebt aktuell D. Messner, in: Handelsblatt vom 31. 3. 2009, S. 9 mit Blickrichtung auf den G20-Gipfel und den für die Globalisierung zu schaffenden institutionellen Rahmen: „Die Welt schützen und regieren“.

28) Dazu näher Richard David Precht, Liebe – Ein unordentliches Gefühl, München 2009 – ein wissenschaftliches Werk, ebenso wie ein menschlich und augenzwinkernd zu bewältigender „Parcours“ – ein dauerhafter Diskurs und Diskussionsprozess!

Zu 3.) Die Hoffnung – etwa auf ein besseres, erfülltes Leben, treibt den Menschen an und bewegt ihn voran. Er strebt nach seinem „Stück vom Glück“; er verfolgt den „pursuit of happiness.“²⁹

Dabei kann und sollte die – wohlverstandene – (Menschen)Liebe die allumfassende Klammer bilden. „Love conquers all“ – Die Liebe überwindet alle und alles. Der so ausgerichtete „Moderne Mensch“, der auf alte Werte und Tugenden zurückgreift, sollte sich in seinem täglichen Berufs- und Privatleben von dem auf Franz von Assisi zurückgehenden von R. Niebuhr formulierten „Serenity Prayer“ bestimmen und leiten lassen. Von Klugheit geleitet, kämpft er tapfer und Maß haltend (bescheiden) für seine Sache. Es lautet wie folgt:

Gib mir die GELASSENHEIT, die Dinge zu ertragen, die ich NICHT ändern kann.

Gib mir den MUT, die Dinge zu ÄNDERN, die ich ändern KANN.
Gib mir die WEISHEIT, beides voneinander zu UNTERSCHIEDEN.

Die Vernunft und Einsichtsfähigkeit bilden die Basis dieses auch in der aktuellen u.s. amerikanischen „Value-“ bzw. Werte-Diskussion³⁰ herangezogenen „popular prayers“:

*„Give me serenity to accept what cannot be changed,
the courage to change what should be changed,
and the wisdom to distinguish one from the other.“*

29) Joachim, Glücksgedanken in: Gewerbemiete und Teileigentum (GuT) 2008, S. 415, 423.

30) So etwa Dick de Vos, Rediscovering American Values, S. 82, 83 ff.

Dr. Mario H. Kraus, Berlin

Tut euch keinen Zwang an! Über den schwierigen Umgang mit „Kinderlärm“

Ein leidiges Thema

„Kinderlärm“ ist seit Jahren einer der hartnäckigen, immer wiederkehrenden mietrechtlichen Streitgegenstände und zunehmend ein Trendthema der Lokalpolitik. Die (regierungseteiligte) Berliner SPD will nun (mit CDU-Unterstützung) das Landesimmissionsschutzgesetz ändern, um Klagen aus Nachbar- und Anwohnerschaft gegen derartige Lärmbelastungen auszuschließen. So soll „Lärm von spielenden Kindern ... als sozial adäquate Lebensäußerung ... und zur Erhaltung kindgerechter Entwicklungsmöglichkeiten grundsätzlich zu tolerieren“ sein; man wolle nicht, „dass Kinderlärm mit Autolärm oder Pressluftdämmern gleichgesetzt wird“. Die Änderung wäre für Mieter(innen) und Eigentümer(innen) ebenso wie für Betreiber von Kindertagesstätten, Kinderläden, Bildungsstätten, Jugendfreizeiteinrichtungen sowie für Sportvereine und die örtliche (Klein-)Gastronomie bedeutsam. Vorgeblich geht es um die Bestandssicherung von Kinder- und Jugendeinrichtungen oder Spiel- und Bolzplätzen in Wohngebieten, doch erzeugt der vermeintliche Beitrag zu einer „kinderfreundlichen“ Gesellschaft umfangreiches Konfliktpotential.

Schreien und Spielgeräusche, Lachen und Weinen aus der Nachbarwohnung oder vom nahegelegenen Spielplatz sollten dank vieler Regelungen in Siedlungsgebieten keine größeren Störungen verursachen; verwiesen sei auf die TA Lärm, die Richtlinien VDI 2058/DIN 18005, Landesgesetze oder Gemeindefestsetzungen und natürlich die laufende Rechtsprechung. Doch die Sichtung von Urteilen der letzten Jahre offenbart, dass „klärende Gespräche“ und Gebote der „Rücksichtnahme“ ebenso wenig ausreichen wie geltende Normen und Musterurteile. Dabei wird im Einzelfall selten bestritten, dass (a) Kinder und Jugendliche einerseits ihre Freiräume gelegentlich geräuschvoll ausloten, (b) andererseits Lärm aber krank und somit Lärmschutz erforderlich macht und (c) auch die Einwohnerschaft im Umfeld der erwähnten Einrichtungen Anspruch auf eine ruhige Privatsphäre hat; zu oft ist all dies aber nicht vereinbar. Streitigkeiten strahlen aus dem Mietrecht/Bürgerlichen Recht ins Verwaltungsrecht, wenn es um die Geräuschkulissen regelmäßig (mitunter gewerblich) genutzter Einrichtungen geht. Bisher entschieden Gerichte zumeist „kinderfreundlich“, wobei einzelne gegensätzliche Entscheidungen nun der Lokalpolitik in einigen

Bundesländern lange gesuchte Vorlagen liefern; öffentliche Ämter (oder die Bewerbung darum) verpflichtet wohl um den Preis der Selbstbeschädigung zu vorbehaltloser „Kinderfreundlichkeit“. Doch es gibt Gründe für Kritik.

Keine Befriedung durch Klageverbot

Bisher gewährte die Judikative einer Bevölkerungsgruppe (hier: Kindern und Jugendlichen) in wiederholten Einzelfallentscheidungen Singular- oder Partikularprivilegien; nunmehr soll durch die Legislative ein grundsätzliches Generalprivileg verhängt werden. Dies zeigt (a) ein erhebliches Misstrauen gegenüber der Gerichtsbarkeit (zugunsten wahlkampftauglicher Selbstdarstellung), lässt (b) umfassenden und dringenden Handlungsbedarf vermuten (warum nicht ebenso bei „Hartz IV“?) und entzieht (c) offenkundig wichtige Streitgegenstände des täglichen Lebens ersatzlos einer Zuständigkeit der Gerichtsbarkeit. Doch wusste man bereits vor Jahrzehnten im östlichen Teil Deutschlands, dass Probleme nicht verschwinden, wenn man ihre rechtliche Behebung untersagt oder die von den Problemen Betroffenen abweist: Werden also künftig Lärmgeplagte von Hausverwaltungen, Behörden und Gerichten wiederholt abgewiesen, schwindet ihr Vertrauen in die Rechtsordnung; zu befürchten sind hauptsächlich drei Schädigungen, die unsere „Krise des Rechts“ (Fachbegriff!) vertiefen:

(1.) Rechtshürden bewirken in Zwangslagen entweder Ausweichhandeln, oder die staatliche Zuständigkeit wird durch Konflikteskalation herbeigeführt: Ist Lärm nicht zu bemängeln, werden Lärmopfer den Eltern der lärmenden Kinder oder den Betreibern einschlägiger Einrichtungen andere Verstöße nachzuweisen versuchen – Streit macht erfinderisch. Hausverwaltungen und Eigentümergemeinschaften werden auch nicht entlastet, sondern haben zusätzlichen Leidensdruck aufzufangen (ohne zu wissen, wie!); Polizei und Ordnungsämter müssen noch mehr Schlichtungsarbeit leisten als bisher (bereits jetzt in Ballungsräumen etwa die Hälfte des polizeilichen „Tagesgeschäfts“!)

(2.) Nachdem die Aufmerksamkeit für Fälle von Misshandlungen und Verwahrlosungen von Kindern in der Nachbarschaft

in den letzten Jahren nach zahlreichen Vorfällen gestiegen ist, wird sie aufgrund der Annahme wieder sinken, dass jetzt „alles erlaubt“ sei.

(3.) Der bestehende Anspruch von Lärmopfern auf erzieherisches elterliches Einwirken oder auch Lärmschutz wird durch die schon heute schwierige Beweislage geschwächt, da Kinder und Jugendliche oder Familienmitglieder kaum gegeneinander aussagen und es oft an verfahrensnotwendigen Zeugen mangelt. Lärm im öffentlichen Raum erzeugt regelmäßig Debatten über Angemessenheiten und Zumutbarkeiten des städtischen Zusammenlebens; und nicht zuletzt aus Furcht vor Rache halten Lärmbetroffene sich zurück, wenn Jugendgruppen beteiligt sind, die in behördlichem Einwirken Gründe zur „Gegenwehr“ sehen könnten.

Weitere Zusammenhänge

Fassadendämmungen und Schallschutzfenster fördern die Hellhörigkeit vieler Mehrfamilienhäuser, wenn sie auch Außengeräusche ausschließen: Hier ist Kinderlärm ein heikles Thema, weil sich Eltern oftmals persönlich (und mitunter begründet) angegriffen fühlen. Daran wiederum scheitern Verständigungsversuche („Sie sind mit der Erziehung überfordert!“ – „Man merkt, Sie haben keine Kinder!“ – „Sie können Ihr Kind nicht machen lassen, was es will!“ – „Sie haben meine Kinder nicht zu beleidigen.“). Die zwangsläufig folgende Aufforderung, einfach woanders hinzuziehen, ist dann ähnlich sinnlos wie der Ruf nach Toleranz: Lärmopfer stören sich nicht an gelegentlichen Kindergeburtstagen und Sportfesten, sondern an den regelmäßigen und damit erwartbaren Belastungen, denen sie Tag für Tag (fast) wehrlos ausgesetzt sind. Sie beginnen ihr Leben mit Vermeidungshandlungen darauf einzurichten und einzuschränken, entwickeln Angstzustände und/oder Hassgefühle.

Lärmbelastungen des Wohnumfeldes werden gerade durch ihre Regelmäßigkeit besonders wahrgenommen (nicht nur zu üblichen Ruhezeiten); begleitende Verschmutzungen und Beschädigungen schwächen zusätzlich das Sicherheitsgefühl. Zudem gefährdet jeglicher Lärm die Gesundheit; in Berliner Wohngebieten sind Lärmbelastungen von 50-55 dB tagsüber zulässig, wobei Kinderlärm 80 dB erreichen kann: Derartige Lärmspitzen würden einem örtlichen Gewerbebetrieb schnell nachteilig angelastet. Wachsen die Belastungen der Menschen durch Wirtschaftslage und Zukunftsängste, Verschuldung und Einsamkeit, Krankheit und Überforderung, verstärken Zumutungen und Herabwürdigungen den Sozialstress der Privatsphären. Deshalb wirkt Streit im Wohnumfeld als Bedrohung des Rückzugsraums, ist damit folgerichtig wirksamer als anderer Streit. Es geht selten um das einzelne lärmende Kind, sondern um bedrohlich oder anmaßend auftretende Gruppen, um offene Rücksichtslosigkeit, um Provokationen in alltäglichen Generationenkonflikten und damit die einsetzende Konfliktdynamik, die durch ihre Breitenwirkung Gefahr bringt. Weltbilder und Wertvorstellungen, Geltungsbedürfnisse und Rechtsansprüche geraten aneinander. Städtisches Leben lässt Belastungen immer bis zu Schwellenwerten auflaufen, Kinderlärm wird so zum Auslöser aufgetauter Wut und Verbitterung; doch mit der Belastungsdauer steigt die Wahrscheinlichkeit von gegenseitigen Schikanen oder gar Gewalt.

Fehlsichten und Irrtümer

Sollen also künftig im Umkehrschluss zur Wahrung des verfassungsmäßigen Gleichbehandlungsgrundsatzes weitere Bevölkerungsgruppen bevorzugt oder noch mehr schützenswerte Lebensabschnittsausprägungen berücksichtigt werden? Zu prüfen wären überlaute Fernseher schwerhöriger Ruheständler(innen), Kreissäge- und Rasenmähexesse unserer Heimwerker und Kleingärtner, feuchtfröhlich-krawallige Geburtstagsfeiern von Enddreißigern und Mittfünfzigern oder andere Zeichen altersgruppenüblicher Lebensführung.

Doch im Ernst: Die Verfechter(innen) eines grundsätzlichen rechtlichen Freibriefs für die Beeinträchtigung von Mitmenschen gehen von falschen Voraussetzungen aus. Bestenfalls eine Geste ohne Verpflichtungen (wie das nicht einklagbare Recht

auf angemessenem Wohnraum in der Berliner Landesverfassung), schlimmstenfalls eine Ablenkung von zugrundeliegenden Problemen – es gibt außer einigen rechtsanhängigen Einzelfällen keine grundsätzliche Kinderfeindlichkeit in Deutschland; ebenso konnten die Demographiedebatten der letzten Jahre nicht erweisen, dass wir „zu wenig“ Kinder haben. Tatsächlich versucht unsere Gesellschaft schmerzhaft und langsam, einen Weg ins 21. Jahrhundert zu finden. Von den Umbrüchen ist jede Bevölkerungsgruppe betroffen (und damit auch vom Misstrauen oder den Anfeindungen der jeweils anderen Gruppen) – neben Kindern und Jugendlichen etwa Erwerbslose oder ältere Mitbürger, „Ausländer“ oder Schwule und Lesben. Veränderungen sind allerorts im Gange, ein Ende ist nicht abzusehen.

Bei Kindern und Jugendlichen sind Probleme aber öffentlichkeitswirksam und damit am deutlichsten: Es verlassen (a) Jahr für Jahr Zehntausende junger Menschen die Schule ohne Abschluss, es verschiebt sich (b) das Alter „tatsächlicher“ Volljährigkeit (mit eigenständiger Lebensführung und Erwerbstätigkeit) immer mehr in Richtung der Dreißig, und (c) gerade in Städten ist seit Jahren eine Zunahme der Devianz/Delinquenz von Kindern und Jugendlichen zu verzeichnen: nicht nur die bundesweit bekannt gewordenen schweren Übergriffe im öffentlichen Nahverkehr zeigen Bedarf an klaren Regeln (und deren Durchsetzung), nicht an Rückgriffen auf die wilden 70er. Bekannt ist die schwierige Lage vieler Elternhaushalte: Im Zeitraum Anfang 2007–Mitte 2008 wurde in Berlin bei seit Jahren steigenden Geburtenraten das Elterngeld in der Hälfte der Fälle zum Mindestsatz gewährt, während der Bedarf an staatlichen Hilfen zur Erziehung für überforderte Eltern stark anstieg; die Überschuldung vieler Haushalte in Ballungsräumen und die erschwerte Lebensplanung seien ferner erwähnt.

Fazit

Um in Zeiten eigenwilliger Freiheitsbegriffe („In meiner Wohnung kann ich machen, was ich will.“/„Ihr habt mir nichts zu sagen.“) die Schlagzeile „Kinder sind unsere Zukunft“ nicht zur Drohung werden zu lassen, brauchen Wohnungswirtschaft und Gewerbevermietung klare rechtliche Vorgaben: Scheuklappige Verbotsgläubigkeit oder Verdrängung fördern eher Kinderfeindlichkeit als Kinderfreundlichkeit; hohe Geburtenraten in mehrfachbelasteten Milieus bei schwindender gesellschaftlicher Einbettung und eingeschränkten Rechtsmitteln für Fälle besonders raumgreifender Lebensführung bewirken weitere Spaltungen von Siedlungsräumen. So wird „eigentlich“ fortschrittliches und nachhaltig gemeintes vermierterseitiges Werben um Familien mit Kindern zum Wettbewerbsnachteil, die Nähe von Wohnanlagen zu Schulen und Kindergärten zum Vermietungshindernis. Gerade Großstädte wie Berlin haben langjährig-leidvolle Erfahrungen mit der Gemengelage aus dem Niedergang ganzer Stadtteile bei Aufwertung anderer, den Mängeln des staatlichen Schulwesens (und daraus folgenden verstreuten Neugründungen kleiner Bildungs-/Betriebsstätten), der Benachteiligung von Jugendlichen aus Zuwandererfamilien und dem Umherschieben des Erziehungsauftrages zwischen Elternhaus, Schule und Behörden. All dies wirkt in mehrfacher Rückkopplung auf Stimmung, Zusammensetzung und Kaufkraft der Einzugsgebiete. Vorbehalte gegen Mitmenschen (und deren Kinder) sind Facetten der Überforderung und Reizüberflutung in der Massengesellschaft, verstärkt durch Wirtschaftslage und Konkurrenzkultur. Gesellschaftliche Probleme im Wohnumfeld zu leugnen, bringt keine Befriedung, und bedarfsgerechte Stadtplanung erfordert noch mehr Grundsatzentscheidungen.

Quellen

Bezirksamt Lichtenberg von Berlin (2009): Finanzierung der Hilfen zur Erziehung in Berlin. Positionspapier der Berliner Bezirke.

Innenministerkonferenz IMK Berlin (2007): Bund-Länder-AG: Entwicklung der Gewaltkriminalität junger Menschen mit einem Schwerpunkt auf städtischen Ballungsräumen.

Kraus, Mario H.: Geräuschbelastungen als Konfliktquelle in der Wohnungswirtschaft. Die Wohnungswirtschaft 61(2) (2008) 32-33.

ders.: Berliner Landesimmissionsschutzgesetz: Änderung bringt reichlich Sprengstoff. Die Wohnungswirtschaft 62 (10) (2009) 68-69.

Statistisches Bundesamt Destatis, Wiesbaden (2008): Öffentliche Sozialleistungen. Statistik zum Elterngeld.

Der Autor

Dr. phil. Mario H. Kraus, Konfliktsoziologe und Mediator, Autor des Lehrbuchs „Mediation – wie geht denn das?“ (Junfermann Paderborn 2005), betreute lange die landeseigene HO-WOGE Wohnungsbaugesellschaft Berlin, unterrichtete Mediation an der Humboldt-Universität zu Berlin sowie der Universität Rostock und ist Mitglied des GuT-Netzwerks.

Wirtschaft und Verbände

Dirk Niebel, Bundesminister für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, Berlin

Entwicklungszusammenarbeit*

Rede im Rahmen der Aussprache zur Regierungserklärung der Bundeskanzlerin vor dem Deutschen Bundestag am 10. November 2009 in Berlin

Frau Präsidentin!
Meine sehr verehrten Damen und Herren!

Wer den Koalitionsvertrag genau gelesen und wer der Regierungserklärung der Frau Bundeskanzlerin genau zugehört hat, wird feststellen, dass diese neue Regierung der Mitte die Entwicklungszusammenarbeit ausdrücklich aufwertet. Er wird feststellen, dass Entwicklungszusammenarbeit nach unserem Verständnis weit mehr ist als reine Armutsbekämpfung. Sie ist vielmehr ein Bestandteil der deutschen Dialogpolitik in einer globalisierten Welt. Entwicklungszusammenarbeit ist Bestandteil des Konzepts der vernetzten Sicherheit. Unsere Entwicklungszusammenarbeit wird weiterhin werteorientiert sein.

All denjenigen, die schon vor dem ersten Wort meiner Rede Zurufe gemacht haben, sage ich ganz ausdrücklich: Unsere Entwicklungszusammenarbeit ist ausdrücklich interessenorientiert – im wohlverstandenen besten Sinne der Bundesrepublik Deutschland. Denn es ist in unserem Interesse, weltweit dafür zu sorgen, dass die Folgen des Klimawandels bekämpft werden können. Es ist in unserem Interesse, in unserem eigenen Vorgarten, in Afrika, dafür zu sorgen, dass Menschen keine Fluchtgründe geliefert bekommen. Es ist in unserem ureigensten Interesse, Entwicklungszusammenarbeit unter der Prämisse der Freiheit für möglichst viele Menschen zu organisieren. Entwicklungszusammenarbeit soll den Menschen Freiheit bringen; aber sie braucht Freiheit auch als Voraussetzung, um tatsächlich funktionieren zu können.

Diese Bundesregierung wird sich ausdrücklich darum kümmern, dass gutes Regierungshandeln in unseren Partnerländern eine Voraussetzung der Zusammenarbeit sein wird. Menschenrechte und Demokratie werden wesentliche Werte sein; auf diese werden wir zu achten haben. Aber auch die wirtschaftliche Freiheit der Partnerländer gehört dazu. Das Ministerium, das ich führen darf, heißt „Ministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung“. Beides gehört zusammen, damit die Hilfeleistung für andere Staaten vorzugsweise durch eigenständige wirtschaftliche Leistungskraft abgelöst werden kann.

Wir wissen aber auch, dass jemand, der Sorgen haben muss, wovon er seine Familie am nächsten Tag ernähren kann, nur ein geringes Maß an Freiheit in seinem Leben ausschöpfen kann. Aus diesem Grund muss es uns angst und bange werden, wenn

wir feststellen, dass wegen der enormen Verteuerung von Lebensmitteln mittlerweile schon wieder über 1 Milliarde Menschen an Hunger leiden. Weil dies so ist, müssen wir die Effizienz und die Schlagkraft unserer Entwicklungszusammenarbeit erhöhen. Dafür haben wir die Grundlagen in unserem Koalitionsvertrag gelegt. Wir werden ausdrücklich dafür sorgen, dass ländliche Regionen sich entwickeln können und dass die Chance auf eine sich selbst tragende Landwirtschaft größer wird als heute. Das ist die Grundlage für Ernährungssicherung in der Welt.

Außerdem werden wir ausdrücklich dafür sorgen, dass die zwei Seiten der gleichen Medaille, Armut und Bildungsarmut, besser bekämpft werden als in der Vergangenheit. Bildung ist die Voraussetzung für ein selbstbestimmtes Leben. Deswegen wollen wir insbesondere die Schulbildung von Kindern, aber auch die berufliche Bildung von jungen Menschen intensivieren, damit sie die Möglichkeit haben, ihren Lebensunterhalt durch eigener Hände Arbeit zu finanzieren. Insofern ist diese Bundesregierung nicht nur in Deutschland, sondern weltweit eine Regierung der sozialen Verantwortung. Wir wollen den Menschen die Möglichkeit geben, selbst über ihr Leben bestimmen zu können. Das ist die Grundlage unserer Entwicklungszusammenarbeit.

Wir müssen faire Handelsstrukturen stärken und hier insbesondere auf die WTO setzen und neben einer Stärkung des privaten Sektors in den Partnerländern auch die Mikrokreditfinanzierung intensivieren, damit selbstständige Tätigkeiten entstehen können und jemand, der seinen Lebensunterhalt selbstständig finanzieren kann, womöglich auch noch anderen Menschen eine Erwerbsmöglichkeit bieten kann. Dies ist eine wichtige Aufgabe für diese Legislaturperiode, der wir nachkommen müssen.

Wir werden uns um die globalen Fragen im Bereich des Klimaschutzes kümmern. Die Entwicklungszusammenarbeit und der Klimaschutz sind gar nicht mehr voneinander zu trennen. Eigentlich ist das BMZ das Klimaministerium in Deutschland; denn dort sind schon heute über 1 Milliarde Euro für Mittel des

*) getitelt von der Redaktion GuT

Klimaschutzes in der Entwicklungszusammenarbeit angesiedelt. Hier sind übrigens auch die Hebelwirkungen, was die ODA-Quote anbetrifft, mit die besten.

Wir müssen allerdings ein höheres Maß an Zielgenauigkeit erreichen. Aus diesem Grunde werden wir die Durchführungsorganisationen reformieren. Wir werden uns bemühen, im internationalen Ausgleich zu einer besseren Arbeitsteilung zu kommen. Dieser Koalitionsvertrag und der Zuschnitt dieser Bundesregierung bieten die Grundlage für das Ende irgendwelcher Nebenpolitiken, weil wir durch Außenpolitik, Außenwirtschaftsförderung und Entwicklungszusammenarbeit kohärente Entwicklungspolitik gestalten können. Einer kann den anderen Hand in Hand weiterleiten, wenn die Entwicklung eines Landes vorangegangen ist, damit man die Chance hat, in Zukunft als Partner mit uns zusammenarbeiten zu können.

Herr Kollege Raabe, wir haben das Konjunkturpaket der alten Bundesregierung in diesen Punkten nicht mitgetragen. Wir sind dennoch der Ansicht, dass es wichtig und notwendig ist, Bildung zu fördern. Aber man sollte den einen nicht gegen den anderen ausspielen.

Was den ersten Punkt angeht, den Sie angesprochen haben, lieber Herr Kollege Raabe, muss ich eines ganz deutlich feststellen: Sie sind auf dem völlig falschen Trip. Genau andersherum wird ein Schuh daraus. Es ist doch wohl nicht normal, dass Entwicklungsländer durch Handelshemmnisse und Marktzutrittsverbote in vielen Bereichen der Welt mehr Geld verlieren, als ihnen durch Entwicklungszusammenarbeit der sogenannten Industriestaaten zugeführt wird. Das muss geändert werden, damit man mit fairen Handelsbedingungen Partner in einer weltweiten Wirtschaft werden kann.

Diese Partnerschaft werden wir auch einfordern; denn wir wollen ausdrücklich Eigenverantwortung. – Ich habe Ihre Fra-

ge hinreichend beantwortet; aber Sie dürfen gern stehen bleiben, weil dann meine Uhr auch stehen bleibt. – Diese Eigenverantwortung werden wir bei unseren Partnerländern auch insofern einfordern, als die nationalen Eliten unserer Partnerstaaten dieser Verantwortung gerecht werden müssen. Wir wollen verlässliche Partner sein, aber wir erwarten auch, dass unsere Partnerinnen und Partner bestimmte Spielregeln, die unsere Werte hervorbringen, einhalten.

Ich bin ausdrücklich dankbar, Frau Bundeskanzlerin, dass Sie vorhin so deutlich noch einmal unsere Verlässlichkeit bei der Erreichung des 0,7-Prozent-Ziels erwähnt haben. Ich bitte Sie, liebe Kolleginnen und Kollegen als Haushaltsgesetzgeber, diesen Maßstab in Ihre Beratungen einzubeziehen. Ich würde mich sehr freuen, wenn Sie das übernehmen, was im Koalitionsvertrag festgelegt ist und was in der Zukunft auch tatsächlich von uns erreicht werden soll.

Erlauben Sie mir, einen letzten Punkt anzusprechen. Veränderungen – das haben wir nicht nur gestern oder vor 20 Jahren gelernt – kommen in aller Regel aus der Mitte der Gesellschaft. Deswegen gilt auch in der Entwicklungszusammenarbeit eines ganz ausdrücklich: Nicht alles muss der Staat machen; wir sollten uns auf die Gesellschaft verlassen, auf die Zivilgesellschaft hier bei uns, aber auch in unseren Partnerländern. Es ist hervorragend – das muss hier noch einmal ausdrücklich festgestellt werden –, dass die Koalitionsvereinbarung der neuen Regierung der Mitte ausdrücklich die Nichtregierungsorganisationen, die Kirchen, die politischen Stiftungen und auch die Privatwirtschaft auffordert, sich an der Bekämpfung von Armut und der Zusammenarbeit mit anderen Ländern dieser Welt zu beteiligen, damit diese eine Chance haben, in Zukunft als unsere Partner auf Augenhöhe mit uns agieren zu können.

Dr. Peter Ramsauer, Bundesminister für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, Berlin

Investitionen in eine gute Zukunft unseres Landes*

Rede im Rahmen der Aussprache zur Regierungserklärung der Bundeskanzlerin vor dem Deutschen Bundestag am 11. November 2009 in Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident!
Liebe Kolleginnen und Kollegen!
Meine sehr geehrten Damen und Herren!

Nach vielen parlamentarischen Funktionen in den 19 Jahren meiner Mitgliedschaft in diesem Hohen Hause stehe ich heute das erste Mal im Amt des Bundesministers für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung am Rednerpult.

Ich möchte gleich zu Beginn meiner Rede zusammenfassend klarmachen, worum es mir geht. In meinem Ressorts befassen wir uns mit elementaren Grundbedürfnissen aller Menschen. Alle Menschen in Deutschland wohnen, fahren, sind mobil. Oder es wird für sie gebaut, beziehungsweise sie bauen selbst. Mein Ziel ist es, mit meinem Ministerium diesen Grundbedürfnissen der Menschen auf das Bestmögliche gerecht zu werden. So klar und eindeutig und einfach ist die Zielsetzung.

Ich habe meinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern bei der Vorstellung an den beiden Dienstorten – hier in Berlin ebenso wie an dem großartigen Dienstort Bonn – erklärt: Die Menschen in Deutschland müssen spüren, dass wir in diesem Ministerium täglich für sie da sind. Dazu sind wir gut ausgestattet: Wir haben den größten Investitionshaushalt aller Bundesministerien.

Mein Ministerium ist in den letzten elf Jahren mehrmals umbenannt worden. Ich war knapp davor, dies noch einmal zu tun; aber nicht immer sind aller guten Dinge drei. So habe ich es bei der Bezeichnung belassen.

Eines muss aber natürlich klar sein: Obwohl es in der Amtsbezeichnung „und Stadtentwicklung“ heißt und es natürlich um die Stadtentwicklung und die Entwicklung städtischer Monopolregionen geht, muss es uns – das sage ich ebenso klar und deutlich – genauso darum gehen, die ländlichen Räume gut und bestmöglich zu entwickeln. Ich kündige hier an, dass ich als zuständiger Minister in diesem Bereich neue Akzente setzen werde.

Wir können uns in Deutschland darüber freuen, dass wir großartige Kulturlandschaften und große, tolle ländliche Räume vom Wattenmeer bis zu den Alpen, von der Sächsischen Schweiz bis in die Eifel haben. Das sind auch hervorragende Wirtschaftsstandorte.

Ich bringe es einmal auf den Punkt: Metropolregionen können ohne funktionierende ländliche Räume nicht sein, und gute, funktionierende ländliche Räume können ohne gut entwickelte, urbane Zentren nicht sein. Beides gehört zusammen, und deswegen geht es mir in meinem Haus nicht nur um Stadtentwicklung, sondern ebenso auch um die ländlichen Räume.

Damit sind wir aber auch schon bei der Infrastrukturpolitik. Hier mache ich gleich eines klar: Ich werde mit der ideologisch motivierten Bevorzugung einzelner Verkehrsträger Schluss machen. Ich werde keinen einzelnen Verkehrsträger gegenüber an-

*) getitelt von der Redaktion GuF

deren Verkehrsträgern irgendwie benachteiligen. – Das heißt, dass wir selbstverständlich versuchen werden, den Frachtverkehr und natürlich auch den Personenverkehr von der Straße auf die Schiene zu verlagern.

Zur Politik gehört aber auch Realismus. Ich sage Ihnen ganz ehrlich: Nach der Delle, die wir zurzeit durch die Wirtschaftskrise erleben, wird es wieder zu den entsprechenden Wachstumsraten im Frachtbereich kommen. Wir können schon froh sein, wenn wir die gesamte zusätzliche Fracht auf die Schiene verlagern können, sodass sie nicht auch noch auf der Straße transportiert wird; denn eines ist auch klar – das lehrt die jahrelange politische Erfahrung –: Wenn Sie Schienen bauen oder ausbauen wollen – und seien die Immissionen noch so günstig –, dann stoßen Sie überall auf den gleichen erbitterten Widerstand der anliegenden Bevölkerung wie dann, wenn Sie Straßen neu oder ausbauen wollen. Aber es lohnt sich, und deswegen werden wir uns diesen Herausforderungen stellen.

Natürlich stehen wir bei den Infrastrukturmaßnahmen in einer gesamtstaatlichen Verantwortung. Mein Ziel ist es, dass die Infrastruktur im Norden so gut ist wie im Süden und im Osten so gut ist wie im Westen.

In den neuen Bundesländern haben wir inzwischen einen hervorragenden Ausbauzustand erreicht. Wir sind stolz darauf, dass alle 17 Verkehrsprojekte „Deutsche Einheit“ im Bau oder bereits fertiggestellt sind, dass wir bis Ende 2008 28,5 Milliarden Euro in die Verkehrsprojekte „Deutsche Einheit“ investiert haben, dass wir 1.800 Kilometer Straßen neu oder ausgebaut haben und dass 95 Prozent der Straßenprojekte realisiert sind oder umgesetzt werden.

Wir werden dem weiter bestehenden Bedarf in den neuen Ländern ohne Abstriche nachkommen und die noch offenen Projekte mit allem Nachdruck verwirklichen. Ich nenne dazu auch einige Beispiele: die A 72 von Leipzig nach Chemnitz, die A-14-Nordverlängerung Magdeburg-Schwerin, das wichtige Schienenprojekt Nürnberg-Berlin und die Schienenausbaustrecke Berlin-Dresden-Prag. An all dem werden wir hart arbeiten.

Natürlich müssen wir auch die Balance wahren, wenn wir eine gleiche Entwicklung in den alten und neuen Bundesländern wollen und wenn wir es hier nicht zu neuen Brüchen kommen lassen wollen. Alle, die sich in der Debatte der letzten Tage zu Wort gemeldet haben, nicht nur aus den Reihen meiner Partei, sondern auch aus denen der Oppositionsparteien, haben klipp und klar gesagt: Es war richtig, dass wir für die Investitionen in den neuen Ländern vieles zurückgestellt haben, was ansonsten in den alten Bundesländern investiert und gebaut worden wäre. – Aber alle geben auch zu, dass jetzt ein Nachholbedarf entstanden ist. Ich sage Ihnen klipp und klar: Ich bekenne mich ausdrücklich zu diesem Nachholbedarf, denn wir können es uns in Deutschland nicht leisten, auf Dauer in der Fläche Substanz auf Verschleiß zu fahren.

Ich bedanke mich deshalb ausdrücklich bei meinem Kollegen Arnold Vaatz, der gesagt hat: Ich bin voll davon überzeugt, dass Peter Ramsauer damit mit keinem Wort gesagt hat, dass auch nur ein Projekt infrage steht, das uns in Ostdeutschland zugesichert wurde. – Lieber Arnold Vaatz, genau so ist es. So viel dazu.

Liebe Kolleginnen und Kollegen, ich will in diesem Amt echte operative Energie- und Umweltpolitik betreiben. Dies passt sehr gut zu den Debatten, die wir am heutigen Vormittag in den letzten Stunden geführt haben. Wir wissen, dass wir rund ein Drittel der Energie in Deutschland für Heizen und Warmwasser verwenden. Ich setze große Hoffnungen darauf, dass wir im Bereich Bauen und energetische Gebäudesanierung zu gewaltigen Energieeinsparungen kommen können.

Wir hätten es uns vor 20 Jahren nicht träumen lassen, dass wir eines Tages mit einer Entwicklung, die inzwischen Standard ist – ich meine das sogenannte Passivhaus –, den Energieverbrauch beim Heizen auf rund 15 Kilowattstunden pro Quadrat-

meter Wohnraum im Jahr herunterschrauben könnten. Das sind großartige Perspektiven, die ich aus meinem Haus heraus mit allen Kräften fördern werde.

Ein weiterer Bereich: Ich werde alles dafür tun, dass wir alle Potenziale der Elektromobilität ausschöpfen; auch darüber ist heute gesprochen worden. Wir bauen heute in Deutschland die besten Autos der Welt. Mein Ziel ist es, dass wir in Zukunft auch die besten Elektroautos der Welt bauen.

Ich möchte in diesem Ministerium auch in der Außenwirtschaftspolitik neue Akzente setzen. Wir wissen, dass Deutschland ein besonders exportorientiertes Land ist. Dem werde ich aus meinem Haus heraus wesentlich stärker Rechnung tragen, als dies in der Vergangenheit der Fall war. Ich nenne einige Beispiele: Innovative Verkehrstechnologie, Elektromobilität, unser Know-how in der Logistik und Energieeffizienz, all das bietet hervorragende Chancen, neue Märkte in aller Welt zu erschließen. Ich jedenfalls werde die deutschen Exportinteressen in diesem Bereich mit allem Nachdruck in der Welt vertreten.

Im Übrigen gilt es auch, deutschen Unternehmen auf den europäischen Märkten durch wirklichen Wettbewerb Chancengleichheit zu ermöglichen. Ich habe in der letzten Woche das Thema aufgegriffen – da gilt es, nachzuarbeiten –, dass der Wettbewerb, beispielsweise auf der Schiene, keine Einbahnstraße sein darf, sondern dass deutsche Unternehmen in der gleichen Weise wie andere europäische Anbieter bei uns die Netze in anderen Ländern nutzen können. Dies muss auch etwa für die Deutsche Bahn AG auf den Netzen der französischen Bahn im Bereich der Personenbeförderung möglich sein. Wettbewerb findet immer zweiseitig statt. Die Reziprozität muss gewahrt werden.

Weil wir bei der Bahn sind: Eines muss auch klar sein: Netz und Infrastruktur der Bahn müssen dauerhaft in der Hand des Bundes bleiben. Ich sage klipp und klar: Privatisierung ist für mich kein Allheilmittel. Ich sage ebenfalls klipp und klar: Die Bahn ist in Deutschland kein x-beliebiges Wirtschaftsgut des Bundes, mit dem man wie mit einer x-beliebigen Bundesbeteiligung verfahren kann. Die Bahn hat im Bewusstsein von uns Deutschen eine ganz besondere, herausragende Bedeutung, der ich auch gerecht werde. Einen Börsengang der Transport- und Logistiksparte werden wir unter strengster Berücksichtigung der Lage auf den Kapitalmärkten prüfen.

Lassen Sie mich einen letzten Punkt ansprechen, der mir als jemandem, der ein neues Ministeramt übernommen hat, auch sehr wichtig ist. Ich habe in meinem beruflichen Leben weiß Gott schon sehr viel mit öffentlichen Verwaltungen, öffentlichen Betrieben und öffentlicher Wirtschaft zu tun gehabt. Daher weiß ich, dass kein öffentlicher Betrieb und keine öffentliche Verwaltung so gut organisiert ist, als dass man sie nicht noch effektiver und effizienter machen könnte.

Ich greife einen Gedanken des Kollegen Finanzminister Schäuble auf: Bei allem wirtschaftlichen und sparsamen Handeln des Bundes müssen wir uns an vielen Stellen die Bundesverwaltung mit all ihren Gliederungen sehr genau ansehen. Ich werde mit meinem Haus ein Beispiel dafür geben, wie man die Strukturen sowohl im Verwaltungsbereich als auch in den öffentlichen Betrieben effektiver und effizienter gestalten kann.

Mein Doktorvater, Professor Karl Oettle – er ist letzte Woche verstorben; Gott hab' ihn selig –, hat immer schon mit aller Klarheit auf all diese Dinge hingewiesen. Ich freue mich, dass ich das anpacken kann. Bei über 60 Unterbehörden gibt es zwar feste Strukturen. Ich bin aber der Meinung, die Strukturen haben den Menschen zu dienen statt die Menschen den Strukturen.

Jeden Euro, den wir nicht in die Verwaltungskosten hineinpumpen, können wir investieren. Ich sehe mich in meinem Amt weniger als Verwalter denn als Investor in eine gute Zukunft unseres Landes.

Dr. Norbert Röttgen, Bundesminister für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Berlin

Verteidigung der Schöpfung*

Rede im Rahmen der Aussprache zur Regierungserklärung der Bundeskanzlerin vor dem Deutschen Bundestag am 11. November 2009 in Berlin

Herr Präsident!

Liebe Kolleginnen und Kollegen!

Die Finanzmarktkrise war das Thema, das uns in diesem Haus im vergangenen Jahr am meisten beschäftigt hat. Der damalige Bundesfinanzminister hat in den ersten Wochen davon gesprochen: „Wir haben in den Abgrund geschaut.“ Wir haben hier im Haus innerhalb von einer Woche ein Schutzpaket in Höhe von 500 Milliarden Euro beraten und verabschiedet. Gestern in der Regierungserklärung der Bundeskanzlerin war der erste Punkt die Notwendigkeit, konsequent, grundlegend und zügig umzusteuern.

Ich betone diese Debatte und die Auseinandersetzung, die wir geführt haben, weil ich glaube, dass die Erfahrung der Krise – es war ja nicht Theorie, sondern war und ist Erfahrung – für die Einordnung, den Anspruch und den Ernst der Umweltpolitik im Allgemeinen und der Klimaschutzpolitik im Besonderen fruchtbar gemacht werden kann. Ich glaube, dass wir beide Krisen miteinander vergleichen können und sollten: die Finanzmarktkrise und die Ökokrise, die kommt, wenn wir auf diesem Gebiet nicht ebenso grundlegend, zügig, systematisch und entschlossen umsteuern.

Was sind die Vergleiche, was sind die Bezüge? Ich will vier herstellen.

Erstens. Die Finanzmarktkrise war und ist mehr als eine Bankenkrise. Sie hat sich zur Wirtschaftskrise weitergefressen und barg und birgt weiterhin die Gefahr, zum gesellschaftlichen Kollaps zu führen. Die Klimakrise, die Ökokrise, die kommt, wenn wir uns nicht ändern, hat existenzielle Dimension. Ein Gesellschaftskollaps wäre schon fundamental. Die Ökokrise aber ist eine Überlebensfrage für Hunderte von Millionen Menschen.

Zweitens. Bei der Finanzmarktkrise konnten die Retter noch sagen: Wir haben in den Abgrund geschaut, sind einen Schritt zurückgegangen und konnten uns retten. – Wenn wir es bei der Klimakrise, bei der Ökokrise so weit kommen lassen, dann können wir nicht mehr einen Schritt zurückgehen; denn die Ökosysteme sind zu träge, als dass man sie per Kommando stoppen könnte. Dann sind wir verloren. Wir müssen vorher umschalten und umsteuern.

Drittens. Ich habe an dieser Stelle in Anlehnung an den Jesuitenpater Professor Friedhelm Hengsbach vor ungefähr einem Jahr davon gesprochen, dass die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte ein öffentliches Gut darstellt. Die Bundeskanzlerin hat gestern völlig zu Recht gesagt: Das öffentliche Gut liegt in dem dienenden Charakter der Finanzmärkte für Wirtschaft und Gesellschaft. – Ich stehe dazu und halte das nach wie vor für richtig. Das war die Legitimation dafür, dass wir sozusagen in einem Akt kollektiver Selbstverteidigung zu diesen Maßnahmen gegriffen haben.

Das Gut, das wir mit Klimapolitik, mit Umweltpolitik verteidigen, unsere natürlichen Lebensgrundlagen, ist ein Menschheitsgut. Es hat für die Menschen nicht nur dienenden Charakter, sondern es ist Selbstwert. Für Christen ist es Schöpfung, und der Schöpfungscharakter ist in unsere Traditionen und unsere Kultur eingegangen. Wir verteidigen den Eigenwert, den Selbstwert, das Menschheitsgut Schöpfung, wenn wir Klimapolitik machen. Das geht über das, was wir in der Finanzmarktkrise verteidigt haben und verteidigen, noch weit hinaus.

Viertens. Die Finanzmarktkrise ist nicht – das hat Hans-Peter Friedrich gestern richtig ausgeführt – durch die Marktwirtschaft entstanden, sondern wir haben uns diese Krise durch die Verletzung marktwirtschaftlicher Prinzipien eingehandelt. Diese Krise ist geradezu marktwirtschaftswidrig entstanden, durch

Verletzung der Grundsätze marktwirtschaftlichen Ordnungsdenkens.

Unsere Auffassung ist, dass wir Klimaschutz und Umweltschutz nicht gegen die Marktwirtschaft betreiben dürfen, sondern dass wir dies innerhalb des marktwirtschaftlichen Ordnungsrahmens versuchen müssen. In der Vergangenheit hat sich jede Planwirtschaft wie keine andere Ordnung an der Umwelt versündigt, an den Menschen, aber auch an der Umwelt. Wir halten das marktwirtschaftliche System für überlegen.

Daraus ziehen wir allerdings die Lehre: Markt braucht Ordnung. Auch der Markt, der Umweltziele erreichen will, braucht Ordnung. Es gibt ein überragendes, übergreifendes Ordnungsprinzip des Marktes, und das heißt Nachhaltigkeit. Wir brauchen eine nachhaltige Wirtschaftsordnung. Die Schäden von Kurzfristigkeit konnten wir auf den Finanzmärkten beobachten. Wir werden sie auch in der Umwelt sehen, wenn wir kurzfristig denken. Darum müssen wir das Leitprinzip der Nachhaltigkeit durchsetzen.

Es gehört zur inneren Logik marktwirtschaftlichen Denkens, dass wir die Grundlagen unserer wirtschaftlichen Tätigkeit, dass wir die Grundlagen unseres Lebens erhalten und nicht an dem Ast sägen, auf dem wir sitzen. Wir machen ökologische Politik, weil sie die Grundlage unseres Lebens und auch unseres Wirtschaftens ist. Wir wollen dabei marktwirtschaftliche Instrumente anwenden, weil wir die Effizienz, die Überlegenheit, das Entdeckungsverfahren, die wettbewerblichen Potenziale nutzen wollen, um ökologische Ziele zu erreichen. Genauso richtig ist aber auch, dass die ökologische Zielsetzung Klimaschutz nicht nur instrumentellen Charakter haben darf, sondern dass Ökologie und Umweltschutz Märkte produzieren. Umweltschutzpolitik zu machen, ist auch eine Innovations- und Wirtschaftsstrategie.

Heute ist in der FAZ unter der Schlagzeile „Ökogeschäft stabilisiert Siemens“ zu lesen:

„Der Siemens-Konzern hat im Geschäftsjahr 2009 schon 23 Milliarden Euro Umsatz mit Umweltprodukten generiert. Das ist gegenüber dem ... Vorjahreswert ... ein Plus von elf Prozent. Dadurch wurden die Einbußen im übrigen Geschäft als Folge der Wirtschaftskrise von rund vier Prozent aufgefangen.“

Wir hatten einmal eine Phase, in der galt: Ökonomie und Ökologie sind Gegner. Dann kam eine Phase, in der es hieß: Wir müssen beides miteinander versöhnen. Ich glaube, inzwischen haben wir die Phase erreicht, dass wir erkennen: Das eine ist ohne das andere nicht machbar und nicht denkbar. Ökonomie und Ökologie sind zwei Seiten einer Medaille.

Die Aufgabe ist, aus dieser grundlegenden ethischen und ordnungspolitischen Einschätzung von Umwelt- und Klimaschutz eine politische Strategie und konkrete Politik abzuleiten. Das muss die Konsequenz aus dieser Einordnung sein. Das ist nicht Lyrik, sondern das sind die Fundamente, auf denen wir Politik machen.

Ich glaube, die drei wichtigsten Felder der Umweltpolitik sind

- erstens der Klimaschutz – ich denke auch an Kopenhagen –,
- zweitens die Energiepolitik und
- drittens der Schutz der biologischen Vielfalt.

Ich will zu diesen drei Feldern jeweils einige Anmerkungen machen.

*) getitelt von der Redaktion GuF

Zum ersten Punkt – Klimaschutz – will ich ganz knapp sagen: Ich bin zutiefst davon überzeugt, dass es zu einem Erfolg der Klimakonferenz von Kopenhagen keine Alternative gibt. Es gibt keine zweite Option, es gibt keinen Plan B. Bei der Rettung, bei der Verteidigung des Menschheitsgutes natürliche Lebensgrundlagen haben wir keine Wahl. Aus der Sache heraus ist klar: Die Konferenz von Kopenhagen muss ein Erfolg werden.

Wir haben in diesem Prozess eine Vorreiterrolle. Die Stimme unseres Landes – das zählt zu den Erfahrungen, die man innerhalb von Tagen machen kann – hat Gewicht. Dass wir diese Vorreiterrolle haben, dass die Stimme unseres Landes mehr Gewicht hat, als es sozusagen proportional wäre, ist nicht die Leistung dieser Regierung, es ist die Leistung der Vorgängerregierungen: meines Amtsvorgängers, seines Amtsvorgängers, dessen Amtsvorgängerin. Dank des Beitrages von vielen in diesem Parlament, in dieser Gesellschaft ist der Klimaschutz vom Rand ins Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt, ist Klimaschutz kein Nebenthema mehr. Unser Land ist international glaubwürdig, weil wir national gehandelt haben und nicht nur anderen Vorschläge gemacht haben. Ich möchte meine erste Rede als Bundesumweltminister nutzen, die Leistungen der früheren Regierungen, der Minister anderer Fraktionen und Parteien ausdrücklich anzuerkennen.

Ich will definieren, was Erfolg bedeutet. Ein taktischer Ratsschlag könnte sein: Definier das nicht zu konkret, sonst wird die Opposition dir deine Definition vorhalten, wenn es nicht so herauskommt! – Ich bekenne mich zur Notwendigkeit des Erfolges. Darum will ich definieren, was Erfolg heißt: Erfolg heißt erstens klare Ziele zur Reduzierung der CO₂-Emissionen, Ziele, die sich ableiten aus der Erkenntnis, dass die globale Erwärmung auf höchstens 2 Grad Celsius zu begrenzen ist. 2 Grad Celsius sind das Äußerste, was tolerierbar ist. Wenn wir dieses Ziel erreichen, dann können wir einigermaßen sicher sein, dass für über 1 Milliarde Menschen in Asien die Wasserversorgung nicht gefährdet ist; dann können wir einigermaßen sicher sein, dass nicht weitere zig Millionen Menschen in Afrika auf der Suche nach Wasser und Weideland vertrocknen, verdursten, sterben. Diese existenzielle Dimension – die Gesichter von Menschen, die kein Wasser mehr finden und sterben – müssen wir uns vor Augen halten. Darum brauchen wir den Erfolg.

Wir müssen das Ziel erreichen, die Emissionen bis 2050 weltweit um 50 Prozent zu reduzieren. Die Industrieländer haben hierbei eine Vorreiterrolle: historisch begründet, wegen ihres Anteils an den Emissionen, aber auch aufgrund ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit. Darum war es ein Erfolg, dass sich die Staats- und Regierungschefs beim letzten Europäischen Rat dafür ausgesprochen haben, dass die Industrieländer ihre Emissionen um 80 bis 95 Prozent reduzieren, und sich dem Ziel verpflichtet haben, den Beitrag zu leisten, der nötig ist, um weitgehend treibhausgasneutrale Gesellschaften zu werden.

Bis 2020 gilt es, die Emissionen in der Größenordnung von 30 Prozent zu reduzieren. Wir brauchen diesen schrittweisen Prozess. Wir können nicht 30 Jahre weitermachen wie bisher und darauf verweisen, wir müssten das Reduzierungsziel ja erst 2050 erreichen. Wir müssen jetzt anfangen; sonst haben wir keine Chance, das Ziel bis 2050 zu erreichen. Diese Koalition hat sich vorgenommen und im Koalitionsvertrag begründet, dass Deutschland die CO₂-Emissionen bis 2020 sogar um 40 Prozent reduziert. Viele andere Industrieländer sagen – ein bisschen konditioniert – 30 Prozent. Wir sagen: Unter dieser Regierung wird Deutschland seine Emissionen unkonditioniert um 40 Prozent reduzieren. Wir sind auf diesem Gebiet ambitionierter als die Vorgängerregierung.

Kennzeichen dieser Ziele ist, dass wir sie im Rahmen eines verbindlichen rechtlichen Abkommens, das alle umfasst – „alle“ heißt: China, USA, Europa, Schwellenländer und Entwicklungsländer –, festlegen wollen.

Zweites Ziel: Wir brauchen rechtlich und finanziell wirkungsvolle Instrumente. Das Instrument internationale Überprüfung und auch die finanziellen Beiträge liegen vor. In Ent-

wicklungsländern wird es – bei bis 2020 wachsenden Finanzierungsbedarfen und aufbauend auf einen Schnelleinstieg – ab 2020 100 Milliarden Euro pro Jahr bedürfen, die aus unterschiedlichen Strängen finanziert werden. Manche sagen jetzt: Klimaschutz ist teuer. – Klimaschutz ist teuer, Handeln ist teurer. Nichthandeln wäre sehr viel teurer. Darum brauchen wir auch die Innovationen und die Modernisierung der Wirtschaft, die damit anstehen.

Es ist ein Prozess der ökologischen Veränderung, der Veränderung der Lebensweise und der Art, zu wirtschaften. Am allermeisten ist es aber auch ein Prozess der wirtschaftlichen Modernisierung unseres Landes. Das muss uns klar sein. Wenn man es wirtschaftlich betrachtet, dann wird klar, dass es um die Alternative geht, ob wir Rückständigkeit verteidigen und mangelnde Wettbewerbsfähigkeit subventionieren oder ob wir die Ambition, die Entschlossenheit haben, auch hier wieder eine weltweite wirtschaftliche, innovative Führerschaft zu erringen. Wir wollen das. Gerade durch ökologische Modernisierung wollen wir die modernste Volkswirtschaft werden. Damit werden wir führend sein, damit sichern wir Arbeitsplätze, damit generieren wir Innovationen.

Zweiter Punkt. Die Energiepolitik. Nirgendwo ist es so deutlich wie hier, dass wir die Energiepolitik grundlegend neu denken und gestalten müssen. Wir werden ein in sich schlüssiges energiepolitisches Konzept vorlegen – es fehlt seit knapp 20 Jahren –, mit dem wir Antworten darauf geben, wie Energiepolitik grundlegend neu gemacht wird. Wir werden die Angebotsseite betrachten – Klimaverträglichkeit, Versorgungssicherheit, Wirtschaftlichkeit für Verbraucher und Industrie –, und wir werden die Nachfrageseite betrachten. In der Diskussion fehlen bislang eigentlich die Nachfrageorientierung, die Verbraucherorientierung und die Intelligenz und Bereitschaft – gerade auch aus Sicht der industriellen Nachfrager –, sich auf eine neue Energiepolitik um- und einzustellen. Die Energieeffizienz beinhaltet das größte Kosteneinsparpotenzial, das wir anbieten können. Ich weiß nicht, ob eine Unternehmensteuerreform eine so große Kostenentlastung bringt wie die Nutzung von Energieeffizienzpotenzialen in unserem Land.

Ich komme zum Schluss und will noch einen dritten Punkt ansprechen. Neben dem Klimawandel ist das Stoppen des Verlustes der biologischen Vielfalt die zweite globale Herausforderung. Es geht darum, zu erkennen, dass die Ökosysteme die Grundlage allen Lebens und die Leistungen der Ökosysteme für die Menschen unverzichtbar sind. Saubere Luft, Ernährung, sauberes Wasser, gesunde Böden: Das ist unsere Lebensgrundlage. Darum ist der Schutz der Ökosysteme eine Aufgabe, um die Schöpfung in unserer Zeit zu bewahren.

Wir wollen das nicht mit einem Verkündungston machen, sondern Naturschutz kann man nur mit den Menschen und für die Menschen in Kooperation machen. Wir werden ein Bundesprogramm zur Umsetzung der Strategie zur biologischen Vielfalt auflegen, und wir werden unsere internationale Führungsrolle auch hier aufrechterhalten. Alle Zusagen – auch finanzielle Zusagen –, insbesondere im Bereich des internationalen Waldschutzes, werden wir einhalten und weiter ausbauen.

Eine allerletzte Bemerkung. Ich bin – heute ist Mittwoch – seit zwei Wochen Bundesumweltminister und seit 15 Jahren Parlamentarier. Darum möchte ich Ihnen ausdrücklich sagen, dass es meinem Verständnis als Parlamentarier, der ich ja immer noch bin, entspricht, dass wir gut zusammenarbeiten, dass es eine vertrauensvolle Kooperation gibt und dass wir dort, wo wir wirklich einen Konsens haben – es ist eine unserer gesellschaftspolitischen Leistungen, auch einen Konsens erarbeitet zu haben –, an einem Strang ziehen. Im Übrigen freue ich mich auf eine sachorientierte, kontroverse Auseinandersetzung, über gelegentliche Unterstützung natürlich auch, vor allem aber auf eine erfolgreiche Zeit in der Umweltpolitik in den nächsten vier Jahren.

Dr. Philipp Rösler, Bundesminister für Gesundheit, Berlin

Gesundheit für die Menschen in Deutschland*

Rede im Rahmen der Aussprache zur Regierungserklärung der Bundeskanzlerin vor dem Deutschen Bundestag am 12. November 2009 in Berlin

Frau Präsidentin!

Meine sehr verehrten Damen und Herren!

Gesundheit ist für die Menschen in Deutschland ein enorm hohes Gut. Die Koalition aus CDU/CSU und FDP steht dafür, dass jeder, unabhängig von Einkommen, Alter, sozialer Herkunft und gesundheitlichen Risiken, den Zugang zu unserem Gesundheitssystem erhalten kann und dass unsere Gesundheitssysteme auch zukünftig finanzierbar bleiben. Das ist das erklärte Ziel dieser neuen Regierungskoalition.

In den letzten 20 Jahren gab es alle zwei bis drei Jahre eine Gesundheitsreform. Allzu häufig hatten die Menschen das Gefühl, dass es zwar teurer, aber nicht immer besser geworden ist. Wir sind angetreten, genau das zu ändern.

Die meisten Reformen waren der Versuch, die Lohnzusatzkosten, die Beitragssätze zu senken oder wenigstens stabil zu halten. Aber angesichts der demografischen Entwicklung und des medizinisch-technischen Fortschrittes mussten diese Versuche immer wieder in Kostendämpfungsgesetzen enden.

Wer aber wirklich will, dass die künftigen Kostensteigerungen im Gesundheitssystem nicht automatisch zulasten des Faktors Arbeit gehen, muss zu einer weitestgehenden Entkopplung von den Krankenversicherungskosten und den Lohnzusatzkosten kommen. Nicht weil wir den Arbeitgebern einen Gefallen tun wollen, sondern weil wir Arbeitslosigkeit verhindern müssen. Deswegen ist es richtig, den sogenannten Arbeitgeberanteil festzuschreiben. Das schafft nicht nur neue Möglichkeiten im Krankenversicherungssystem, sondern sorgt insgesamt für Wachstum und Beschäftigung.

Die Gesundheitsbranche ist mit über vier Millionen Beschäftigten und einem Jahresumsatz von mehr als 250 Milliarden Euro heute schon der größte Arbeitgeber in Deutschland. Es gibt darüber hinaus erhebliche Wachstumspotenziale. Wer diese Potenziale heben will, der braucht ein wettbewerbles System. Es gibt in Deutschland kaum ein System, das regulierter und mit mehr Bürokratie belastet ist als das deutsche Gesundheitssystem. Das gilt es in dieser Legislaturperiode zu ändern.

Wir brauchen in der Krankenversicherung ein klares System der Ordnung, das sich aber nicht anmaßt, alles ständig lenken zu wollen. Der freie und faire Wettbewerb ist auch in der Krankenversicherung der bessere Weg, besser als der Weg der Einheitskasse und der staatlichen Zwangswirtschaft. Deswegen ist „eine Kultur des Vertrauens“ ein wesentlicher Bestandteil in unserem Koalitionsvertrag.

Ich habe angefangen, Medizin zu studieren, weil ich mit Menschen zu tun haben wollte, die sich auch so benehmen. Nach meinem Studium musste ich feststellen, dass Qualitätssicherungsbögen und Arbeitsdokumentationen offensichtlich wichtiger sind als die Qualität und die Arbeit am und mit den Men-

schen. Da habe ich mich entschieden, in die Politik zu gehen, die Bürokratie zu beenden und endlich mehr Zeit für Menschen zu schaffen.

Wir vertrauen den Menschen, die Leistung in Anspruch nehmen, aber wir vertrauen auch den Menschen, die Leistung erbringen, immerhin mit dem hohen ethischen Ziel, Menschen in Not zu helfen.

Wettbewerb in der Krankenversicherung, im Bereich der Gesundheit heißt Wahlfreiheit für Patienten und Versicherte, aber auch für Leistungserbringer. Wer Kosten wirklich dämpfen will, der braucht keine Gesetze, Verordnungen und Vorschriften, sondern sollte auf den aufgeklärten und mündigen Patienten und auf den eigenverantwortlich Versicherten setzen.

Frau Bundeskanzlerin Merkel hat am Dienstag in der Regierungserklärung für diese Koalition deutlich auf den Zusammenhang zwischen Freiheit und Verantwortung hingewiesen. Verantwortung heißt eben auch, zu erkennen, dass es einen Unterschied zwischen einem freien und wettbewerbles Gesundheitssystem als Teil eines sozialen Sicherungssystems auf der einen Seite und einem beliebigen wettbewerbles System auf der anderen Seite gibt. Der Unterschied lässt sich in einem Begriff zusammenfassen: Solidarität. Solidarität und Eigenverantwortung sind keine Gegensätze. Ganz im Gegenteil: Wir setzen auf die Eigenverantwortung. Wir wissen aber, dass jeder in eine Situation kommen kann, in der er auf die Solidarität der anderen angewiesen ist. Solidarität heißt: Der Starke hilft dem Schwachen; nicht mehr, aber eben auch nicht weniger. In Bezug auf das Krankenversicherungssystem heißt das eben, dass die starken Gesunden den schwächeren Kranken helfen müssen. Dieses Ausgleichssystem gehört in die gesetzliche Krankenversicherung. Aber den weiteren Ausgleich, den es dort gibt, den Ausgleich zwischen Arm und Reich, halten wir in der Gesundheitsversicherung für wenig treffsicher und deswegen für sozial ungerecht.

Ich möchte hier ausdrücklich festhalten: Es wird in jeder Gesellschaft einen Ausgleich zwischen Arm und Reich geben müssen, aber eben nicht im Gesundheitssystem. Dieser Ausgleich ist besser aufgehoben im Steuer- und Transfersystem; denn im Gesundheitssystem gibt es einen einheitlichen Beitragssatz von 14,9 Prozent, und die Solidarität endet bei der Beitragsbemessungsgrenze. Im Steuersystem hingegen wird jeder mit all seinen Einkünften nach seiner Leistungsfähigkeit besteuert, und jeder, übrigens auch die privat Versicherten, wird finanziell für die Gemeinschaft verpflichtet. Für CDU, CSU und FDP enden Solidarität und Gerechtigkeit eben nicht bei einer Beitragsbemessungsgrenze von 3750 Euro.

Verantwortung heißt aber auch, die Frage zu beantworten, wie wir das bestehende System in ein neues überführen können, ohne dabei die Menschen und die sozialen Sicherungs- und Transfersysteme zu überlasten. Jeder von uns weiß: Das wird nicht von heute auf morgen geschehen. Aber trotzdem muss man den Mut haben, in dieser Legislaturperiode zu beginnen. Angesichts der demografischen Entwicklung stehen wir in der Verantwortung, für mehr als 80 Millionen Menschen ein robustes Krankenversicherungssystem auf den Weg zu bringen. Robust heißt, dass die Menschen die Gewissheit haben können, dass das Geld, das sie heute einzahlen, auch morgen für Vorsorge und Versorgung zur Verfügung steht. Diese Gewissheit ist ein wesentliches Element einer erfolgreichen Gesundheitsreform.

*) getitelt von der Redaktion GuT

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Ebenso müssen wir unsere Pflegeversicherung reformieren. Nicht jeder von uns hat Kinder, aber jeder von uns hat Eltern. Genauso wie Verantwortung in der Gesellschaft heißt, dass Eltern für ihre Kinder Verantwortung übernehmen, müssen auch Kinder eines Tages, in Alter und Pflege, für ihre Eltern Verantwortung übernehmen. Darauf müssen wir unser Pflegeversicherungssystem ausrichten. Die Einführung der Pflegeversicherung Mitte der 90er Jahre hat vielen Menschen geholfen. Aber jetzt ist es dringend an der Zeit, das Umlageverfahren Pflegeversicherung um eine kapitalgedeckte Zusatzversicherung zu ergänzen; denn Solidarität in der Pflege heißt, dass die Jungen

den Älteren helfen. Aber wir brauchen nicht nur Solidarität, sondern auch Gerechtigkeit. Deswegen ist es richtig, die Pflegeversicherung endlich generationengerechter auszugestalten als bisher.

Die Reformen der Krankenversicherung und der Pflegeversicherung werden in dieser Legislaturperiode vielleicht nicht die einfachsten Aufgaben für diese Koalition sein. Aber wenn es einfach wäre, dann hätten ja auch Sie regieren können. Der Wähler hat anders entschieden. Das Ziel ist klar. Packen wir es an.

Gewerbemiete

§ 393 BGB

Aufrechnungsverbot; Forderungen aus vorsätzlichen unerlaubten Handlungen auf beiden Seiten

Das Verbot der Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung gilt auch dann, wenn sich zwei Forderungen aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung gegenüber stehen, die aus einem einheitlichen Lebensverhältnis resultieren.

(BGH, Beschluss vom 15. 9. 2009 – VI ZA 13/09)

4 **Aus den Gründen:** II. 1. [...] Nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung des § 393 BGB ist die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung nicht zulässig (RG, Urteil vom 6. Dezember 1928 - VI 229/28 - RGZ 123, 6). Dieses gesetzliche Aufrechnungsverbot gilt auch dann, wenn - wie im Streitfall - auf beiden Seiten Forderungen aus vorsätzlichen unerlaubten Handlungen gegeben sind, die aus einem einheitlichen Lebensverhältnis resultieren. Soweit in Literatur und Rechtsprechung dazu teilweise eine andere Auffassung vertreten wird, vermag der Senat dem nicht zu folgen, zumal der Gesetzgeber die in der Literatur geäußerten Korrekturvorschläge weder bei der Schaffung des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I, S. 3138) noch bei Erlass des am 1. August 2002 in Kraft getretenen Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19. Juli 2002 (BGBl. I, S. 2674) aufgegriffen hat.

5 2. Die in der Literatur zum Teil vertretene Auffassung, wonach ein Aufrechnungsverbot zu verneinen sei, wenn auf beiden Seiten Forderungen aus vorsätzlichen unerlaubten Handlungen gegeben sind (Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, 14. Aufl., Bd. I, § 18 VI b; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., Rn. 339; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., § 40 VI 2 a; Staudinger/Bittner, BGB <2009>, § 273, Rn. 111; Erman/Wagner, BGB, 12. Aufl., § 393, Rn. 2; Kropholler, Studienkommentar BGB, 10. Aufl., Vor § 387, Rn. 10; Jauernig/Stürmer, BGB, 13. Aufl., § 393, Rn. 1; Lüke/Huppert, JuS 1971, 165, 167), ist mit dem klaren Wortlaut der Bestimmung nicht vereinbar. Im Hinblick darauf wird teilweise eine eingeschränkte Nichtanwendbarkeit des Aufrechnungsverbots nur für solche Fälle, in denen die gegenseitigen Ansprüche auf einem einheitlichen Lebensverhältnis - wie etwa einer Prügelei - beruhen, befürwortet (LG Stade, MDR 1958, 99; Soergel/Zeiss, aaO; Deutsch, NJW 1981, 735; BGB-RGRK/Weber, 12. Aufl., § 393,

Rn. 7; AnwK/Wermeckes, § 393, Rn. 2; Bamberger/Roth/Denhardt, BGB, § 393, Rn. 7; HK-BGB/Schulze, 4. Aufl., Rn. 1; Jauernig/Stürmer, aaO; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 33. Aufl., § 393, Rn. 15). Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass die Vorschrift einem kalkulierten Missbrauch des Aufrechnungsrechts zum Zwecke der Privatrache gegenüber einem zahlungsunfähigen Erstschädiger vorbeugen wolle. Diese Gefahr bestehe aber dann nicht, wenn das Zweitelikt innerhalb desselben Raufhandels begangen sei oder jedenfalls einen spontanen Racheakt in unmittelbarem Anschluss an das erste Delikt darstelle (so etwa Soergel/Zeiss, aaO). Eine andere Auffassung hält eine Korrektur des § 393 BGB nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB je nach den Umständen des konkreten Falles für geboten (Glötzner, MDR 1975, 718, 720 f.). Wiederum andere sprechen sich schließlich dafür aus, § 393 BGB nur dann anzuwenden, wenn der Schuldner zum Zwecke der Selbsthilfe gehandelt hat (Pielemeier, Das Aufrechnungsverbot des § 393 BGB: seine Entstehungsgeschichte und seine Bedeutung im geltenden Recht, 1988, S. 116 und Tamblé, Privilegien im Aufrechnungs- und Pfändungsrecht, insbesondere in ihrer Kollision, 1966, S. 94 ff., 97).

6 3. Eine eingeschränkte Nichtanwendbarkeit des Aufrechnungsverbots nur für solche Fälle, in denen die gegenseitigen Ansprüche auf einem einheitlichen Lebensverhältnis beruhen, ist jedoch abzulehnen. Sie würde zu einer nicht hinnehmbaren Rechtsunsicherheit führen, weil dann in jedem Einzelfall geprüft werden müsste, ob die Voraussetzung eines einheitlichen Lebensvorgangs gegeben ist. Nach wohl herrschender Meinung gilt das Aufrechnungsverbot deshalb uneingeschränkt (vgl. RGZ, aaO; OLG Celle, NJW 1981, 766; Staudinger/Gursky, BGB <2006>, § 393, Rn. 31; Enneccerus/Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 15. Aufl., § 73 II 2; v. Feldmann, JuS 1983, 357, 361, Fn. 58; Gerhardt, in: Athenäum-Zivilrecht, I, 731 f.; Haase, JR 1972, 137, 139; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 18. Aufl., Rn. 313; Planck/Siber, BGB, Bd. II, Anm. 4; Staudinger/Kaduk, BGB, 12. Aufl., § 393, Rn. 35; Münch-Komm-BGB/Schlüter, 5. Aufl., § 393, Rn. 5; Soergel/Zeiss, BGB, 12. Aufl., § 393, Rn. 5; jurisPK-BGB/Rußmann, 4. Aufl., § 393, Rn. 5; Pfeiffer in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl., § 393, Rn. 5).

7 4. Da es mithin dabei zu bleiben hat, dass die Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung entsprechend dem Gesetzeswortlaut generell unzulässig ist, hat das Berufungsgericht [OLG Karlsruhe] die Hilfsaufrechnung des Beklagten gegen die mit der Klage

geltend gemachte Forderung des Klägers aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung zu Recht nicht durchgreifen lassen.

Mitgeteilt von RiOLG Wellner, Karlsruhe

§§ 535, 554, 242 BGB

Gewerberaummiete; Filialunternehmen als Mieter; vereinbarte Dachgestaltung nach Baubeschreibung; nachträgliche Montage einer Photovoltaikanlage; Energieeinsparung; einheitliches Erscheinungsbild

Festlegungen in der Gebäude-Baubeschreibung, die ein wesentlicher Bestandteil des Gewerberaummietvertrags ist, bestimmen das Erscheinungsbild des Mieters; einseitige Veränderungen (hier: Montage einer Photovoltaikanlage auf dem mit roten Ziegeln gedeckten Dach) sind dem Vermieter nicht erlaubt.

(LG Bamberg, Urteil vom 4. 2. 2009 – 1 O 226/08)

(OLG Bamberg, Beschluss vom 25. 5. 2009 – 3 U 23/09)

(OLG Bamberg, Beschluss vom 30. 7. 2009 – 3 U 23/09)

Zum Sachverhalt: Die Klägerin verfolgt gegenüber den Beklagten einen Anspruch auf Beseitigung einer baulichen Veränderung am Mietobjekt sowie die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes.

Zwischen den Parteien besteht ein Mietverhältnis über gewerblich genutzte Räume und Außenflächen auf dem Anwesen zum Zwecke des Betriebs einer Filiale. Der dem Mietverhältnis der Parteien zugrunde liegende Mietvertrag datiert vom 11. 5. 2000. Das vermietete Gebäude war bei Abschluss des Mietvertrages noch nach einer Baubeschreibung vom 11. 5. 2000 zu errichten. Die Baubeschreibung wurde ausweislich ihres Deckblattes als „wesentlicher Bestandteil des Mietvertrages“ bezeichnet. Sie beinhaltet eine genaue Beschreibung des zu errichtenden Gebäudes. Der Mietvertrag wurde zwischen der Firma M. und der Firma X. geschlossen. Das Mietverhältnis wurde mit Vereinbarung vom 25. 4./2. 5./16. 5. 2001 auf die Beklagten als neue Vermieter mit Zustimmung der Klägerin übertragen. Mit Wirkung zum 21. 12. 2007 entstand durch formwechselnde Umwandlung der M. die Klägerin. Auf dem Dach des Gebäudes, in dem die von der Klägerin angemieteten Räumlichkeiten liegen, errichteten die Beklagten eine großflächige Photovoltaik-Anlage, ohne das Einverständnis der Klägerin hierzu einzuholen.

Die Klägerin trägt vor, die Beklagten seien zur Beseitigung der Photovoltaik-Anlage und Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes sowie zur Unterlassung künftiger gleichartiger Maßnahmen während der Nutzung des Objekts durch sie, die Klägerin, verpflichtet. Die konkreten baulichen Vorgaben seitens der Klägerin für das Mietgebäude in der dem Mietvertrag als Vertragsbestandteil beigefügten Baubeschreibung schlossen die Möglichkeit einer einseitigen Veränderung durch den Vermieter während der Mietzeit grundsätzlich aus. Die Gestaltung des Mietobjekts sei von Seiten der Klägerin in allen Einzelheiten festgelegt und vorgegeben. Dies gelte für das gesamte Gebäude. Daher bestehe weder eine Duldungspflicht der Klägerin gemäß § 554 BGB, noch eine solche nach Treu und Glauben (§ 242 BGB). Da in der Baubeschreibung die Ausführung der Dachfläche unter alleiniger Eindeckung des Dachs mit roten Dachziegeln vorgesehen sei, stehe ihr, der Klägerin, ein Anspruch auf Herstellung des Zustandes der Mietsache, wie in der Baubeschreibung vereinbart, zu, weshalb die Photovoltaik-Anlage beseitigt werden müsse.

Die Beklagten tragen vor, eine Anspruchsgrundlage für das Begehren der Klägerin bestehe nicht.

Es liege lediglich ein Mietverhältnis über die Geschäftsräume und Stellplätze, wie im Mietvertrag bezeichnet, vor. Da es sich also nicht um einen Grundstücksmietvertrag handle, seien, was die Geschäftsräume betreffe, nur Räume innerhalb eines

Gebäudes und nur diese und gerade nicht das gesamte Gebäude einschließlich der Außenmauern und des Daches vermietet. Die Beklagten seien daher als Eigentümer zur Anbringung der Photovoltaik-Anlage auf dem Dach befugt, zumal der Mietgebrauch der Klägerin hierdurch nicht beeinträchtigt werde. Schließlich verblieben ja die roten Dachziegel; zusätzliche Aufbauten seien weder im Mietvertrag, noch in der Baubeschreibung verboten.

Aus den Gründen:

Landgericht Bamberg: Die zulässige Klage ist begründet. Die Klägerin kann von den Beklagten die Beseitigung der Photovoltaik-Anlage und die Wiederherstellung des früheren Zustandes verlangen.

Den Beklagten ist es bereits aufgrund des zwischen ihnen und der Klägerin bestehenden Mietvertrages nicht erlaubt, die äußere Gestaltung des Gebäudes, in dem sich die Mieträume befinden, zu verändern, weshalb der Klägerin ein Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, notwendigerweise verbunden mit einer Beseitigung der Photovoltaik-Anlage, zusteht (vgl. Palandt, BGB, 68. Auflage, Rdnr. 35 zu § 554).

Die Baubeschreibung hinsichtlich des bei Abschluss des Mietvertrages noch zu errichtenden Gebäudes ist, so zwischen den Parteien des Mietvertrages ausweislich der Seite 1 vereinbart, wesentlicher Bestandteil des Mietvertrages und damit auch für die Parteien im vorliegenden Rechtsstreit verbindlich. Diese Baubeschreibung legt – auch wenn nur „Räumlichkeiten und Flächen“ vermietet worden sind – die äußere Gestaltung des Gebäudes, in dem sich die Mietmöglichkeiten befinden, bis ins Einzelne fest. So findet sich in Ziffer 1 der Baubeschreibung unter der Überschrift „Allgemeines“ die Regelung, dass es sich bei der Beschreibung des Baukörpers um Vorgaben handelt, die einzuhalten sind. In der Baubeschreibung wird, wie aus ihr ersichtlich, die Gestaltung des gesamten Gebäudes bis in letzte Details geregelt. So wird z. B. selbst die Anbringung von drei Hunderingen „nach Angabe M.“ geregelt (siehe S. 35 der Baubeschreibung unter 6.6). Geregelt ist insbesondere auch unter den Gliederungspunkten 2. 3. 1 bis 2. 3. 3 die Gestaltung des Daches. Hierfür sind Dachplatten als Betondachsteine, Fabrikat Braas „Tanus-Pfanne“ oder gleichwertig, Farbe rot, vorgegeben. Wenn aber die genaue Gestaltung des Gebäudes von den Parteien des Mietvertrages – mit allen Rechten und Pflichten von den Beklagten übernommen – bis ins Einzelne gehend geregelt ist, dann kommt es für die Entscheidung des vorliegenden Falles nicht darauf an, ob lediglich Räumlichkeiten und Flächen vermietet sind. Inhalt des Mietvertrages und somit für die Mietvertragsparteien verbindlich, ist dann auch die äußere Gestaltung des gesamten Gebäudes, so wie in der Baubeschreibung enthalten.

Aus der Beschreibung des Daches ergibt sich zwingend, dass die Dachflächen mit roten Dachplatten einzudecken sind. Im Gegenschluss ergibt sich hieraus genauso zwingend, dass hiervon dann nicht insofern abgewichen werden darf, als diese, das optische Erscheinungsbild erheblich verändernd, mit Photovoltaik-Platten überdeckt werden dürfen. Die Argumentation der Beklagten, schließlich befände sich unter der Photovoltaik-Anlage ja nach wie vor die rote Dacheindeckung, weshalb weder gegen den Mietvertrag, noch gegen die Baubeschreibung verstoßen worden sei, ist vordergründig und geht fehl. Durch die großflächige Photovoltaik-Anlage wird das Dach nachhaltig verändert. Solche Veränderungen sind aber, wie ausgeführt, zumindest ohne Einverständnis der Klägerin als Mietvertragspartei nicht erlaubt.

Da sich der Anspruch der Klägerin auf Gestaltung der Dachfläche (lediglich) mit der roten Dacheindeckung bereits aus dem Mietvertrag mit der ihm zugehörigen Baubeschreibung ergibt, kommt es für die Entscheidung des vorliegenden Falles nicht darauf an, ob eine Duldungspflicht gemäß § 554 BGB (abding-

bar, siehe Palandt, a. a. O., Rdnr. 3 zu § 454) bestünde, oder ob die Beklagten gemäß § 903 BGB mit ihrem Eigentum nach Belieben verfahren können.

Soweit die Beklagten argumentieren, wenn der klägerische Vortrag richtig sei, wonach die Baubeschreibung für alle Filialen in dieser Form verwendet werde, lägen von der Klägerin gestellte AGB vor, die, da überraschend und die Rechte des Eigentümers unangemessen beeinträchtigend, unwirksam seien, verfängt diese Argumentation ebenfalls nichts. Weder ist der Regelung angesichts der umfassenden und bis ins Detail gehenden Baubeschreibung ein überraschender Charakter zuzumessen, noch ist ersichtlich, wieso eine unangemessene Benachteiligung des Eigentümers und Vermieters stattfinden sollte.

Es ist für den Vertragspartner der Klägerin klar ersichtlich, dass diese verbindliche Vorgaben für die Gestaltung des zum Betrieb ihrer Filiale zu errichtenden Gebäudes wünscht und dass diese Vorgaben einzuhalten sind.

Auch der Unterlassungsanspruch der Klägerin ist begründet. Die gemäß § 259 ZPO erforderliche Wiederholungsgefahr ist gegeben. Die Besorgnis, dass die Beklagten auch künftig ihrer mietvertraglichen Verpflichtung zur Unterlassung das Dach verändernder Maßnahmen nicht nachkommen werden, ergibt sich zur Überzeugung des Gerichts daraus, dass die Beklagten bereits ohne Einverständnis der Klägerin eine solche Maßnahme vorgenommen haben und auf ihrer Rechtsansicht, hierzu berechtigt zu sein, beharren (vgl. Palandt, a. a. O., Rdnr. 32 zu § 1004).

Oberlandesgericht Bamberg, Beschl. v. 25. 5. 2009: II. Die zulässige Berufung der Beklagten ist nach derzeitigem Sachstand unbegründet.

Das Erstgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben. Der Senat nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die zutreffenden Gründe der angefochtenen Entscheidung Bezug. Das Berufungsvorbringen rechtfertigt keine andere Beurteilung. Insoweit ist auszuführen:

Der Beseitigungsanspruch der Klägerin ergibt sich aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB. Nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Der Umfang der Pflicht des Vermieters richtet sich dabei grundsätzlich danach, was die Parteien als vertragsgemäß vereinbart haben (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht, 9. Auflage, § 535 BGB, Rdnr. 49). Vorliegend haben die Mietvertragsparteien eine in der Baubeschreibung dokumentierte Ausgestaltung der Mietsache, auch der Dachfläche, vereinbart. Die Baubeschreibung ist Bestandteil des Mietvertrages. Hierdurch haben sich die Eigentümer ihres Rechtes nach § 903 BGB begeben, die Dachfläche nach ihren Vorstellungen anders auszugestalten. Vielmehr hat die Klägerin als Mieterin aufgrund der mietvertraglichen Vereinbarungen einen Anspruch darauf, dass die mit roten Dachziegeln einzudeckende und eingedeckte Dachfläche nicht durch die Anbringung einer Photovoltaik-Anlage überlagert wird.

Eine Duldungspflicht der Klägerin ergibt sich auch nicht aus § 554 Abs. 2 BGB. Zwar gelten alle Maßnahmen, die Energie einsparen können, als duldungspflichtige Modernisierung (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a. a. O., § 554 BGB, Rdnr. 142). Hierunter fällt jedoch nicht die Montage einer Photovoltaik-Anlage. Durch den Einbau einer solchen Anlage wird keine Energie eingespart. Photovoltaik-Anlagen sind technische Einrichtungen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien gem. § 3 Abs. 2 EEG. Sie werden aus Kostengründen regelmäßig an das allgemeine Stromnetz angeschlossen (§ 4 Abs. 1 EEG), um dort den gewonnenen Strom einzuleiten und von dem dafür erzielten Garantiepreis (§ 11 EEG) zu profitieren. Die Versorgung der Verbraucher – hier der Mieterin – erfolgt dagegen über das allgemeine Stromnetz. Bei der Klägerin wird daher vorlie-

gend keine Energie eingespart und der Gewinn aus dem verkauften Strom kommt den Beklagten als Anlagebetreiber zugute. Das vom Gesetzgeber normierte Modernisierungsziel „Energieeinsparung“ i. S. d. §§ 554 Abs. 2, 559 BGB wendet sich aber nicht an den Energieerzeuger, sondern an die Verbraucher (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, a. a. O., § 554 BGB, Rdnr. 145).

Eine Duldungspflicht der Klägerin lässt sich vorliegend auch nicht aus § 242 BGB ableiten. Auch wenn sich die äußere Dachgestaltung nicht unmittelbar auf die Nutzung des Gebäudeinneren auswirkt, hat die Klägerin ausweislich der vereinbarten Baubeschreibung großen Wert auch auf die äußere Gestaltung des Gebäudes, in der sie ihre Filiale betreibt, gelegt. Dies ist auch nachvollziehbar, da die Klägerin ihre Filialen üblicherweise in Gebäuden betreibt, die der Verbraucher aufgrund der äußeren Gestaltung sofort der Klägerin zuordnet. Wenn, wie vorliegend, die äußere Gebäudegestaltung bis ins einzelne vertraglich geregelt ist und die Vermieter, die einen nicht unerheblichen Mietzins für die Gebrauchsüberlassung erhalten, sich auf eine solche Vertragsgestaltung eingelassen haben, besteht für eine Berufung auf § 242 BGB kein Raum.

Der Senat ist nicht gehindert, nach § 522 Abs. 2 ZPO zu entscheiden. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 ZPO) liegen nicht vor. Der hier zu entscheidende Fall wird geprägt durch die ihm eigenen Besonderheiten im Tatsachenbereich.

Der Senat regt deshalb – unbeschadet der Möglichkeit zur Stellungnahme – die (kostengünstigere) Rücknahme des Rechtsmittels an und weist auf die in Betracht kommende Gerichtsgebührenermäßigung (KV Nr. 1220, 1221) hin.

Oberlandesgericht Bamberg, Beschl. v. 30. 7. 2009: Die zulässige Berufung ist durch einstimmigen Beschluss des erkennenden Senats zurückzuweisen, weil sie in der Sache keinen Erfolg haben kann und auch die sonstigen Voraussetzungen des § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO erfüllt sind.

Zur Begründung wird auf den Beschluss vom 25. 5. 2009, in welchem auf die beabsichtigte Verfahrensweise hingewiesen worden ist, Bezug genommen. Die dagegen vorgebrachten Einwände im Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 28. 7. 2009 geben keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung. Hierzu ist auszuführen:

a) Wie der Senat bereits im Hinweisbeschluss ausgeführt hat, ist darauf abzustellen, welche Vereinbarungen die Parteien hinsichtlich der vertragsgemäßen Beschaffenheit der Mietsache getroffen haben. Ausweislich der – unstreitig – zum Vertragsbestandteil gewordenen Baubeschreibung haben die Parteien eine bestimmte Ausgestaltung der Dachfläche vereinbart. Ohne Bedeutung ist, aus welchen Gründen die Baubeschreibung, aus der sich die Ausgestaltung der Dachfläche ergibt, Vertragsbestandteil wurde und wie sich die hypothetische Rechtslage darstellen würde, wenn eine Vereinbarung hinsichtlich der Ausgestaltung der Dachfläche nicht getroffen worden wäre.

b) Der Senat vermag auch nicht dem Vorbringen der Beklagten zu folgen, wonach danach zu differenzieren sei, ob Veränderungen am Mietobjekt selbst oder an nicht mitvermieteten Flächen vorgenommen wurden. Mietgegenstand sind Räumlichkeiten in einem bestimmten Objekt, das nach der vertraglich getroffenen Vereinbarung eine bestimmte Ausgestaltung – nämlich so, wie in den Plänen und der Baubeschreibung beschrieben (§ 1 Ziff. 3 des Mietvertrages) – aufzuweisen hat. Eine Veränderung der äußeren Ausgestaltung des Objektes, hier der Dachfläche, muss die Klägerin deshalb nicht hinnehmen. Eine Duldungspflicht der Klägerin besteht aus den im Hinweisbeschluss bereits angeführten Gründen nicht. Eine solche ergibt sich auch nicht aus § 10 Ziff. 1 des Mietvertrages, denn die Anbringung einer Photovoltaik-Anlage führt, was dem Senat aus eigener Anschauung bekannt ist, zu einer erheblichen Veränderung der Außenansicht eines Daches, da die originäre Dacheindeckung in weiten Bereichen von den Trägern der Pho-

tovoltaik-Anlage überdeckt wird. Dies ist auch vorliegend der Fall und ergibt sich aus den von der Klägerin vorgelegten Lichtbildern. Eine solche Veränderung der vertraglich vereinbarten Ausgestaltung des Daches des Objekts, in dem sich die von der Klägerin gemieteten Räumlichkeiten befinden, muss diese nicht dulden.

c) Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Senat nicht gehindert, durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zu entscheiden. Die Berufung hat, wie der Senat mit Beschluss vom 25. 5. 2009 und vorstehend bereits ausgeführt hat, keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert eine Entscheidung des Berufungsgerichts nicht (§ 522 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Der Senat setzt sich mit seiner Entscheidung nicht in Widerspruch zur Entscheidung anderer Oberlandesgerichte oder Entscheidungen des Bundesgerichtshofs. Der vorliegende Rechtsstreit ist auch nicht von grundsätzlicher Bedeutung. Zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist ein Urteil des Berufungsgerichts nicht erforderlich (§ 522 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 3 ZPO). Der vorliegende Rechtsstreit ist geprägt durch die Besonderheiten des Einzelfalls, die ihre Grundlagen im tatsächlichen Geschehen haben. Eine über den Einzelfall hinausgehende Wirkung kommt ihm nicht zu.

Mitgeteilt von RA Specht, Fries RAe, Nürnberg

§§ 535, 315 BGB

Gewerberaumiete; Ladenlokal; Wasserabrechnung; billiger Maßstab nach Mietobjekten im Gebäude

Bei einer Grundstücksübergabe unter Vorbehalt des Nießbrauchs für den Veräußerer kommt es nicht zu einem Vermieterwechsel (§ 566 Abs. 1 BGB; vgl. hierzu BGH NJW 2006, 51 = WuM 2005, 769; Senat ZMR 2003, 570 ff. = GuT 2003, 147 KL; Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Auflage, § 566 Rn. 4; ders./Bassenge, § 1030 Rn. 4). (nur Leitsatz)

Unterlässt der Vermieter ohne ein entsprechendes Verlangen des Mieters den vertraglich vorgesehenen Einbau eines Wasserzählers, so kann er die Wasserkosten nach billigem Ermessen den Mieteinheiten entsprechend auf die Mieter umlegen.

Der Verzicht auf oder die Verwirkung von Nebenkostenforderungen ist nur anzunehmen, wenn ein unzweideutiges Verhalten des Vermieters auf eine Abstandnahme von den Forderungen schließen lässt. (nur Leitsatz)

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. 10. 2008 – I-24 U 84/08)

Aus den Gründen: I. 2. c. Die abgerechneten Wasserkosten sind vom Beklagten in den errechneten Anteilen zu tragen.

Zwar sind entgegen der in § 3 2) MV erklärten Absicht von den Vermietern keine Wasserzähler eingebaut worden. Auch wurde keine „Einigung“ über die Wasserkosten herbeigeführt, wie dies im MV vorgesehen ist. Dies enthebt den Beklagten indes nicht seiner Verpflichtung zur Zahlung der ermittelten Kosten. Der Beklagte hat zu keinem Zeitpunkt von den Vermietern die Installation der Zwischenzähler verlangt bzw. darauf gedrungen, eine Einigung über den Verteilungsmodus herbeizuführen. Dafür ist nichts ersichtlich und auch nichts vorgetragen. Vielmehr haben die Kläger unwidersprochen vorgetragen, dass dem Beklagten die Abrechnungen der Nebenkosten, welche den jetzt auch zugrunde gelegten Verteilungsschlüssel aufweisen, zugeleitet wurden und er diese auch erhalten hat. Der Beklagte hat darauf jedoch nicht reagiert, diese also nicht beanstandet, sondern es vorgezogen, zu schweigen und die noch ausstehenden Nebenkosten über einen Zeitraum von mehreren Jahren nicht zu bezahlen.

Da somit keine Regelung getroffen wurde, haben die Vermieter in Ausübung ihres billigen Ermessens gemäß §§ 315, 316

BGB den Verteilungsschlüssel festzulegen (vgl. BGH ZMR 1993, 263 [= WuM 1993, 109]; siehe hierzu auch Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 8. Auflage, Rn. 4076 ff.). Eine Verteilung nach Einheiten erscheint nicht ohne weiteres unbillig. Eine absolute Verteilungsgerechtigkeit gibt es nicht. Das Bestimmungsrecht nach billigem Ermessen gibt dem Vermieter einen bis an die objektiven Grenzen reichenden Ermessensspielraum bei der Wahl der in Betracht kommenden Verteilungsschlüssel (OLG Hamm WuM 1983, 315; OLG Düsseldorf ZMR 2000, 215 f. [= WuM 2000, 133]). Deshalb obliegt es im Streitfall zunächst dem Mieter, die Billigkeit der getroffenen Leistungsbestimmung substantiiert zu bestreiten (vgl. OLG Düsseldorf ZMR 2000, 215 f. [= WuM a. a. O.]). Solches ist hier indes durch den Beklagten nicht erfolgt. Allein der Hinweis darauf, dass er in seinen Räumen ein Gewerbe betreibt, während ein Teil der übrigen Objekte zur Wohnungsmiete genutzt werden, ist nicht ausreichend, die grobe Unbilligkeit des gewählten Maßstabs zu begründen. Eine Änderungsverpflichtung des Vermieters gemäß §§ 242, 315 BGB wird auch nur dann angenommen, wenn der bisherige Maßstab grob unbillig ist oder im Laufe der Zeit unbillig geworden ist (LG Düsseldorf WuM 1996, 777; Schmid, a. a. O., Rn. 4119), für einen Mieter zu nicht mehr hinnehmbaren Belastungen führt und ein Wechsel des Maßstabs möglich und zumutbar ist (vgl. Schmid, a. a. O., Rn. 4119 m. w. N.). Die Unbilligkeit muss evident sein und ein anderer Maßstab muss zu gerechteren Ergebnissen führen (LG Mannheim NZM 1999, 365; Schmidt, a. a. O., Rn. 4119). Dass diese Voraussetzungen hier vorliegen, lässt sich dem Vorbringen des Beklagten nicht entnehmen.

Mitgeteilt von VRIOLG Ziemßen, Düsseldorf

§§ 307, 535, 536, 543, 242 BGB

Gewerberaumiete; Mietminderung unter Hinterlegung des Minderungsbetrags gemäß Formalmietvertrag; Zahlungsverzug

Die in einem Mietvertrag über Gewerberäume enthaltene Klausel folgenden Inhalts:

„Eine nicht ausdrücklich vom Vermieter zugestandene oder rechtskräftig bestätigte Mietminderung darf der Mieter nur vornehmen, wenn in Höhe des Minderungsbetrages zugleich eine Hinterlegung bei der Justizkasse eines Deutschen Gerichts durch ihn erfolgt“

ist wirksam und verstößt insbesondere nicht gegen § 307 BGB.

(KG, Urteil vom 16. 3. 2009 – 8 U 112/08)

Aus den Gründen: I. Die Berufung der Beklagten richtet sich gegen das am 28. Februar 2008 verkündete Urteil der Zivilkammer 12 des Landgerichts Berlin, auf dessen Tatbestand und Entscheidungsgründe Bezug genommen wird.

Die Beklagten tragen zur Begründung der Berufung vor:

Die fristlose Kündigung vom 25. November 2005 sei unwirksam, denn sie, die Beklagten, seien zur Minderung des Mietzinses berechtigt gewesen.

Die in Ziffer C. 7 des Mietvertrages enthaltene Klausel sei gemäß § 307 BGB unwirksam, weil sie die Rechte des Mieters unangemessen beeinträchtige. Durch diese Klausel werde das Interesse des Mieters, sein Gewerbe ohne Liquiditätsprobleme betreiben zu können, beeinträchtigt. Außerdem werde durch diese Klausel das Interesse des Vermieters an fortlaufenden Mietzahlungen zur Sicherstellung seiner Bewirtschaftungs- und Kapitalkosten nicht geschützt. Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2008, 2497 [= GuT 2008, 280]) sei eine Einschränkung des Minderungsrechtes des Mieters nur angesichts des berechtigten Interesses des Vermieters an der fortlaufenden pünktlichen Zahlung der vereinbarten Miete zulässig, da der Vermieter auf diese Zahlungen angewiesen sei, um ohne Liquiditätsprobleme die Immobilie zu bewirtschaften und finanzieren zu

können. Durch die in Ziffer C. 7 enthaltene Regelung werde dieses Interesse des Vermieters aber gerade nicht geschützt. Durch die Klausel werde der Vermieter allenfalls vor Liquiditätsproblemen des Mieters geschützt.

Außerdem handele es sich bei der Regelung auch um eine überraschende Klausel im Sinne von § 305 c Absatz 1 BGB.

Sie, die Beklagten, hätten alles getan, um eine Hinterlegung der Minderungsbeträge zu bewerkstelligen. Sie hätten bei der Hinterlegungsstelle unter Vorlage des Mietvertrages die Hinterlegung beantragt. Die Kläger wären verpflichtet gewesen, auf ihr Schreiben vom 29. Dezember 2005 zu reagieren und mitzuteilen, ob sie eine Hinterlegung wünschten.

Die Kläger hätten außerdem durch schlüssiges Verhalten auf die Hinterlegung der geminderten Beträge verzichtet. Erst nachdem das Landgericht mit Verfügung vom 12. April 2007 auf die in Ziffer C. 7 enthaltene Regelung hingewiesen habe, hätten sich die Kläger argumentativ auf diese Regelung gestützt. Hieraus folge, dass es ihnen zu keinem Zeitpunkt auf diese mietvertragliche Regelung angekommen sei.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts hätten die Kläger die Minderung auch zugestanden. Bereits mit Schriftsatz vom 25. Juni 2007 hätten sie vorgetragen, dass Herr K. gegenüber dem Beklagten mitgeteilt hätte, dass die Kläger die geminderten Beträge bei dem Mieter der als Fitnessstudio vermieteten Einheit zurückfordern werde. Hieraus folge, dass die Kläger die Minderung akzeptiert hätten. Einer Konkretisierung der Minderungshöhe habe es nicht bedurft. Der Vortrag sei ausreichend substantiiert. Herr K. sei auch bevollmächtigt gewesen, diese Erklärung abzugeben. Im Übrigen hätte das Landgericht zumindest im Hinblick auf die Substantiierung die vermeintlich fehlende Vollmacht des Herrn K. gemäß § 139 ZPO einen rechtlichen Hinweis erteilen müssen.

Die Mietzinsansprüche seien entgegen der Auffassung des Landgerichts auch verwirkt. Sie, die Beklagten, hätten aus dem Umstand, dass Herr K. ihnen gegenüber erklärt hat, dass die Kläger den Mietzinsausfall beim Mieter des Fitnessstudios einfordern würden, schließen können, dass die von ihnen geminderten Beträge nicht mehr gefordert werden würden. Außerdem hätten sie aus dem Umstand, dass die Kläger bei Abschluss des Nachtrages Nr. 1 nicht zumindest den damals geminderten Betrag nachgefordert hätten, den Schluss ziehen können, dass die vorgenommene Minderung akzeptiert worden sei. Zudem sei zu berücksichtigen, dass sie, die Beklagten, nach der Mahnung vom 23. November 2004 mit Schreiben vom 30. November 2004 darauf hingewiesen hätten, dass es sich bei den Unterzahlungen um Mietkürzungen handele.

Zudem verstoße die fristlose Kündigung gegen Treu und Glauben, denn die Kläger hätten vor der fristlosen Kündigung vom 25. November 2005 nur einmal mit Schreiben vom 23. November 2004 die Zahlung vermeintlich rückständiger Beträge angefordert.

Im Übrigen komme allenfalls eine Verpflichtung zur Zahlung an die Hinterlegungsstelle eines deutschen Gerichts in Betracht.

Die Kläger halten das angefochtene Urteil für zutreffend und tragen ergänzend vor:

Die Beklagten seien nach der in Ziffer C. 7 enthaltenen Regelung verpflichtet gewesen, die unterzahlten Beträge zu hinterlegen. Die Beklagten hätten die Hinterlegung aber erst mit Schreiben vom 5. Dezember 2005 und damit nach der fristlosen Kündigung vom 25. November 2005 beantragt. Eine Hinterlegung wäre gänzlich ohne Zutun der Kläger möglich gewesen, denn zu einer Hinterlegung hätte es nur der Vorlage des Mietvertrages bzw. seiner Regelung in Ziffer C. 7 bedurft, verbunden mit der Angabe, dass man sich über angeblich bestehende Mängel streite. Eine entsprechende Hinterlegung sei anderen Gewerbemietern bereits gelungen.

Sie, die Kläger, hätten weder auf eine Hinterlegung verzichtet, noch seien die behaupteten Mängel *ausdrücklich* anerkannt worden. Weder habe Herr K. eine entsprechende Erklärung abgegeben, noch sei er hierzu bevollmächtigt gewesen.

Weder sei der geltend gemachte Zahlungsanspruch verwirkt, noch verstoße die fristlose Kündigung gegen Treu und Glauben.

II. Die Berufung der Beklagten ist unbegründet.

Die Kläger haben gegen die Beklagten als Gesamtschuldner gemäß §§ 546, 421 BGB einen Anspruch auf Räumung und Herausgabe der streitgegenständlichen Geschäftsräume und Parkplätze. Das Mietverhältnis zwischen den Parteien ist durch die fristlose Kündigung der Kläger vom 25. November 2005 wirksam gemäß § 543 Abs. 2 Ziffer 3 a BGB beendet worden, weil sich die Beklagten zu diesem Zeitpunkt mit der Entrichtung der Miete für mehr als zwei aufeinanderfolgende Termine in Verzug befanden.

Die Kläger haben ferner gegen die Beklagten als Gesamtschuldner gemäß §§ 535 Abs. 2, 546 a Abs. 1, 421 BGB einen Anspruch auf Zahlung des geltend gemachten Mietzins- und Nutzungsentschädigungsanspruchs in Höhe von insgesamt 26.286,47 € für die Monate April und Juli 2004 sowie die Zeit von Oktober 2004 bis Juni 2006.

Die Beklagten waren gemäß lit. C Nr. 7 des Mietvertrages nicht zur Minderung berechtigt. Die Klausel ist wirksam und verstößt insbesondere nicht gegen § 307 BGB. Gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.

Nach § 307 Abs. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Keine dieser Voraussetzungen für eine unangemessene Benachteiligung liegen vor. § 536 Abs. 4 BGB schließt die Möglichkeit zur Vereinbarung eines Minderungsausschlusses nur für Wohnraummietverträge aus. In Geschäftsraummietverträgen kann das Minderungsrecht formularvertraglich eingeschränkt werden, da die Minderung nicht zu den Grundprinzipien des Mietrechts gehört (BGHZ 91, 375; KG, KGR 2002, 122). So kann die Minderung davon abhängig gemacht werden, dass der Minderungsanspruch oder der zugrunde liegende Mangel rechtskräftig festgestellt ist (BGH, WPM 1993, 914) oder der Vermieter die Mietminderung ausdrücklich zugesteht. Hierdurch wird der Mieter nicht gehindert, das zu viel Geleistete nach § 812 BGB zurückzuverlangen oder Schadensersatz nach § 538 BGB zu fordern (BGH, WPM 1993, 914, KG, a. a. O.).

Im Fall der vorliegenden Klausel ist der Mieter nicht gehindert, in einem gesonderten Prozess auf Auszahlung des hinterlegten Betrages zu klagen. Dem Mieter wird dadurch nichts Unbilliges zugemutet und eine alsbaldige Klärung der Mängelfrage wird ebenfalls gefördert (vgl. insoweit BGH, NJW-RR 1993, 519).

Den Beklagten kann nicht gefolgt werden, soweit sie meinen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes eine Einschränkung des Minderungsrechtes des Mieters nur angesichts des berechtigten Interesses des Vermieters an der fortlaufenden pünktlichen Zahlung der vereinbarten Miete zulässig sei. Bis zur Entscheidung vom 23. April 2008 (BGH, NJW 2008, 2497 [= GuT 2008, 280]) hat der Bundesgerichtshof die Auffassung vertreten, „dass im kaufmännischen Verkehr der Pächter hinsichtlich des Minderungsrechtes auf eine gesonderte Klage verwiesen werden kann“, „weil dadurch dem geschäftlich Unerfahrenen nichts Unbilliges zugemutet und auch eine alsbaldige Klärung der Mängelfrage gefördert wird“ (BGH, NJW-RR 1993, 519). Genau diese Voraussetzungen, liegen – wie dargelegt – bei der streitgegenständlichen Klausel vor. Der Bundesgerichtshof ist von dieser Auffassung auch nicht ab-

gerückt, sondern hat in seiner Entscheidung vom 23. April 2008 lediglich ergänzend ausgeführt, dass „solche Klauseln, die nur die Einbehaltung des Minderungsbetrages von der laufenden Miete ausschließen, dem Mieter jedoch die Möglichkeit belassen, den geminderten Teil der Miete nach § 812 BGB zurückzufordern“, dem „berechtigten Interesse des Vermieters an der fortlaufenden pünktlichen Zahlung der vereinbarten Miete Rechnung“ tragen. Die vorliegende Klausel trägt ebenfalls dem Interesse des Vermieters an einer fortlaufenden pünktlichen Zahlung der vereinbarten Miete Rechnung. Zwar wird sie dem Interesse des Vermieters, die Immobilie ohne Liquiditätsprobleme bewirtschaften und finanzieren zu können, nicht in gleichem Maße gerecht, wie wenn der Mieter den Mietzins direkt an den Vermieter zu zahlen hat. Der Vermieter wird durch diese Klausel aber jedenfalls davor geschützt, dass der Mieter bis zur Klärung der Frage, ob er zur Minderung berechtigt ist oder nicht, illiquide wird. Da dem Mieter zugleich nichts Unbilliges zugemutet wird und eine alsbaldige Klärung der Mängelfrage gefordert wird, liegt eine unangemessene Benachteiligung des Mieters nicht vor.

Das Landgericht hat in der angefochtenen Entscheidung auch zutreffend ausgeführt, dass die Beklagten auch nicht etwa deshalb zur Minderung berechtigt sind, weil sie alles getan hätten, um eine Hinterlegung des Minderungsbetrages bei der Justizkasse zu bewirken. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Beklagten bei der Antragstellung einen Mietvertrag eingereicht haben. Entscheidend ist, dass die Beklagten sich nach Erhalt des Schreibens der Hinterlegungsstelle nicht darauf beschränken durften, die Kläger aufzufordern mitzuteilen, ob sie eine Hinterlegung wünschen. Darauf, ob die Kläger eine Hinterlegung wünschen, kam es nämlich gar nicht an. Nach dem Mietvertrag waren die Beklagten berechtigt, eine Mietminderung vorzunehmen, wenn sie in Höhe des Minderungsbetrages eine Hinterlegung bei der Justizkasse vornehmen. Das heißt, die Entscheidung, ob hinterlegt wird oder nicht, liegt allein beim Mieter. Die Kläger waren nicht verpflichtet mitzuteilen, ob sie eine Hinterlegung wünschen.

Davon abgesehen hätte auch eine erfolgreiche Hinterlegung im Dezember 2005 nichts an der Wirksamkeit der Kündigung vom 25. November 2005 geändert.

Die Beklagten sind auch nicht etwa deshalb zur Minderung berechtigt, weil sich die Kläger erst während des Prozesses auf die in lit. C Nr. 7 enthaltene Klausel berufen haben. Es gehört nicht zu den Pflichten eines Vermieters, den Mieter auf die Einhaltung der vertraglichen Regelungen hinzuweisen. Wenn ein solcher Hinweis nicht erfolgt, kann darin kein konkludenter Verzicht auf die Einhaltung dieser Verpflichtungen gesehen werden.

Den Beklagten kann auch nicht gefolgt werden, soweit sie meinen, die Kläger hätten die Minderung zugestanden. Nach der in lit. C Nr. 7 des Mietvertrages enthaltenen Regelung ist der Mieter u. a. zur Minderung berechtigt, wenn der Vermieter die Mietminderung ausdrücklich zugesteht. Ein derartiges Zugeständnis setzt voraus, dass der Vermieter erklärt, wegen welcher Mängel genau der Mieter in welcher Höhe und in welchem Zeitraum zur Minderung berechtigt sein soll. Dem Vortrag der Beklagten kann nicht entnommen werden, dass die Kläger eine derartige Erklärung abgegeben haben. Selbst wenn Herr K. in Vollmacht der Kläger gegenüber den Beklagten geäußert haben sollte, dass die Kläger die geminderten Beträge bei dem Mieter des Fitnessstudios zurückfordern werden, hätte er damit die Mietminderung nicht zugestanden. Die Äußerung könnte allenfalls dahingehend verstanden werden, dass die Kläger beabsichtigen, den Inhaber des Fitnessstudios für den Fall, dass die Beklagten sich im Rahmen eines Rechtsstreites erfolgreich auf Mietminderung berufen können sollten, wegen des ihnen daraus entstehenden Schadens in Regress zu nehmen. Eine *rechtsgeschäftliche* Erklärung mit dem Inhalt, dass die Kläger die Berechtigung der Mieter zur Mietminderung wegen be-

stimmter Mängel in bestimmter Höhe in einem bestimmten Zeitraum zugestehen wollten, kann der Äußerung nicht entnommen werden.

Der Einwand der Beklagten, das Landgericht habe es versäumt, auf die fehlende Substantiiertheit hinzuweisen, greift nicht, da sie nicht vorgetragen haben, was sie vorgetragen hätten, wenn der Hinweis erfolgt wäre, § 520 Abs. 3 Ziffer 4 ZPO. Die Berufungsbegründung wiederholt insoweit lediglich den erstinstanzlichen Vortrag.

Ein ausdrückliches Zugeständnis liegt auch nicht etwa deshalb vor, weil die Kläger auf das Schreiben der Beklagten vom 30. November 2004, in dem diese erklärten, dass es sich bei den Unterzahlungen um Mietkürzungen handele, nicht reagiert haben. Die Kläger waren nicht verpflichtet, ihren gegenteiligen Willen zum Ausdruck zu bringen. Das bloße Schweigen auf das Schreiben vom 30. November 2004 stellt daher keine Willenserklärung dar (Palandt/Ellenberger, BGB, 68. Auflage, Einf. v. 116, Rdnr. 7).

Die fristlose Kündigung verstößt nicht gegen Treu und Glauben. Die Kläger waren nicht verpflichtet, die Beklagten vor Ausspruch der Kündigung ein weiteres mal abzumahnern, da sich ihnen nicht der Schluss aufdrängen musste, dass die Nichtzahlung der Miete nicht auf Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsunwilligkeit, sondern auf einem bloßen Versehen und auf sonstigen von ihnen nicht zu vertretenden Umständen beruht (OLG Düsseldorf, NZM 2004, 786 [= GuT 2004, 122]).

Zutreffend hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass die geltend gemachten Mietzinsansprüche nicht verwirkt sind.

Die Annahme einer Verwirkung setzt neben dem Zeitablauf (sog. Zeitmoment) das Vorliegen besonderer, ein Vertrauen des Verpflichteten begründender Umstände voraus (sog. Umstandsmoment). Zwischen diesen Umständen und dem erforderlichen Zeitablauf besteht eine Wechselwirkung insofern, als der Zeitablauf umso kürzer sein kann, je gravierender die sonstigen Umstände sind, und dass umgekehrt an diese Umstände desto geringere Anforderungen gestellt werden, je länger der abgelaufene Zeitraum ist (BGH, NJW 2006, 219 [= GuT 2006, 25]). Ob eine Verwirkung vorliegt, richtet sich letztlich nach den vom Tatrichter festzustellenden und zu würdigenden Umständen des Einzelfalles (Schmidt-Futterer/Gather, Mietrecht, 9. Aufl. § 548 Rdnr. 11).

Nach der Rechtsprechung liegt das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment bei der Geltendmachung von Mietzinsansprüchen in der Regel dann vor, wenn der Vermieter eine unberechtigte Minderung über einen Zeitraum von zwei Jahren (BGH, NJW 2006, 219 [= GuT 2006, 25]), drei Jahren (BGH, NJW-RR 2003, 727) oder sechs Jahren (OLG Düsseldorf, NJW-RR 2003, 1016 [= GuT 2003, 59]) geduldet hat.

Vorliegend geht es um den Zeitraum von 20. Monaten zwischen dem ältesten Mietzinsrückstand von April 2004 und der Kündigung vom November 2005 und um den Zeitraum von einem Jahr zwischen Mahnung und Kündigung. Die Kläger haben den ausstehenden Mietzins mit Schreiben vom 23. November 2004 gemahnt und haben das Mietverhältnis dann ohne weitere Mahnung mit Schreiben vom 25. November 2005 fristlos gekündigt. Das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment liegt im vorliegenden Fall schon deshalb nicht vor, weil die Kläger mit dem Mahnschreiben vom 23. November 2004 eindeutig zum Ausdruck gebracht haben, dass sie auf der Zahlung des Mietzinses in voller Höhe bestehen (Palandt/Heinrichs, a. a. O., § 242, Rdnr. 94).

Den Beklagten kann auch nicht gefolgt werden, soweit sie meinen, es komme allenfalls eine Verpflichtung zur Zahlung an die Hinterlegungsstelle eines deutschen Gerichtes in Betracht. Die Beklagten wären aufgrund der in Ziffer C. 7 des Mietvertrages enthaltenen Regelung berechtigt gewesen, eine Mietminderung in der Weise vorzunehmen, dass sie den Minderungsbetrag bei der Justizkasse eines deutschen Gerichtes hinterlegen. Dies haben die Beklagten unstreitig nicht getan.

Die Kläger ihrerseits haben gegen die Beklagten aufgrund der in Ziffer C. 2 enthaltenen Regelung einen Anspruch auf Zahlung der geltend gemachten Miete und Nutzungsentschädigung an sie, die Kläger, selbst.

Die Revision zum Bundesgerichtshof wird nicht zugelassen, da weder die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert, § 543 Absatz 2 Satz 1 ZPO. Insbesondere werden zu der der Frage, ob Ziffer C. 7 des hier streitgegenständlichen Mietvertrages gemäß § 307 BGB unwirksam sein könnte, keine unterschiedlichen Auffassungen vertreten. Die Klausel ist unzweifelhaft wirksam.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 8. Zivilsenats des Kammergerichts

§§ 536, 546a, 535 BGB

Gewerberaumtiete; ehemaliges Bahnhofsgebäude; vertragsgemäßer Gebrauch als „Kulturzentrum“; Mangel; öffentlichrechtliches Gebrauchshindernis; Denkmalschutz; fehlende Umwidmung; Schallschutz

Öffentlichrechtliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen, stellen dann einen Fehler der Mietsache dar, wenn die fehlende Genehmigung eine Aufhebung oder erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch zur Folge hat, weil die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts untersagt oder wenn ein behördliches Einschreiten insoweit ernstlich zu erwarten ist (hier verneint für ehemaliges Bahnhofsgebäude).

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 5. 5. 2009 – I-24 U 87/08)

Zum Sachverhalt: I. Die Parteien waren verbunden durch Mietvertrag vom 19. 5./27. 9. 2005 über das Gebäude des ehemaligen Bahnhofs Duisburg-Walsum. Der beklagte Verein zahlte die vereinbarte Miete für die Zeit vom 15. 4. 2005 bis einschließlich Juni 2006. Danach leistete er keine Zahlungen mehr. Am 6. 3. 2008 begann der Beklagte mit der Räumung des Mietobjekts. Spätestens am 22. 5. 2008 nahm die Klägerin das Bahnhofsgebäude wieder in Besitz.

Durch das angefochtene Urteil, auf dessen Tatbestand wegen der weiteren Einzelheiten des unstrittigen Sachverhalts und des streitigen Parteivorbringens erster Instanz gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das Landgericht Duisburg nach Beweisaufnahme den Beklagten zur Zahlung von 6450,00 € nebst Zinsen sowie zur Räumung des Mietobjekts verurteilt und zugleich die Widerklage abgewiesen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung. Er macht geltend, auf Grund öffentlich-rechtlicher Beschränkungen sei das Bahnhofsgebäude von Beginn der Mietzeit an nicht für den im Vertrag vorgesehenen Nutzungszweck als „Kulturzentrum“ nutzbar gewesen. Zum einen sei es - unstrittig - noch dem Bahnbetrieb gewidmet gewesen; die erforderliche Umwidmung habe gefehlt. Zum anderen sei der Vertragszweck auf Grund des für das Gebäude - ebenfalls unstrittig - bestehenden Denkmalschutzes nicht zu verwirklichen gewesen. Insbesondere die zur Gewährleistung des Schallschutzes bei lauten Musikveranstaltungen notwendigen Umbaumaßnahmen seien aus Gründen des Denkmalschutzes nicht durchführbar gewesen. Im übrigen sei der Beklagte seit dem 20. 6. 2007 nicht mehr im Besitz des Objektes gewesen.

Die Parteien haben den Rechtsstreit hinsichtlich des Räumungsantrages übereinstimmend für erledigt erklärt und beantragen insoweit, jeweils der Gegenseite die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Der Beklagte beantragt im Übrigen, unter Abänderung des angefochtenen Urteils 1. den Zahlungsantrag der Klägerin insgesamt abzuweisen, 2. widerklagend die Klägerin zu verurtei-

len, an ihn 8917,50 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über den jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen, hilfsweise, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Aus den Gründen: II. Die Berufung des Beklagten hat nur in einem geringen Umfang Erfolg. Im übrigen hat es bei der Entscheidung des Landgerichts zu verbleiben.

1. Die Klage ist durch Zeitablauf hinsichtlich der vom Landgericht zugesprochenen Teilbeträge von monatlich 155,00 € (Nebenkostenvorauszahlungen) für die Monate Januar bis Juni 2007 nebst der hierauf entfallenden Zinsen unschlüssig geworden. Mit Ende des Jahres 2008 ist der Abrechnungszeitraum auch für diese Nebenkostenvorauszahlungen abgelaufen. Auf die zutreffenden Erwägungen des Landgerichts zu den Nebenkostenvorauszahlungen für die Monate Juli bis Dezember 2006, die hier sinngemäß in gleicher Weise gelten, wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

2. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht den Beklagten aus §§ 535 Abs. 2, 546 a Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 3 des Mietvertrags und Ziff. 12. 5 der AVB der A.-GmbH zur Zahlung von Miete/Nutzungsentschädigung in Höhe von monatlich 460,00 € für die Zeit von Juli 2006 bis einschließlich Juni 2007 nebst Verzugszinsen aus §§ 286 Abs. 2 Nr. 1, 288 Abs. 1 und 2 BGB verurteilt. Entgegen der Auffassung des Beklagten war der Mietzinsanspruch nicht gemäß § 536 Abs. 1 BGB infolge für das gemietete Bahnhofsgebäude bestehender öffentlich-rechtlicher Nutzungsbeschränkungen gemindert oder ausgeschlossen.

a) Der Beklagte war nicht berechtigt, die Mietzahlungen wegen des Fehlens einer Entwidmung des Bahnhofsgebäudes und einer baurechtlichen Genehmigung der nach dem Inhalt des Vertrags beabsichtigten Nutzung als „Kulturzentrum“ einzustellen.

aa) Zwar entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass öffentlich-rechtliche Gebrauchshindernisse und -beschränkungen, die der vertragsgemäßen Nutzung entgegenstehen, dann einen Fehler der Mietsache im Sinne des § 536 BGB darstellen, wenn sie mit der Beschaffenheit der Mietsache zusammenhängen, nicht in persönlichen oder betrieblichen Umständen des Mieters ihre Ursache haben und mietvertraglich nichts Abweichendes vereinbart ist (vgl. BGH NJW 2000, 1714 [= WuM 2000, 593]; OLG Düsseldorf - 10. Zivilsenat - DW 2006, 240 [= GuT 2006, 138] m.w.N.). In diesem Sinn kann auch das Fehlen einer öffentlich-rechtlichen Genehmigung einen Mangel darstellen, der den Mieter zur Minderung der vereinbarten Miete berechtigen (§ 536 Abs. 1 BGB) und daneben die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) geben kann.

bb) Das Fehlen einer für die Nutzung als Versammlungsstätte - wie hier - erforderlichen Aufhebung der Widmung des Gebäudes als Bahnhof und Erteilung einer entsprechenden baurechtlichen Nutzungsgenehmigung, die der Beklagte beschaffen muss (Nr. 1. 3 AVB), führt allerdings nicht automatisch zur Annahme eines Mangels gemäß § 536 Abs. 1 BGB und damit zur Nichtgewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs. Zwar bedarf ein Mieter bei einer beabsichtigten Nutzungsänderung grundsätzlich einer behördlichen Genehmigung (vgl. BVerwG BauR 1990, 582). Er darf auch ohne deren (auch vorläufige) Erteilung den Betrieb nicht aufnehmen, andernfalls handelt er ordnungswidrig. Einen Mangel stellt das bloße Fehlen der Genehmigung jedoch nicht dar, weil im Falle der Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens die Beschaffenheit der Mietsache nicht beeinträchtigt ist (BGH MDR 1992, 1147 [= WuM 1992, 687]; Senat DW 2006, 286 [= GuT 2006, 235]). Voraussetzung ist vielmehr, dass die fehlende Genehmigung eine Aufhebung oder erhebliche Beeinträchtigung der Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch zur Folge hat. Eine solche liegt regelmäßig nur vor, wenn die zuständige Behörde die Nutzung des Mietobjekts untersagt oder wenn ein behördliches Einschreiten insoweit ernstlich zu erwarten ist (vgl. BGH ZMR

1971, 220; OLG Düsseldorf - 10. Zivilsenat - DWW 2005, 235 [= GuT 2005, 228 KL]; DWW 2006, 240 [= GuT 2006, 138]; Senat a. a. O. [= GuT 2006, 235]; KG GE 2002, 664).

cc) Dass diese Voraussetzungen hier erfüllt gewesen wären, vermag der Senat den im Berufungsverfahren zu Grunde zu legenden Tatsachen (§§ 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 3, 529 Abs. 1 ZPO) nicht zu entnehmen. Ordnungsbehördliche Maßnahmen zur Unterbrechung der beabsichtigten Nutzung waren nicht angedroht; insbesondere ist solches nicht dem Schreiben der Stadt Duisburg vom 13. 8. 2007 zu entnehmen. Anhaltspunkte dafür, dass nach der (unproblematisch zu erlangenden) Entwidmung des Bahnhofs durch die Bundeseisenbahnverwaltung eine Nutzungsgenehmigung aus bauordnungsrechtlichen oder sonstigen ordnungsbehördlichen Gründen hätte verweigert werden können, hat der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte nicht vorgetragen. Es hat nicht einmal behauptet, sich vor Juli 2007 überhaupt um eine entsprechende Nutzungsänderung bemüht zu haben. Hinzu kommt, dass die Klägerin in zahlreichen vergleichbaren Fällen für eine Entwidmung gesorgt hat.

b) Ebenfalls ohne Erfolg macht der Beklagte geltend, das Mietobjekt sei wegen seiner Eintragung als Denkmal in die Denkmalliste gemäß § 3 DSchG NW von vornherein nicht für die Verwirklichung des vorgesehenen Mietzwecks geeignet gewesen, weswegen ein Anspruch auf Mietzahlung nach § 536 Abs. 1 BGB entfalle. Dies verkennt den Inhalt der im Mietvertrag getroffenen Vereinbarungen. Der dort vereinbarten Nutzung des Mietobjekts als „Kulturzentrum“ - also als Versammlungsstätte für kulturelle Zwecke - steht die Unterschützstellung des Gebäudes nach dem Denkmalschutzgesetz als solche nicht entgegen. Zwar hätte die Nutzungsänderung des bisherigen Bahnhofsgebäudes gemäß § 9 Abs. 1 b) DSchG NW der Erlaubnis der unteren Denkmalbehörde bedurft. Es ist aber nichts dafür vorgetragen oder sonst ersichtlich, dass diese Erlaubnis nicht erteilt worden wäre. Insoweit gelten auch hier die obigen Ausführungen (II. 2. a) entsprechend.

Der Annahme einer sich aus der Unterschützstellung des Bahnhofs nach dem Denkmalschutzgesetz ergebenden Mangelhaftigkeit des Mietobjekts steht ferner entgegen, dass der Beklagte gerade nach denkmalgeschützten Objekten gesucht hat. So heißt es in seinem Schreiben an die D.-GmbH vom 14. 2. 2006:

„Es werden gesucht Objekte in Westdeutschland, von Hamburg übers Ruhrgebiet bis München, Schwerpunkt Ballungsgebiete. Das Objekt sollte unter Denkmalschutz stehen oder unter Denkmalschutz gestellt werden können. ...“

Soweit der Beklagte hingegen einen Umbau des Mietobjekts zum Schutz der Anwohner bei lärmintensiven Veranstaltungen für erforderlich hält, mögen solche Planungen absehbar mit den Erfordernissen des Denkmalschutzes in Widerspruch treten. Für das Vertragsverhältnis der Parteien ist dies aber ohne Relevanz, da der Beklagte nach dem Inhalt des Mietvertrages weder einen Anspruch auf entsprechende Schallschutzmaßnahmen der Klägerin hatte noch solche Baumaßnahmen nach seinem Gutdünken selbst durchführen durfte. Die Pflicht der Klägerin aus § 535 Abs. 1 BGB, dem Beklagten den vertragsgemäßen Gebrauch der Mietsache zu gewähren, umfasste solches nicht. Dem Beklagten war der bauliche Zustand des Mietobjekts bei Vertragsschluss im Einzelnen bekannt, da ihm das Mietobjekt bereits vor Vertragsschluss, und zwar seit dem 15. 4. 2005, zur Nutzung überlassen war. Gleichwohl hat er das Bahnhofsgebäude mit der Folge des § 536 b S. 1 BGB angemietet, ohne sich schallschützende Maßnahmen der Klägerin oder die Erlaubnis eigener Baumaßnahmen auszubedingen. Nach § 6 des Mietvertrages waren vielmehr die Errichtung, Änderung oder Ergänzung baulicher Anlagen ausdrücklich von der vorherigen Zustimmung der Klägerin abhängig gemacht worden.

Eine Verpflichtung der Klägerin, den für lärmemittierende Musikveranstaltungen ggf. notwendigen Schallschutz baulich herzustellen, folgt auch nicht aus der Vereinbarung einer Nutzung des Gebäudes als „Kulturzentrum“. Dieser Mietzweck be-

sagt nichts darüber, ob mit der vereinbarten Nutzung ein derartiger Lärm verbunden sein sollte, dass es ohne bauliche Maßnahmen zu unzulässigen Lärmimmissionen im Bereich der Anwohner kommen würde. Die Art der kulturellen Veranstaltungen, die der Beklagte in dem Mietobjekt durchzuführen beabsichtigte, war in jeder Hinsicht offen gelassen. Auch ohne Herstellung baulicher Schallschutzmaßnahmen war die Durchführung kultureller Veranstaltungen der unterschiedlichsten Art in dem Bahnhofsgebäude möglich, wie etwa die in der Satzung des Beklagten (dort § 5) vorgesehenen Gesprächskreise oder Theatervorstellungen. Die Durchführbarkeit von Veranstaltungen, für die der vorhandene Schallschutz des Gebäudes nicht ausreichend war, fiel nach der Gestaltung des Vertrages allein in den Risikobereich des Beklagten, der im Einzelfall etwa die von erwarteten Lärmemissionen betroffenen Anwohner hätte um Erlaubnis fragen müssen.

Überdies hätte es dem Beklagten nach Nr. 1. 3 Abs. 2 der zwischen den Parteien vereinbarten Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) ohnehin frei gestanden, das Mietverhältnis fristlos zu kündigen, wenn ihm die für die beabsichtigte Nutzung erforderlichen Genehmigungen aus Gründen versagt worden wären, die mit der Beschaffenheit oder Lage des Mietobjekts zusammenhängen. Davon hat der Beklagte keinen Gebrauch gemacht. Der von dem Beklagten behauptete Umstand, Anwohner hätte sich bereits vor Vertragsschluss bei der für die Klägerin damals tätigen A.-GmbH über erwartete Lärmbelästigungen beschwert, ist für die Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen ohne Belang, zumal auch der Beklagte nicht behauptet, es sei bereits damals tatsächlich zu Lärmbelästigungen gekommen.

3. Der mit der Widerklage verfolgte Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB steht dem Beklagten nicht zu. Denn er hat die Mietzahlungen mit Rechtsgrund geleistet. Der Mietzinsanspruch der Klägerin war - wie ausgeführt - nicht gemäß § 536 Abs. 1 BGB gemindert oder ausgeschlossen.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 1 S. 1 91 a Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Hierbei waren dem Beklagten die Kosten des von den Parteien übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärten Räumungsbegehrens aufzuerlegen. Die zulässige Räumungsklage war nach wirksamer fristloser Kündigung wegen Mietzahlungsverzugs gemäß § 543 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 Nr. 3 a) und b) BGB aus § 546 Abs. 1 BGB bis zur Räumung des Mietobjekts nach Abschluss des erstinstanzlichen Verfahrens begründet. Die Klägerin hat unwidersprochen vorgetragen, der Beklagte habe erst am 6. 3. 2008 mit der Räumung begonnen, das Objekt also nicht zu einem früheren Zeitpunkt geräumt zurückgegeben. Es ist deswegen für die Entscheidung ohne Bedeutung, ob Dritte, nämlich die Zeugin P., den Beklagten ab Mitte Juni 2007 durch Anbringen von Schlössern zeitweilig an dem Betreten des Gebäudes gehindert haben oder nicht.

Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts nicht erfordern (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

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!

**§§ 543, 536, 536b BGB; § 522 ZPO
Gewerberaumiete; Feuchtigkeitsschäden im
Kellerbereich; Risiko der Tauglichkeit zur
vertragsgemäßen Nutzung; Dampfbad und
Massageräume als Wellnesszentrum; Erkennbarkeit
anfänglichen Mangels der Abdichtung der Kellerwand;
Rattenbefall; Geruchsbefall; Minderungsquote**

Werden Kellerräume nicht zur Nutzung als Keller sondern zur Nutzung für jeden behördlich zulässigen Zweck – mit Ausnahme eines Bordells – vermietet und werden diese Räume dann als Wellnesszentrum genutzt, trifft das Risiko der Zwecktauglichkeit den Vermieter.

(KG, Beschluss vom 20. 5. 2009 – 8 U 38/09)

Aus den Gründen: Die Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg. Der Senat folgt den sorgfältig begründeten, zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, die durch die Berufungsbegründung nicht entkräftet worden sind. Ergänzend wird auf Folgendes hingewiesen:

I. Nach § 513 Absatz 1 ZPO kann die Berufung nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Beides ist nicht der Fall.

Die Klägerin zu 1) hat gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe der streitgegenständlichen Kellerflächen gemäß § 546 Abs. 1 BGB. Ein wichtiger Grund zur Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Ziffer 3 BGB lag nicht vor. Der Beklagte war zur Minderung des Mietzinses in dem vom Landgericht im angefochtenen Urteil festgestellten Umfang berechtigt, da die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch seit dem 1. August 2006 gemindert war. Aufgrund des ihm zustehenden Leistungsverweigerungsrechtes bis zur Mangelbeseitigung befand er sich mit der Zahlung des Mietzinses nicht in Verzug.

Die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch war nicht nur wegen des Ratten- und Geruchsbefalls, sondern auch wegen der im sogenannten Ruheraum im Bereich der Außenwand aufgetretenen Feuchtigkeit und Schimmels gemindert. Diese Feuchtigkeit nebst Schimmel stellt einen Mangel im Sinne von § 536 BGB dar, da sie die Tauglichkeit der Mietsache zu dem von den Vertragsparteien konkret vorausgesetzten Gebrauch mindert. Die Klägerin zu 1) hat die Räume ausweislich der unter Ziffer 1 des Mietvertrages enthaltenen Regelung nicht zur Nutzung als Kellerräume, sondern zur Nutzung für jeden behördlich zulässigen Zweck – mit Ausnahme eines Bordells – an den Beklagten vermietet.

Ausweislich Ziffer 9 des Mietvertrages war der Klägerin zu 1) bekannt, dass der Beklagte die Absicht hatte, in den Mieträumen ein Dampfbad und Massageräume zu erstellen, zur gewerblichen Nutzung als Wellnesszentrum. Entgegen der Auffassung der Klägerin mussten die Räume daher nicht nur zur Nutzung als Lagerraum, sondern – unter der Voraussetzung der behördlichen Zulässigkeit – zu jeder anderen gewerblichen Nutzung, auch zur Nutzung als Wellnesszentrum geeignet sein.

Ausweislich des Gutachtens des Sachverständigen war aber eine „hochwertige Nutzung“ aufgrund der fehlenden Abdichtung der Außenkellerwand wegen der Gefahr von Feuchtigkeitsschäden nicht möglich.

Das Risiko der Zwecktauglichkeit trifft vorliegend die Klägerin, da sie die Kellerräume nicht zur Nutzung als Kellerräume, sondern zur Nutzung für jeden behördlich zulässigen Zweck, also auch zu einer „hochwertigen Nutzung“ vermietet hat. Das Risiko der Zwecktauglichkeit wurde auch nicht etwa deshalb auf den Beklagten verlagert, weil die Parteien in dem Mietvertrag unter Ziffer 1 vereinbart haben, dass der Vermieter den Gebrauch der Räume in seinem derzeitigen Zustand gewährt und der Mieter auf die Beseitigung anfänglicher Mängel verzichtet. Aufgrund dieser Regelung bestand zwischen den Ver-

tragsparteien Einigkeit darüber, dass der Ausbau der Räume zu dem jeweils beabsichtigten Zweck dem Mieter und damit dem Beklagten obliegt. Diese Regelung beinhaltet keine Verlagerung des Risikos der Zwecktauglichkeit. Der Senat folgt dem Landgericht, soweit dieses in der angefochtenen Entscheidung ausführt, dass die Regelung, wonach der Mieter auf die Beseitigung anfänglicher Mängel verzichtet, sich bei interessengerechter Auslegung nur auf den damals erkennbaren Zustand der Kellerräume im Inneren, nicht aber auf die Kelleraußenwand beziehen konnte. Bei der Auslegung ist insbesondere auch zu berücksichtigen, vor welchem Hintergrund es zu dieser Vereinbarung kam. Ausweislich der Präambel der zwischen dem Geschäftsführer der Klägerin zu 1) und dem Beklagten am 20. Juli 2000 getroffenen Vereinbarung wurde der Mietvertrag zur Erledigung des Streites über die Frage, ob der Geschäftsführer der Klägerin zu 1) aufgrund arglistiger Täuschung zur Zahlung eines vom Beklagten mit 1.239.975,20 DM bezifferten Schadensersatzanspruches an den Beklagten verpflichtet ist [, vereinbart]. Darüber hinaus verpflichtete sich der Geschäftsführer der Klägerin zu 1) einen Betrag in Höhe von 50.000,00 DM an den Beklagten zu zahlen. Das heißt, der Mietvertrag vom 20. Juli 2000, der mit einer Laufzeit von 25 Jahren und einem Mietzins in Höhe von 250,00 DM monatlich für den Beklagten sehr günstige Konditionen beinhaltete, sollte den vom Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruch kompensieren. Unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen, die dem Vertragsabschluss zugrunde lagen, kann die Vereinbarung, wonach der Mieter auf die Beseitigung anfänglicher Mängel verzichtet, sich nur auf den bei Vertragsabschluss erkennbaren Zustand der Kellerräume im Inneren beziehen. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist der Mangel der Beklagten auch nicht infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn dasjenige unbeachtet gelassen wird, was jedem hätte einleuchten müssen (Palandt/Weidenkaff, BGB, 68. Auflage, § 536 b, Rdnr. 6). Grobe Fahrlässigkeit kann im vorliegenden Fall schon deshalb nicht vorliegen, weil die Klägerin selbst bis zum Bekanntwerden des Gutachtens stets behauptet hat, es liege kein Baumangel vor. Das heißt, auch ihr hat nicht „eingeleuchtet“, dass eine hochwertige Nutzung der Kellerräume nicht möglich ist, weil die Kelleraußenwand nicht abgedichtet ist.

Aus den oben dargelegten Gründen ist die Verurteilung der Klägerin zu 1), die in der Anlage 2) zum erstinstanzlichen Urteil rot markierten Wände der Kellerräume dergestalt sach- und fachgerecht gegen Feuchtigkeit abzudichten, dass eine Durchfeuchtung der Wände in diesem Bereich und das Auftreten von Feuchtigkeit, Schimmelpilz- und Stockfleckenbildung an der Innenseite der markierten Wände ausgeschlossen sind, sowie die markierten Innenwandbereiche nach Austrocknen von Schimmelpilz und Stockflecken zu befreien und sodann mauer- und malermäßig instanzzusetzen, zu Recht erfolgt.

Auch die Verurteilung der Klägerin zu 1), die vom Beklagten gemieteten Kellerräume im Hause dergestalt instanzzusetzen, dass das Eindringen von Ratten und anderen Tieren insbesondere durch die Abwasserrohre und die Durchbrüche der Wasser- und Abwasserrohre nachhaltig verhindert wird, ist zu Recht erfolgt. Der Senat folgt auch insoweit den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts in der angefochtenen Entscheidung. Soweit die Klägerin zu 1) in der Berufungsinstanz erstmals vorträgt, der Beklagte habe den hinter der Revisionsklappe liegenden Durchbruch zum Nachbarkeller geschaffen und dabei auch das dort liegende Abwasserrohr beschädigt, ist sie mit diesem Vortrag gemäß § 531 Abs. 2 Ziffer 3 ZPO ausgeschlossen.

Mit zutreffenden Erwägungen hat das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung den Umfang der Minderung wegen des beanstandeten Ratten- und Geruchsbefalls mit 30 % berücksichtigt. Bei der Bemessung des Grades der Mietminderung ist bei gewerblichen Räumen primär auf die Störung der Betriebsausübung abzustellen (Palandt/Weidenkaff, a. a. O., § 536, Rdnr. 33). Nach dem Vortrag des Beklagten konnte die Untermieterin wegen des Rattenbefalls und des Gestanks den Raum

III nicht mehr nutzen und musste in Folge dessen von der Bewerbung ihres Bio-Tuning Angebotes bis auf weiteres absehen. Dies und der Umstand, dass sich Rattenbefall mit dem Betrieb eines Wellnesszentrums in keiner Weise in Einklang bringen lässt, auch wenn – zunächst – nur eine relativ kleine Fläche betroffen ist, rechtfertigt die vom Landgericht festgestellte Minderung in vollem Umfang.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 8. Zivilsenats des Kammergerichts

**§§ 546, 292, 987, 109, 99 BGB
Gewerberaumiete; Auskehr des Mehrerlöses
durch Untervermietung seit Rechtshängigkeit
des Rückgabeanpruchs**

Nach Rechtshängigkeit des Rückgabeanpruchs schuldet der Mieter im Rahmen der Herausgabe von Nutzungen nach §§ 546 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 1, 99 Abs. 3 BGB auch die Auskehr eines durch Untervermietung erzielten Mehrerlöses. Dazu gehört auch eine „Entschädigung“, die der Mieter von dem Untermieter als Abfindung für eine vorzeitige Beendigung des Untermietverhältnisses erhalten hat.

(BGH, Urteil vom 12. 8. 2009 – XII ZR 76/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der K. Vermögensverwaltungsgesellschaft mbH (im Folgenden: Schuldnerin). Er verlangt von dem Beklagten Auskehr des Untermietzinses, den dieser nach Beendigung des Hauptmietvertrages mit der Schuldnerin eingenommen hat und Auskehr einer Entschädigung, die der Beklagte für die vorzeitige Auflösung des Untermietvertrages von seiner Untermieterin erhalten hat.

2 Der Beklagte mietete mit Vertrag vom 3. Juni 1991 von der Erbgemeinschaft S. Gewerberäume zu einem Mietzins von 1000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer. Er vermietete diese Räume mit Untermietvertrag vom 31. Januar 1992 weiter an die B. U. Einzelhandels GmbH (im Folgenden: B. U. GmbH), wozu er gemäß § 4 Ziffer 4 des Mietvertrages berechtigt war. Der monatliche Untermietzins wurde mit 7.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart.

3 In der Folgezeit veräußerte die Erbgemeinschaft das Grundstück an den Kaufmann B., der es im Mai 1997 an die Schuldnerin verkaufte und ihr mit Vereinbarung vom 10. September 1997 sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag mit dem Beklagten abtrat. Gleichzeitig bevollmächtigte er sie, im eigenen Namen für eigene Rechnung sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag einschließlich Kündigungen außergerichtlich und gerichtlich wahrzunehmen.

4 Die Schuldnerin kündigte unter dem 16. Dezember 1997 den Mietvertrag fristlos, hilfsweise zum 30. Juni 1998. Am 1. Februar 1999 wurde sie als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

5 Der im März 1998 von der Schuldnerin erhobenen, dem Beklagten am 15. Mai 1998 zugestellten Räumungsklage, die vor dem Landgericht und dem Oberlandesgericht erfolglos war, gab der Senat mit Urteil vom 11. September 2002 (XII ZR 187/00 - NJW 2002, 3389 [= WuM 2002, 601 = GuT 2003, 19 KL]) statt. Er verurteilte den Beklagten zur Räumung und Herausgabe der Geschäftsräume und stellte fest, dass das Mietverhältnis aufgrund der Kündigung der Schuldnerin vom 16. Dezember 1997 seit dem 1. Juli 1998 nicht mehr besteht.

6 Der Beklagte gab die Geschäftsräume am 31. Mai 2002 an die Schuldnerin zurück. Bis dahin zahlte er an sie den vereinbarten Mietzins von 1.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer monatlich, außer im Monat Juli 1999, in dem er lediglich 700 DM zahlte. Den Untermietvertrag mit der B. U. GmbH beendete er mit Auflösungsvereinbarung vom 22. Dezember 2001 einvernehmlich zum 31. Januar 2002 gegen Erhalt einer Entschädigungssumme von 14.060,53 € (27.500 DM).

7 Die B. U. GmbH zahlte an den Beklagten folgenden Untermietzins: in der Zeit von Juli 1998 bis Mai 1999 monatlich 7.000 DM, von Juni 1999 bis Mai 2001 monatlich 5.600 DM und von Juni 2001 bis Januar 2002 monatlich 2.800 DM. Die zum 1. Februar 2002 fällige Entschädigungssumme erbrachte die B. U. GmbH im Laufe des Jahres 2002.

8 Die auf Zahlung der von Juli 1998 bis Dezember 1999 von dem Beklagten eingenommenen Untermietzinsen abzüglich der von ihm an die Schuldnerin gezahlten Mietzinsen (50.362,25 €) gerichtete Klage der Schuldnerin hat das Landgericht Potsdam abgewiesen. Auf ihre Berufung, mit der sie die Klage auf Zahlung des Untermietzinses auch für die Zeit von Januar 2000 bis Januar 2002 (61.406,16 €) und Herausgabe der Entschädigungszahlung (14.060,53 €) auf insgesamt 111.768,41 € erweitert hat, hat das Oberlandesgericht Brandenburg den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Mit der zugelassenen Revision begehrt der Beklagte Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils und Abweisung der erweiterten Klage. Über das Vermögen der Schuldnerin wurde während des Revisionsverfahrens am 30. November 2006 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Der Kläger hat den Rechtsstreit aufgenommen.

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

10 I. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, der Beklagte sei verpflichtet, die seit dem Ende des Hauptmietverhältnisses aus dem Untermietvertrag und der Auflösungsvereinbarung vom 22. Dezember 2001 vereinnahmten Beträge abzüglich seiner schon geleisteten eigenen Mietaufwendungen - als so genannte mittelbare Sachfrüchte im Sinne von § 99 Abs. 3 i.V.m. § 100 BGB an die Schuldnerin herauszugeben. Für die Zeit vor ihrer Eintragung als neue Eigentümerin im Grundbuch, also bis einschließlich Januar 1999, ergebe sich der Anspruch, zu dessen Geltendmachung sie aufgrund der Abtretungsvereinbarung legitimiert sei, jedenfalls aus § 818 Abs. 1 i.V.m. § 812 Abs. 1 Satz 1 (und § 398 Satz 2) BGB, danach - ab Februar 1999 - auch aus § 987 Abs. 1 BGB. Diese Ansprüche seien auch nicht durch die mietvertragliche Regelung in § 557 Abs. 1 BGB a.F. (jetzt: § 546 a BGB) ausgeschlossen.

11 Die Befugnis des Beklagten zur Untervermietung sei mit dem Ende des Mietvertrages am 30. Juni 1998 ebenso entfallen wie jedes andere Nutzungsrecht. Die Gebrauchs- und Verwertungsbefugnis habe ab diesem Zeitpunkt allein der Schuldnerin bzw. ihrem Zedenten zugestanden. Deshalb könne auf die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur unberechtigten Untervermietung während der Laufzeit des Hauptmietvertrages hier nicht zurückgegriffen werden. Es sei auch nichts dafür ersichtlich, dass die Schuldnerin, wie der Beklagte meine, in die Untervermietung nach dem Wirksamwerden der Kündigung eingewilligt habe.

12 Bei dem Mietüberschuss und der Abfindungssumme, die der Beklagte vereinnahmt habe, handele es sich vielmehr um herausgabepflichtige Nutzungen im Sinne von § 818 Abs. 1 und § 987 Abs. 1 BGB. Zu den Nutzungen eines Mietobjekts gehörten neben den Gebrauchsvorteilen die Mietzinsen als so genannte mittelbare Sachfrüchte (§ 99 Abs. 3 i.V.m. § 100 BGB). Auf den objektiven Mietwert komme es nur für die Bemessung der Gebrauchsvorteile an. Das seien die Vorteile des eigenen Gebrauchs der Sache durch den Besitzer und nicht die Erträge aus Vermietung oder Verpachtung. Der Umfang der herauszugebenden Früchte sei auch nicht durch den Wert der im Wege des Eigengebrauchs erzielbaren Vorteile begrenzt. Für eine solche Beschränkung ergebe sich kein Anhaltspunkt im Gesetz. Vielmehr stelle § 100 BGB die Früchte und die Gebrauchsvorteile selbständig nebeneinander. Nutze der Besitzer die Sache im Wege der Vermietung oder Verpachtung, so beurteilten die vom Untermieter erlangten mittelbaren Früchte auch nicht auf seiner persönlichen Leistung. Die Rechtsmeinung, auf die sich der Beklagte berufe, betreffe die Gebrauchsvorteile, die der Besitzer als Inhaber eines Unternehmens oder

einer Freiberuflerpraxis erlangt habe, und sei deshalb auf Fälle der streitgegenständlichen Art nicht übertragbar. Hinsichtlich der Früchte habe der Besitzer der Sache im Ergebnis eine ähnliche Position wie ein Beauftragter. Er müsse alles Erlangte herausgeben.

13 Die Verjährungseinrede des Beklagten greife nicht durch. Die Ansprüche, die der Klageerweiterung zugrunde lägen, seien unverjährt. Hinsichtlich der Entschädigungssumme für die vorzeitige Vertragsauflösung sei die dreijährige Verjährungsfrist nach § 195 BGB frühestens am 31. Dezember 2005 abgelaufen, weil der Anspruch auf Auskehr erst im Jahr 2002 entstanden und damit zur Zahlung fällig geworden sei. Die Verjährung des ältesten mit der Klageerweiterung geltend gemachten Anspruchs auf Herausgabe des Mietüberschusses für Januar 2000 sei rechtzeitig vor ihrem Ablauf am 31. Dezember 2004 nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehemmt worden. Die Zustellung des klageerweiternden Antrages am 13. Januar 2005 wirke gemäß § 167 ZPO auf das Eingangsdatum bei Gericht, den 23. Dezember 2004, zurück, weil sie demnächst im Sinne des Gesetzes erfolgt sei. Zwischen dem Ablaufdatum der Verjährungsfrist und der Zustellung lägen weniger als zwei Wochen. Da die Klägerin den anspruchsbegründenden Sachverhalt schon in der Eingangsinstanz vollständig vorgetragen und sich eine entsprechende Klageerweiterung mit anwaltlichem Schriftsatz vom 2. November 2004 ausdrücklich vorbehalten habe, sei es unschädlich, dass der Anspruchsgrund in der Berufungsschrift nicht dargestellt worden sei.

14 Das Berufungsgericht hat die Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung bezüglich der Frage zugelassen, ob aus dem Grundsatz, wonach der Vermieter bei unberechtigter Untervermietung während eines bestehenden Hauptmietvertrages keinen gesetzlichen Anspruch auf Herausgabe des vom Mieter durch die Untervermietung erzielten Mehrerlöses hat, folge, dass ein solcher Anspruch auch bei berechtigter Untervermietung nach Beendigung des Hauptmietvertrages nicht bestehe.

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

16 Im Ergebnis zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Kläger einen Anspruch auf Auskehr der von dem Beklagten nach Beendigung des Hauptmietvertrages ab dem 1. Juli 1998 bis zur Beendigung des Untermietvertrages am 31. Januar 2002 eingenommenen Untermieten abzüglich der von ihm an die Schuldnerin für die Mieträume bezahlten Nutzungsent-schädigung und auf Auskehr der für die vorzeitige Auflösung des Untermietvertrages erhaltenen Entschädigung hat.

17 1. Der Anspruch ergibt sich allerdings bereits aus §§ 546 Abs. 1 (§ 556 Abs. 1 a.F.), 292 Abs. 2, 987 Abs. 1 BGB.

18 a) Die Schuldnerin hatte ab Beendigung des Mietvertrages am 1. Juli 1998, die zwischen den Parteien aufgrund des Senatsurteils vom 11. September 2002 (XII ZR 187/00 - NJW 2002, 3389 [= WuM 2002, 601]) rechtskräftig feststeht (zur Rechtskrafterstreckung auf den Insolvenzverwalter: Münch-Komm/Gottwald ZPO 3. Aufl. § 325 Rdn. 24 m.w.N.), einen Anspruch gegen den Beklagten auf Herausgabe der Mieträume zunächst aus abgetretenem Recht gemäß § 546 Abs. 1 BGB (§ 556 Abs. 1 BGB a.F.) und ab ihrer Eintragung als Eigentümerin im Grundbuch am 1. Februar 1999 aus eigenem Recht gemäß §§ 566 Abs. 1 (§ 571 Abs. 1 a.F.), 546 Abs. 1 BGB und § 985 BGB.

19 Aufgrund der Abtretungsvereinbarung vom 10. September 1997, mit der der Voreigentümer und Vermieter „alle Rechte und Pflichten aus dem Mietvertrag“ auf die Schuldnerin übertragen hat, stand ihr dieser Anspruch bereits vor ihrer Eintragung als Eigentümerin des Mietgrundstücks im Grundbuch am 1. Februar 1999 zu. Zwar ist die Übertragung sämtlicher Rechte und Pflichten des Vermieters aus dem Mietvertrag in Form eines Vermieterwechsels mangels Zustimmung des Beklagten als Mieter nicht wirksam geworden (Senatsurteil vom 11. September 2002 - XII ZR 187/00 - NJW 2002, 3389 [= WuM a. a. O.]

m.w.N.). Daraus folgt aber nicht gemäß § 139 BGB die Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung. Der Vereinbarung ist vielmehr der Wille der Vertragsparteien zu entnehmen, die Schuldnerin solle als Erwerblerin des Mietgrundstücks jedenfalls insoweit in die Rechtsstellung des Vermieters eintreten, als dies ohne Zustimmung des Beklagten möglich ist. Das trifft für den Rückgabeanspruch nach § 546 Abs. 1 BGB zu.

20 Dem Rückgabeanspruch steht nicht entgegen, dass der Beklagte die Räume zunächst berechtigt untervermietet hatte und die Untermieterin möglicherweise aufgrund des Untermietvertrages ein Recht zum Besitz hatte (BGHZ 56, 308; BGH Beschluss vom 22. November 1995 - VIII ARZ 4/95 - NJW 1996, 515, 516 [= WuM 1996, 83]). Denn der Beklagte musste nach § 546 Abs. 1 BGB selbst dafür Sorge tragen, dass der unmittelbare Besitzer die Sache an die Schuldnerin herausgibt (Scheuer in Bub/Treier Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. Kap. V Rdn. 68; Schmidt-Futterer/Gather Mietrecht 9. Aufl. § 546 Rdn. 35).

21 b) Nach § 292 BGB bestimmt sich, wenn der Schuldner einen bestimmten Gegenstand herauszugeben hat, von dem Eintritt der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe von Nutzungen nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Herausgabeansprüche im Sinne des § 292 BGB sind auch vertragliche Ansprüche auf Rückgabe der Mietsache (Palandt/Grüneberg BGB 68. Aufl. § 292 Rdn. 3).

22 Die Schuldnerin hat den ab Beendigung des Mietvertrages am 1. Juli 1998 gegen den Beklagten bestehenden Anspruch auf Rückgabe der Mieträume (§ 546 Abs. 1 BGB) bereits mit der diesem am 15. Mai 1998 zugestellten Klage geltend gemacht. Dem Kläger steht somit der geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe der von dem Beklagten ab dem 1. Juli 1998 gezogenen Nutzungen nach §§ 546 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 1 BGB zu.

23 c) Zu diesen Nutzungen gehören gemäß §§ 100, 99 Abs. 3 BGB u. a. die mittelbaren Sachfrüchte, d.h. die Erträge, die die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt. Das sind hier die Untermietzinsen, die der Beklagte durch die Untervermietung der herauszugebenden Mieträume tatsächlich erzielt hat (BGH Urteile vom 21. September 2001 - V ZR 228/00 - NJW 2002, 60, 61 und vom 11. November 1994 - V ZR 116/93 - NJW 1995, 454, 455; zur Herausgabe erzielter Zinsen als Nutzungen des Kapitals: BGHZ 102, 41, 47; 138, 160, 163), und die aufgrund der Vereinbarung über die Auflösung des Untermietvertrages erhaltene Entschädigung.

24 Entgegen der Ansicht der Revision sind die herauszugebenden Nutzungen der Höhe nach nicht auf den objektiven Mietwert beschränkt. Dieser ist regelmäßig dann Bemessungsgrundlage, wenn die Nutzungen durch Eigengebrauch gezogen worden sind (BGH Urteil vom 21. September 2001 - V ZR 228/00 - NJW 2002, 60, 61). Demgegenüber bemisst sich der Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen nicht nach dem objektiven Ertragswert der Gebrauchsvorteile, wenn tatsächliche Nutzungen in Form von Früchten, wie hier der Untermietzinsen und der Entschädigung, gezogen worden sind. Dann sind diese als Ertrag der Nutzung der Mieträume nach §§ 987 Abs. 1, 100, 99 Abs. 3 BGB vollständig abzuführen (BGH Urteile vom 3. Juni 2005 - V ZR 106/04 - NJW-RR 2005, 1542, 1543 und vom 21. September 2001 - V ZR 228/00 - NJW 2002, 60, 61; Soergel/Stadler BGB 13. Aufl. § 987 Rdn. 17; Scheuer in Bub/Treier aaO Kap. V Rdn. 126; Pietz/Leo in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete 2. Aufl. Kap. 16 Rdn. 124; vgl. zur Herausgabe des erzielten Mietzinses nach § 818 BGB: MünchKomm/Schwab BGB 5. Aufl. § 818 Rdn. 11 ff., 80; Reuter/Martinek Ungerechtfertigte Bereicherung § 15 II 3 b; a.A. OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 596, 597 [= WuM 1994, 280]; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts 9. Aufl. Rdn. 1055).

25 Der Herausgabeanspruch umfasst somit auch den über den objektiven Mietwert hinaus von dem Beklagten erzielten höheren Untermietzins und die vereinnahmte Entschädigung für die vorzeitige Auflösung des Untermietvertrages. Dabei ist ohne Bedeutung, ob der Kläger diese Nutzungen auch selbst gezogen hätte (Staudinger/Gursky BGB (2006) § 987 Rdn. 9 m.w.N.).

26 Der Gewinn fällt allerdings nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann nicht unter die herauszugebenden Nutzungen, wenn er nicht aus der herauszugebenden Sache erzielt worden ist, sondern ausschließlich auf der besonderen Leistung und Fähigkeit des Schuldners beruht (für den Gewinn: aus einem von dem Besitzer erst eingerichteten Betrieb BGHZ 63, 365, 368; aufgrund werterhöhender Investitionen des Schuldners BGHZ 109, 179, 191 und BGH Urteile vom 14. Juli 1995 - V ZR 45/94 - NJW 1995, 2627, 2628 und vom 22. November 1991 - V ZR 160/90 - NJW 1992, 892 [= WuM 1993, 35]; bei Rücktritt von einem Kaufvertrag über ein Grundstück mit Gewerbebetrieb BGH Urteil vom 12. Mai 1978 - V ZR 67/77 - NJW 1978, 913; BGHZ 168, 220, 241 ff.).

27 Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Entscheidend für die erzielte Untermiete und Entschädigung für die vorzeitige Auflösung des Untermietvertrages sind die unverändert gebliebenen Mieträume. Daneben spielt eine persönliche Geschicklichkeit des Beklagten bei den Verhandlungen eine untergeordnete Rolle (Soergel/Stadler, BGB 13. Aufl. § 987 Rdn. 17).

28 Auch die Entschädigung für die vorzeitige Auflösung des Untermietvertrages konnte der Beklagte nur auf der Grundlage des bestehenden Untermietvertrages erzielen. Sie ist deshalb ebenfalls aus der herauszugebenden Sache erzielt worden.

29 2. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die geltend gemachten Ansprüche darüber hinaus auch gemäß §§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, 818 Abs. 1 BGB begründet sind.

30 3. Das Ergebnis steht nicht in Widerspruch zu der Rechtsprechung des Senats, nach der der Vermieter bei bestehendem Hauptmietvertrag gegen seinen Mieter keinen Anspruch auf Herausgabe des von diesem durch die Untervermietung erzielten Mehrerlöses hat (Senatsurteil BGHZ 131, 297, 304 ff. [= WuM 1996, 216]). In jenem Fall fehlte es aufgrund des bestehenden Hauptmietvertrages bereits an einem Herausgabeanspruch nach §§ 546 Abs. 1, 985 BGB. Auch eine Bereicherung des Mieters auf Kosten des Vermieters schied aus, weil sich der Vermieter durch den Abschluss des Hauptmietvertrages für die Laufzeit des Vertrages der Gebrauchs- und Verwertungsmöglichkeit begeben und diese auf den Mieter übertragen hatte, der deshalb mit der Untervermietung, unabhängig davon, ob er sie berechtigt oder unberechtigt vorgenommen hatte, ein ihm zugewiesenes Geschäft wahrnahm.

31 In diesem entscheidenden Punkt weicht der Fall von dem vorliegenden ab. Während dort nicht der Vermieter, sondern der Mieter zur Nutzung der Mieträume berechtigt war, stand hier nach Beendigung des Mietvertrages der Schuldnerin als Eigentümerin und Vermieterin und nicht dem beklagten Mieter das ausschließliche Recht zur Nutzung der Mieträume zu.

32 4. Zu Recht geht das Berufungsgericht auch davon aus, dass Ansprüche aus §§ 987 ff. BGB nicht durch die mietvertragliche Vorschrift des § 546 a (§ 557 Abs. 1 a.F. BGB) verdrängt werden. Zwischen diesen Ansprüchen besteht nach herrschender Meinung Anspruchskonkurrenz (BGHZ 44, 241, BGH Urteil vom 21. Dezember 1988 - VIII ZR 277/87 - NJW 1989, 2133, 2335 für Pachtvertrag; OLG Düsseldorf ZMR 2007, 33; Scheuer in Bub/Treier aaO Kap. V Rdn. 124; Sternel Mietrecht aktuell 4. Aufl. Kap. XIII Rdn. 118 f.; Blank/Börstinghaus, Miete 3. Aufl. § 546 a Rdn. 46 m.w.N.).

33 Soweit die Revision dagegen einwendet, § 546 a BGB (§ 557 Abs. 1 BGB a.F.) wäre überflüssig, wenn er konkurrierende Ansprüche nicht verdränge, hat der VIII. Zivilsenat in seinem Urteil vom 10. November 1965 (BGHZ 44, 241, 243) dargelegt, dass es keine überzeugenden Anhaltspunkte dafür gibt,

der Gesetzgeber habe mit § 557 BGB a.F. zugleich darüber hinaus gehende Bereicherungsansprüche des Vermieters ausschließen wollen. An dieser Auffassung hat der Bundesgerichtshof auch nach Änderung des § 557 BGB a.F. festgehalten (BGHZ 68, 307).

34 5. Auch soweit die Revision sich darauf beruft, die Ansprüche auf Zahlung der Untermietzinsen und der Entschädigung seien verjährt, bleibt ihr der Erfolg versagt.

35 a) Es kann offen bleiben, ob die Ansprüche auf Auskehr der vom 1. Juli 1998 bis 31. Dezember 1999 gezogenen Nutzungen, die mit der am 15. Dezember 2003 bei Gericht eingegangenen und dem Beklagten am 16. Januar 2004 zugestellten Klage geltend gemacht worden sind, am 15. Dezember 2003, dem Zeitpunkt, auf den die Zustellung vom 16. Januar 2004 gemäß § 167 ZPO zurückwirkt, bereits verjährt waren. Denn aus dem Berufungsurteil ergibt sich nicht, dass der Beklagte in den Tatsacheninstanzen gegenüber diesen Ansprüchen die Einrede der Verjährung erhoben hat. Der Beklagte macht auch nicht geltend, sich in den Tatsacheninstanzen insoweit auf die Einrede der Verjährung berufen zu haben. Die Verjährungseinrede kann aber im Revisionsrechtszug nicht erstmals erhoben werden (BGHZ 1, 234, 239; BGH Urteile vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 324/01 - NJW-RR 2004, 275, 276 und vom 5. Dezember 2008 - V ZR 144/07 - NJW 2009, 673, 674).

36 b) Entgegen der Ansicht der Revision sind die mit der Berufungsschrift - ohne weitere Erläuterung - im Wege der Klageerweiterung von der Schuldnerin geltend gemachten Ansprüche auf Auskehr der in der Zeit vom 1. Januar 2000 bis Januar 2002 vereinnahmten Untermietzinsen und der 2002 erhaltenen Entschädigung, gegen die der Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben hat, nicht verjährt.

37 Die Verjährungsfrist richtet sich gemäß Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1 EGBGB grundsätzlich nach dem aufgrund des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 26. November 2001 seit dem 1. Januar 2002 geltenden Recht. Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt nach § 195 BGB drei Jahre. Sie beginnt aber, weil sie kürzer ist als die nach § 197 BGB a.F. bis zum 31. Dezember 2001 geltende Frist von vier Jahren, mit dem Inkrafttreten der Neuregelung am 1. Januar 2002 zu laufen (Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB) und endet demzufolge erst mit Ablauf des 31. Dezember 2004. Weil die nach altem Recht geltende Verjährungsfrist von vier Jahren auch für die ältesten Ansprüche aus 2000 (Beginn nach § 201 BGB a.F. mit dem Schluss des Jahres 2000) ebenfalls erst mit Ablauf des 31. Dezember 2004 und somit nicht früher abläuft, bleibt es bei der Anwendung des neuen Rechts (Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 2 EGBGB; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 179, 361 [= GuT 2009, 95]).

38 Die mit der Klageerweiterung geltend gemachten ältesten Ansprüche auf Herausgabe der im Jahr 2000 gezogenen Nutzungen wären somit gemäß § 195 BGB, Art. 229 § 6 Abs. 4 EGBGB erst Ende des Jahres 2004 verjährt. Durch die Zustellung der Klageerweiterung an den Beklagten am 13. Januar 2005, die gemäß § 167 ZPO auf den Zeitpunkt des Eingangs bei Gericht, den 23. Dezember 2004, zurückwirkt, ist die Verjährung rechtzeitig vor ihrem Ablauf gehemmt worden. Die Klageerweiterung erfüllt, entgegen der Ansicht der Revision, auch die Anforderungen an eine wirksame Klage (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Das Berufungsgericht hat die Klageerweiterung - unter Berücksichtigung des bereits in erster Instanz erfolgten substantiierten Vortrags der Schuldnerin zu diesen Ansprüchen - in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise dahin ausgelegt, dass sie den Untermietzins für den noch nicht geltend gemachten Zeitraum vom 1. Januar 2000 bis Januar 2002 und die Entschädigungszahlung umfasst. Dieser Inhalt der Klageerweiterung ergibt sich auch aus dem Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils, auf das die Berufungsschrift Bezug nimmt und in dem die von dem Kläger behaupteten Forderungen, die Gegenstand des Klageerweiterungsantrags sind, im Einzelnen dargelegt werden. Der Beklagte konnte deshalb den Gegenstand

der Klageerweiterung aus der Berufungsschrift hinreichend deutlich erkennen. Damit waren die Anforderungen an eine wirksame Klage erfüllt.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 581, 550, 584 BGB; § 522 ZPO
Pachtvertrag; Kündigungsausschluss; Schriftform;
Kündigungserklärung in der Erhebung
der Räumungsklage

1. Ein Pachtvertrag, dessen Kündigung die Vertragspartner für länger als ein Jahr ausgeschlossen haben, ist auf unbestimmte Dauer geschlossen und innerhalb gesetzlicher Frist kündbar, wenn er nicht der gesetzlichen Schriftform genügt.

2. In der Erhebung der Räumungsklage liegt regelmäßig die Wiederholung einer verfrühten und deshalb unwirksamen Kündigungserklärung.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. 1. 2009 – I-24 U 97/08)

Aus den Gründen: I. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg, § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Das Landgericht hat den Beklagten zu Recht zur Räumung und Herausgabe des Geschäftslokals sowie zur Zahlung (157,30 EUR nebst Zinsen und Kosten) verurteilt. Die dagegen vorgebrachten Berufungsgründe rechtfertigen im Ergebnis keine dem Beklagten günstigere Entscheidung. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen nimmt der Senat Bezug auf den Hinweisbeschluss vom 25. November 2008. Dort ist ausgeführt worden:

„1. Räumungsanspruch

a) Der Beklagte zweifelt nicht, dass das angefochtene Urteil dann nicht zu beanstanden ist, wenn Grundlage der vertraglichen Beziehung der Parteien der Pachtvertrag ist, den sie am 19. Juli 2006 unter den Titeln „Geschäftsübergabevertrag“ und „Ergänzung zum Geschäftsübergabevertrag“ schriftlich vereinbart haben. Auch der Senat folgt dieser Beurteilung, so dass es dazu keiner näheren Ausführungen mehr bedarf.

b) An der Räumungs- und Herausgabepflicht des Beklagten aus §§ 581 Abs. 2, 546 Abs. 1 BGB ändert sich aber im Ergebnis auch dann nichts, wenn seine unter Beweis gestellte Behauptung zutreffen sollte, die Parteien hätten abweichend vom schriftlich fixierten Vertragsinhalt mündlich einen Ausschluss der ordentlichen Kündigung vereinbart, und zwar bis zum Wirksamwerden des gleichzeitig vereinbarten Unternehmenskaufvertrags nach Ablauf von zwei Jahren. Aus dieser Vereinbarung könnte der Beklagte wegen Verstoßes gegen die gesetzliche Schriftform (§§ 581 Abs. 2, 578 Abs. 1, 550 Satz 1 BGB) keine Besitzrechte herleiten, so dass das Vertragsverhältnis gemäß §§ 581 Abs. 2, 550 Satz 2, 584 Abs. 1 BGB unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündbar ist.

aa) Wird nämlich ein Pachtvertrag 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 hätten die Parteien nach der Behauptung des Beklagten keine bestimmte Laufzeit vereinbart. Es ist aber herrschende Meinung, dass die in Rede stehende Formvorschrift auch auf Pachtverträge mit unbestimmter Dauer Anwendung findet, wenn die Vertragsparteien, wie der Beklagte hier behauptet, die ordentliche Kündigung über ein Jahr hinaus ausschließen (vgl. BGH NJW-RR 2008, 1329 = NZM 2008, 687 [= GuT 2008, 335]; NJW 1960, 475 f.; OLG Köln ZMR 2001, 963, 966 jew. zum Mietvertrag; Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 9. Aufl., § 550 BGB Rn 20; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta Kap. 6 Rn 16; Staudinger/Emmerich, BGB <2003>, § 550 Rn 8; Emmerich/Sonnenschein, Mieta, 9. Aufl., § 550 Rn 5; Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 3. Aufl., § 550 Rn 28; Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Aufl., § 550 Rn 7).

bb) Unter der Prämisse des vom Beklagten behaupteten Kündigungsausschlusses durch bloße mündliche Vereinbarung konnte das Pachtverhältnis beiderseitig ordentlich mit gesetzlicher Frist (§ 584 Abs. 1 BGB) gekündigt werden, mit Rücksicht auf §§ 581 Abs. 2, 578 Abs. 1, 550 Satz 2 BGB allerdings erstmals frühestens zum Ablauf eines Jahres ab Überlassung der Pachtsache, hier also frühestens nach Ablauf des 31. Juli 2007. Zwar war demnach die Kündigungserklärung vom 28. Februar 2007 verfrüht und konnte das Vertragsverhältnis noch nicht zur Auflösung bringen. In diesem Sinne vorfristig ist aber nicht mehr die Räumungs- und Herausgabeklage, in der problemlos eine Wiederholung der Kündigungserklärung gesehen werden kann (vgl. Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 9. Aufl. Rn 830 m. w. N.) und die dem Prozessbevollmächtigten des Beklagten Ende Oktober 2007 zugegangen ist. Sie hätte das Vertragsverhältnis mit Ablauf des 31. Juli 2008 beendet, so dass das angefochtene Urteil im Ergebnis zu bestätigen sein wird.

c) An diesem rechtlichen Befund würde sich schließlich im Ergebnis auch dann nichts ändern, wenn man im Streitfall mit Blick auf den verbundenen Mietkaufvertrag wegen des (hier zu unterstellenden) Formverstoßes abweichend von §§ 581 Abs. 2, 550 BGB nicht zu einem Pachtvertrag mit unbestimmter Laufzeit, sondern gemäß §§ 125, 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit der Vertragsvereinbarung käme (vgl. BGH WPM 1963, 534 = MDR 1963, 854; Bub/Treier/Heile, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummieta, 3. Aufl., Kap. II Rn 782; Palandt/Weidenkaff, aaO, § 550 Rn 13). In diesem Fall wäre der Beklagte nämlich gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB zur Herausgabe der Räume verpflichtet gewesen, und zwar nicht erst mit Ablauf des 31. Juli 2008, sondern spätestens mit Ablauf der ihm mit Schreiben vom 28. Februar 2007 gesetzten Frist zum 31. März 2007.

2. Zahlungsanspruch/Nebenansprüche

Diesbezüglich bringt der Beklagte keine Berufungsangriffe vor, so dass sich dazu weitere Erwägungen erübrigen.“

II. An dieser Beurteilung, gegen die der Beklagte innerhalb der ihm gewährten Frist zur Stellungnahme auch keine Einwendungen mehr erhoben hat, hält der Senat fest.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§ 594c BGB

Pacht; Kündigung bei Berufsunfähigkeit des Pächters;
unzulässige Unterverpachtung;
flächenlose Pacht einer Milchquote

a) § 594 c BGB ist auf die isolierte (flächenlose) Pacht einer Milchquote entsprechend anzuwenden.

b) Dem Widerspruch des Verpächters gegen eine Unterverpachtung im Sinne von § 594 c BGB steht es gleich, wenn die Unterverpachtung gesetzlich nicht mehr zulässig ist.

(BGH, Urteil vom 30. 9. 2009 – XII ZR 39/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten über Pachtzins für eine vom Kläger dem Beklagten überlassene Anlieferungs-Referenzmenge für Milch (Milchquote).

2 Der Kläger war als Landwirt Inhaber einer Anlieferungs-Referenzmenge für Milch. Durch Vereinbarung vom 29. Februar 2000 überließ er dem Beklagten eine Referenzmenge von 123.404 kg mit einem Fettgehalt von 4,11% gegen einen Pachtzins von monatlich - zuletzt - rund 626 € zur Nutzung. Die Vereinbarung sollte vom 27. März 2000 bis zum 30. März 2008 gelten.

3 Der Beklagte kündigte die Vereinbarung vorzeitig mit Schreiben vom 17. September 2004 zum 31. März 2005 und begründete die Kündigung damit, dass er für die Milcherzeugung krankheitsbedingt berufsunfähig sei. Der Kläger wies die Kündigung zurück und forderte den Beklagten auf, die Anlieferungs-Referenzmenge unterzuverpachten. Nach Verhandlungen der

Parteien übertrug der Beklagte die Anlieferungs-Referenzmenge zurück auf den Kläger, der den Anteil der Anlieferungs-Referenzmenge, der nach teilweise Einzug (in Höhe von 33%) zur staatlichen Reserve verblieben war, im April 2006 an der Börse veräußerte.

4 Der Kläger macht mit der Klage den Pachtzins für April 2005 geltend. Das Amtsgericht Meldorf hat ein Sachverständigen-Gutachten eingeholt, das die Berufsunfähigkeit des Beklagten bestätigt hat, und hat die Klage sodann abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist vom Landgericht Itzehoe zurückgewiesen worden. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

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

6 I. Das Berufungsgericht hat in seinem in ZMR 2008, 380 veröffentlichten Urteil die Kündigung des Beklagten ungeachtet der vertraglich festgelegten Laufzeit als außerordentliche Kündigung für wirksam gehalten. Ein Kündigungsgrund ergebe sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 594 c Satz 1 BGB. Auch wenn diese Vorschrift unmittelbar nur Landpachtverträge betreffe, sei sie auf Rechtspachtverträge, welche Anlieferungs-Referenzmengen für Milch betreffen, analog anzuwenden.

7 Die § 594 c Satz 1 BGB zugrunde liegenden gesetzgeberischen Erwägungen träfen auch auf die Pacht von Anlieferungs-Referenzmengen für Milch zu. Liefere der Pächter über einen gewissen Zeitraum keine Milch mehr ab, so werde die Referenzmenge entschädigungslos zur Landesreserve eingezogen und der Pächter könne sich schadensersatzpflichtig machen. Zudem bilde die Anlieferungs-Referenzmenge für den Landwirt ebenso wie die gepachtete landwirtschaftliche Nutzfläche die Lebensgrundlage.

8 Es sei auch von einer planwidrigen Gesetzeslücke auszugehen. Nach der bis in die frühen 1990er Jahre geltenden Rechtslage habe die Verpachtung von Anlieferungs-Referenzmengen nur zusammen mit landwirtschaftlichen Nutzflächen erfolgen können. Erst seit 1993 hätten sie auch ohne Nutzfläche verpachtet werden können, mittlerweile sei die flächengebundene Pacht wieder als Regelfall vorgesehen. Die bei flächenloser und flächengebundener Pacht vergleichbare Interessenlage lege es nahe, dass der Gesetzgeber im ersten Fall das Bedürfnis des Pächters nach einer vorzeitigen Lösungsmöglichkeit schlechterdings übersehen habe.

9 Dass der Kläger den Beklagten aufgefordert habe, die Anlieferungs-Referenzmenge unterzuverpachten, schließe die Kündigung nicht aus, weil § 7 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbs. MilchabgV 2004 einer Unterverpachtung entgegengestanden habe. Die zulässige Verpachtung an den Ehegatten habe jedenfalls den Interessen des Beklagten nicht angemessen Rechnung getragen. Weitere Ausnahmetatbestände seien nicht einschlägig.

10 II. Das hält rechtlicher Überprüfung stand.

11 Der geltend gemachte Pachtzinsanspruch steht dem Kläger nicht zu, weil der Pachtvertrag durch die Kündigung des Beklagten beendet worden ist.

12 1. Übereinstimmend mit dem Berufungsgericht ist davon auszugehen, dass § 594 c BGB auf die flächenlose Pacht einer Anlieferungs-Referenzmenge entsprechend anzuwenden ist.

13 a) Die Kündigung der flächenlosen Pacht einer Anlieferungs-Referenzmenge wegen Berufsunfähigkeit des Pächters ist gesetzlich nicht geregelt.

14 Bei der Milchquotenpacht handelt es sich um eine Rechtspacht, auf die nach § 581 Abs. 2 BGB die Vorschriften über den Mietvertrag entsprechend anzuwenden sind. Eine Kündigung nach §§ 581 Abs. 2, 543 BGB war im vorliegenden Fall allein aufgrund der Berufsunfähigkeit des Beklagten nicht möglich. Umstände aus dem alleinigen Risikobereich des Mieters können eine außerordentliche Kündigung nicht begründen (vgl. § 537 Abs. 1 BGB). So eröffnet nach allgemeinen Regeln etwa die Erkrankung des Mieters kein Kündigungsrecht (OLG Düs-

seldorf NZM 2008, 807 [= GuT 2009, 29]; NZM 2001, 669 [= WuM 2002, 94]; vgl. auch AG Wittlich AUR 2007, 91 für die Milchquotenpacht - ohne Erörterung von § 594 c BGB). Vergleichbar damit folgt auch aus einer enttäuschten Gewinnerzielungserwartung des Mieters für sich genommen noch kein Kündigungsrecht des Mieters aus § 543 BGB oder wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB (vgl. Senatsurteile vom 21. September 2005 - XII ZR 66/03 - NJW 2006, 899, 901 [= GuT 2006, 19] und vom 16. Februar 2000 - XII ZR 279/97 - NJW 2000, 1714 [= WuM 2000, 593]; BGH Urteil vom 1. Juli 1981 - VIII ZR 192/80 - NJW 1981, 2405, 2406). Der Pächter ist dem entsprechend im Falle seiner persönlichen Verhinderung an der Nutzung - ebenso wie der Mieter - nach §§ 581 Abs. 2, 537 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht von der Pachtzinspflicht befreit. Ihm verbleibt in diesem Fall allein die Möglichkeit, den Pachtgegenstand unterzuverpachten, was allerdings von der Zustimmung des Verpächters abhängig ist (§§ 581 Abs. 2, 540 Abs. 1 Satz 1 BGB). Verweigert der Verpächter die Zustimmung zur Unterverpachtung, steht dem Pächter - anders als dem Mieter - kein außerordentliches Kündigungsrecht zur Seite, weil die Kündigung wegen verweigerter Untervermieterlaubnis gemäß § 540 Abs. 1 BGB von der gesetzlichen Verweisung auf das Mietrecht nach § 584 a Abs. 1 BGB ausdrücklich ausgenommen worden ist (zu den Hintergründen Staudinger/Sonnenschein/Veit BGB ²⁰⁰⁴ § 584 a Rdn. 13).

15 b) Die genannten Gesetzesvorschriften enthalten allerdings keine den Fall der Berufsunfähigkeit des Milchquotenpächters abschließende Regelung, die einer entsprechenden Anwendung des § 594 c BGB entgegensteht. Vielmehr erfasste § 594 c BGB zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens am 1. Juli 1986 der Sache nach auch die Milchquotenpacht. Nach der seinerzeitigen Rechtslage (§ 7 Abs. 2, 3 Milch-Garantiemengen-Verordnung - MGV) konnten Milchquoten nicht selbständiger Gegenstand eines Pachtvertrages sein, sondern konnten nur akzessorisch zur Landpacht im Sinne von § 585 Abs. 1 Satz 1 BGB (Betriebs- oder Grundstückspacht) vom Verpächter auf den Pächter übergehen. Bei der Verpachtung eines Milcherzeuger-Betriebes oder zur Milcherzeugung dienender Flächen erfasste die ursprüngliche Regelung demzufolge ohne weiteres auch die Berufsunfähigkeit des Pächters in Bezug auf die Milchproduktion.

16 Mit der gesetzlichen Zulassung der flächenlosen Übertragung oder Überlassung durch die MGV seit 1993 (zur Rechtsentwicklung vgl. BVerfG Beschluss vom 22. November 2007 - 1 BvR 2628/04 - AUR 2008, 118 JURIS Tz. 2 ff. m. Anmerkung Busse AUR 2008, 88) fiel die Verpachtung einer Milchquote vom Wortlaut her aus der besonderen Schutzvorschrift des § 594 c BGB heraus. Daraus folgt indessen nicht die Absicht des Ordnungsgebers, dass die - außerhalb seines Blickfelds liegende - Regelung des § 594 c BGB und der ihr zugrunde liegende Schutzgedanke für die Milchquotenpacht nicht mehr anwendbar seien. Vielmehr beruhte die Änderung der Regelung vorwiegend auf volkswirtschaftlichen Erwägungen im Rahmen der EWG. Die Erweiterung der Ausnahmeregelungen in Bezug auf die grundsätzliche Bindung der Referenzmenge an einen Betrieb verfolgte nach den Erwägungsgründen (Erwägungsgrund 16) der Verordnung (EWG) Nr. 3950/92 des Rates vom 28. Dezember 1992 über die Erhebung einer Zusatzabgabe im Milchsektor vielmehr das Ziel, die Umstrukturierung der Milcherzeugung fortzuführen und einen Beitrag zur Verbesserung der Umwelt zu leisten.

17 Da eine gegenüber dem bisherigen Rechtszustand geänderte pachtvertragliche Behandlung der Milchquotenpacht auch ansonsten nicht in der Konsequenz der öffentlich-rechtlich zugelassenen flächenlosen Verpachtung liegt, ist mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, dass durch das Herausfallen der Milchquotenpacht aus der Schutzvorschrift des § 594 c BGB infolge des geänderten Übertragungssystems eine unbeabsichtigte Gesetzeslücke entstanden ist. Da die Milchquote unverändert ein elementarer Bestandteil des vom Pächter unterhaltenen Milcherzeugungsbetriebes ist, ist die flächenlose Pacht der

flächen- oder betriebsgebundenen Pacht vergleichbar und folglich die Gesetzeslücke durch entsprechende Anwendung des § 594 c BGB auf die flächenlose Milchquotenpacht zu schließen.

18 2. Gegen die vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellte Berufsunfähigkeit des Beklagten erhebt die Revision keine Einwände. Des weiteren ist aufgrund der Feststellungen des Berufungsgerichts davon auszugehen, dass die auch nach Abschaffung der flächenlosen Verpachtung nach § 7 Abs. 2 a MilchAbgV zur Verfügung stehende Möglichkeit der Übertragung auf den Ehegatten ohne Rücksicht darauf, ob sie überhaupt die Unterverpachtung erfassen soll, jedenfalls nicht zumutbar ist (zur rechtlichen Konstruktion der Übertragung Busse AUR 2006, 153, 156).

19 3. Allerdings setzt die Kündigung nach § 594 c Satz 1 BGB voraus, dass der Verpächter der Unterverpachtung widerspricht, was hier nicht geschehen ist. Einem Widerspruch des Verpächters steht es - im Ergebnis übereinstimmend mit dem Berufungsgericht - indessen gleich, wenn die Unterverpachtung dem Pächter aus gesetzlichen Gründen verwehrt ist und dies nach einer Interessenabwägung dem Risikobereich des Verpächters zuzuordnen ist.

20 Zur Lösung des Problems der Berufsunfähigkeit bei einem langfristigen Pachtverhältnis kommt die allgemeine Zuweisung des Verwendungsrisikos an den Pächter oder aber die entsprechende Heranziehung des § 594 c BGB auch im Fall der gesetzlich unmöglichen Unterverpachtung in Betracht.

21 Grundsätzlich ist allerdings die persönliche Verwendbarkeit des Pachtgegenstands das Risiko des Pächters. Auch § 594 c BGB befreit den Pächter im Fall seiner Berufsunfähigkeit zunächst nur von der Notwendigkeit der persönlichen Nutzung, nicht aber von dem gesamten Verwendungsrisiko. Dem entsprechend trägt auch der berufsunfähige Pächter etwa das Risiko, dass es keinen adäquaten Unterpächter gibt (MünchKomm/Harke BGB 5. Aufl. § 594 c Rdn. 2).

22 Aufgrund der zum Zeitpunkt der Kündigung gültigen Neuregelung in § 7 Abs. 1 Satz 1 2. Halbs. MilchAbgV 2004 konnten allerdings Anlieferungs-Referenzmengen flächenungebunden nicht mehr verpachtet werden. Aufgrund dieser Rechtsänderung würde demnach der Pächter ungeachtet seiner Berufsunfähigkeit wiederum das gesamte Verwendungsrisiko tragen, denn er kann von vornherein den Pachtgegenstand weder persönlich noch anderweitig durch Unterverpachtung nutzen. Die Konsequenz einer Zuweisung des Risikos an den Pächter wäre dann, dass die Regelung in § 594 c BGB letztlich ohne Wirkung bliebe und der mit ihr verfolgte Zweck nicht erreichbar wäre. Denn mit der Ausnahme vom regelmäßigen Kündigungsausschluss im Falle persönlicher Verhinderung verfolgt der Gesetzgeber das Anliegen, dass der Pächter im Fall der Berufsunfähigkeit aus Gründen der sozialen Gerechtigkeit nicht an seinen vertraglichen Verpflichtungen festgehalten werden solle (Entwurfsbegründung zum Gesetz zur Neuordnung des landwirtschaftlichen Pachtrechts; BT-Drucks. 10/509 S. 24). Wenn das Gesetz dies nur für den Fall des Widerspruchs des Verpächters gegen eine Unterverpachtung bestimmt, geht es ersichtlich vom Normalfall aus, dass eine Unterverpachtung rechtlich zulässig ist.

23 Zwar ist § 594 c BGB eine Zuweisung des Risikos einer nach Abschluss des Pachtvertrages geänderten Rechtslage an den Verpächter ebenfalls nicht zu entnehmen. Für eine Risikozuweisung an den Verpächter spricht indessen der mit § 594 c BGB verfolgte Zweck. Denn den Pächter würde die gesetzliche Unmöglichkeit der Unterverpachtung deutlich härter treffen als den Verpächter. Während der Pächter ohne jede Möglichkeit bliebe, aus dem Pachtgegenstand Nutzen zu ziehen, steht dem Verpächter jedenfalls der Verkauf der nach teilweiser Einziehung verbliebenen Milchquote an der Börse offen. Ihm entgeht somit lediglich der Gewinn aus einer laufenden isolierten Verpachtung der Milchquote. Hinzu kommt, dass ein alsbaldiger Verkauf an der Milchbörse auch im Interesse des Verpächters liegt, weil er anderenfalls Gefahr liefe, dass die infolge der

Berufsunfähigkeit des Pächters nicht mehr genutzte Milchquote zur staatlichen Reserve eingezogen würde (§ 13 MilchAbgV 2004). Dem haben die Parteien im vorliegenden Fall auch Rechnung getragen, indem sie sich noch rechtzeitig über eine Rückübertragung einigten.

24 Dass die Milchquote alsbald dauerhaft an aktive Milcherzeuger gelangen sollte, entsprach schließlich auch der Absicht des Verordnungsgebers der Zusatzabgabenverordnung (ZAV = MilchAbgV) vom 12. Januar 2000 (BGBl. I S. 27), durch die die Übertragung von Milchquoten im Wege der flächenlosen Verpachtung verboten wurde (§ 7 Abs. 1 ZAV). Nach der amtlichen Begründung der Verordnung sollte der immer größeren Zahl der Inhaber von Milchquoten, die nicht mehr selbst Milch produzierten, sondern ihre Milchquoten verpachtet hatten, und der damit verbundenen Kostenmehrbelastung der aktiven Milcherzeuger Rechnung getragen werden (BR-Drucks. 577/99 S. 24). Wegen ihres kostenerhöhenden Einflusses sollten die flächenlose Verpachtung von Milchquoten sowie das Leasing künftig nicht mehr möglich sein (BR-Drucks. 577/99 S. 25).

25 Die Heranziehung sozialer Aspekte ist im vorliegenden Zusammenhang zulässig und auch geboten, weil die Vorschrift des § 594 c BGB ausdrücklich der sozialen Gerechtigkeit dienen soll und entsprechend dieser Zielsetzung im Zweifel so auszulegen ist, dass der Schutz des Pächters vor langfristigen Verbindlichkeiten im Fall seiner Berufsunfähigkeit wirksam bleibt. Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn schutzwürdige Interessen des Verpächters überwiegen würden, was hier aber - wie ausgeführt - nicht der Fall ist. Im Ergebnis ist die gesetzliche Unmöglichkeit der Unterverpachtung dem Widerspruch des Verpächters im Sinne von § 594 c BGB somit gleichzustellen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**§§ 652, 653, 151 BGB; § 522 ZPO
Nachweis-Maklervertrag; konkludentes
Zustandekommen; Beweislast zur Unentgeltlichkeit**

Der Nachweismaklervertrag kann ohne Zugang einer ausdrücklichen Annahmeerklärung des Maklers konkludent zustandekommen. Die Beweislast für die Unentgeltlichkeit trägt der Kunde, der den Suchauftrag anträgt.

(nichtamtlicher Leitsatz)

(BGH, Beschluss vom 24. 9. 2009 – III ZR 96/09)

1 **Aus den Gründen:** Der Rechtssache fehlt die grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). [...] Die Revision hat im Ergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg.

2 Auf die Ausführungen des Berufungsgerichts [OLG Düsseldorf] zu Ziffer II 1, 2 der Entscheidungsgründe kommt es nicht an. Denn die Feststellung, dass zwischen den Parteien ein (entgeltlicher) Maklervertrag zustande gekommen ist, wird durch die zusätzlichen Erwägungen des Oberlandesgerichts zu Ziffer II 3, die eine revisionsrechtlich tragfähige und nicht zulassungsrelevante Begründung enthalten, selbständig gerechtfertigt.

3 Die Wertung, dass derjenige, der sich an einen gewerbmäßigen Makler wendet und Dienste im Sinne eines Suchauftrags erbittet, ein Angebot auf Abschluss eines Nachweismaklervertrages macht, steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 22. September 2005 - III ZR 393/04 - NJW 2005, 3779, 3780 [= WuM 2005, 731 = GuT 2005, 260 KL]). Zur Annahme eines solchen Antrags genügt es, wenn der Makler - wie vorliegend geschehen - seine Tätigkeit aufnimmt. Der Zugang einer ausdrücklichen Annahmeerklärung ist gemäß § 151 Satz 1 BGB nicht erforderlich (vgl. BGH, Beschluss vom 13. März 1985 - IVa ZR 152/83 -, Urteil vom 10. Juli 1985 - IVa ZR 15/84 - NJW 1986, 50, 51), sodass für die Feststellung eines konkludenten Vertragsschlusses nicht einmal darauf ab-

gestellt zu werden braucht, dass die Klägerin der Beklagten im Anschluss an das Angebot der Beklagten Informationen über geeignete Objekte übermittelt hat.

4 Dem Abschluss eines Maklervertrags steht nicht die Behauptung der Beklagten entgegen, der Zeuge N. habe von Anfang an gegenüber der Klägerin erklärt, es werde keine Provision bezahlt, vielmehr solle sich die Klägerin ihre Provision vom zukünftigen Vermieter holen. Angesichts des Umstandes, dass die Beklagte die Klägerin gebeten hat, für sie im Rahmen eines Suchauftrags gewerbliche Maklerleistungen zu erbringen, trägt sie für die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit nach § 653 Abs. 1 BGB die Beweislast (vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 1981 - IVa ZR 94/80 - NJW 1981, 1444, 1445 [= WuM 1982, 75]). Anders wäre die Frage der Beweislast dann zu beantworten, wenn die Beklagte keinen Suchauftrag erteilt, sondern die Klägerin ihrerseits im Rahmen eines angestrebten sog. Doppelmaklervertrages ihre Dienste der Beklagten angeboten hätte (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 1980 - IVa ZR 27/80 - NJW 1981, 279, 280). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Den damit der Beklagten obliegenden Beweis der Vereinbarung der Unentgeltlichkeit hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei als nicht erbracht angesehen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 675, 611, 328, 280 BGB

Gewerberaumiete; vertragliches Aufrechnungsverbot; anwaltlicher Beratungsvertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter; Mieterschutzvereinigung; satzungsgemäßer Beratungsumfang Wohnraummiete

Ein Rechtsanwalt, der im Auftrage einer Mieterschutzvereinigung deren Mitglied fehlerhaft berät, kann dem Mitglied nach den Grundsätzen des Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter haften.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. 4. 2009 – I-24 U 50/08)

Aus den Gründen: Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts [Wuppertal] ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zurückzuweisen, weil die Berufung in der Sache keinen Erfolg, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und eine Entscheidung des Berufungsgerichts auch zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich ist.

I. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 19. 1. 2008 Bezug genommen. Der Senat hat dort ausgeführt:

„Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht ihn zum Ersatz des von ihm durch anwaltliche Schlechtberatung verursachten Kostenschadens in Höhe von insgesamt 6594,13 € nebst Zinsen verurteilt.

Das Berufungsvorbringen vermag eine für den Beklagten günstigere Entscheidung nicht zu rechtfertigen:

1. Der Beklagte haftet den Klägern gemäß §§ 280 Abs. 1, 328, 675 BGB unter dem Gesichtspunkt eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte für die Folgen des von ihm den Klägern im November 2003 auftrags des Vereins „I. M. e.V.“ erteilten fehlerhaften Rechtsrats.

a) Entgegen der sich auf ein Urteil des Landgerichts Offenburg (NJW-RR 2003, 1703) stützenden Entscheidung des Landgerichts beschränkt sich die Haftung des Beklagten gegenüber den Klägern nicht auf Pflichtverletzungen aus dem unmittelbar zwischen den Parteien erst im Juli 2004 (anlässlich der von der Vermieterin unter dem 13. 7. 2004 ausgesprochenen Kündigung) zustande gekommenen Mandatsverhältnis. Die grundlegende Ursache für die den Klägern im Zusammenhang mit der Beendigung des Mietverhältnisses durch fristlose Kündigung seitens der Vermieterin und dem nachfolgenden Räumungsprozess entstandenen Schäden hatte der Beklagte bereits durch seinen im November 2003 erteilten fehlerhaften Rechtsrat gesetzt, ge-

genüber den Mietzinsansprüchen für die Zeit von Februar bis Juni 2004 mit einem vermeintlichen Gegenanspruch in Höhe von 4097,31 € aufzurechnen und entsprechend keine Mietzahlungen zu leisten. Dieser Rat war - insoweit besteht zwischen den Parteien kein Streit - falsch, weil der Beklagte das im Mietvertrag zulässig vereinbarte Aufrechnungsverbot verkannte.

b) Für die Folgen dieser defizitären anwaltlichen Beratung haftet der Beklagte den Klägern ungeachtet des Umstandes, dass er im November 2003 noch nicht von den Klägern mandatiert war, sondern ihnen Rechtsrat im Rahmen ihrer Mitgliedschaft im „I. M. e.V.“ erteilte. Zwar kann grundsätzlich nur der Vertragspartner eine vertragliche Haftung in Anspruch nehmen. Vertragspartner des Beklagten waren vor der Mandatierung durch die Kläger selbst im Juli 2004 nicht die Kläger, sondern der „I. M. e.V.“ in Düsseldorf. Anderes gilt aber dann, wenn - wie hier - nach dem Willen der Vertragsparteien Dritte in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen sind. Von einem solchen Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter ist im Wege ergänzender Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) immer dann auszugehen, wenn dem Vertragsschuldner die Einbeziehung des Dritten in den vertraglichen Schutzbereich bekannt oder zumindest erkennbar ist, die Rechtsgüter des Dritten durch die Vertragsleistung des Schuldners bestimmungsgemäß oder typischerweise beeinträchtigt werden können („Leistungsnahe“), ein berechtigtes Interesse des Vertragsgläubigers am Schutz des Dritten besteht und der Dritte ein Schutzbedürfnis hat (vgl. BGH NJW 1985, 489 [= WuM 1985, 60] und 2411; 1996, 2927; 2004, 3630; Senat NJW-RR 1997, 1314; GuT 2007, 287; MDR 2007, 988; Palandt/Heinrichs, BGB, 67. Aufl., § 328 Rn. 13 ff.; Zuehör, Handbuch der Anwaltshaftung, 2. Aufl., Rn. 1383 ff.; ders. NJW 2008, 1105; Vollkommer/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 2. Aufl., Rn. 102 ff.). Diese Grundsätze gelten auch für Anwaltsverträge; in einem solchen Fall sind die von einer Pflichtverletzung betroffenen Personen Adressaten der anwaltlichen Pflichten und berechtigt, bei pflichtwidriger Schadenszufügung durch den Anwalt von ihm Schadensersatz zu fordern (vgl. BGH NJW 1995, 51; NJW 2000, 725).

c) Die Voraussetzungen eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte liegen hier vor: Inhalt und Zweck des dem Beklagten von dem Mieterschutzverein erteilten Auftrags war ersichtlich die Beratung Dritter, nämlich der Vereinsmitglieder, deren Rechtsgüter diesem Zweck entsprechend durch Fehlleistungen des Beklagten Nachteile erleiden konnten und hier auch erlitten haben. Die Drittbezogenheit der von dem Beklagten zu erbringenden Leistung war nachgerade der Kern des ihm erteilten Beratungsauftrags. Auch liegt das Interesse des Vereins am Schutz seiner Mitglieder, denen er die Rechtsberatung offeriert, auf der Hand. Die Beklagten sind zudem auch schutzbedürftig. Gleichwertige Ersatzansprüche gegen den Mieterschutzverein sind nicht dargetan, zumal nach § 3 Nr. 4 S. 3 der aktuellen Satzung des Vereins (allgemeinkundig, veröffentlicht unter: www.ivmieterschutz.de/anmeldung/satzung.html) „Aus der Gewährung von Rat, Information und Hilfe kann das Mitglied keine Ansprüche gegen den Verein und seine Organe herleiten.“ die Haftung des Vereins ausgeschlossen ist. Das dem Beklagten von dem Verein übertragene Beratungsmandat bezog mithin gerade diejenigen Vereinsmitglieder, deren Beratung der Beklagte im Einzelfall übernahm, in seinen Schutzbereich ein.

d) Da der Beklagte den Klägern bereits wegen des ihnen im November 2003 erteilten verfehlten Rechtsrats haftet, bedarf es keiner vertiefenden Erörterung, ob und mit welchen Folgen der Beklagte die Kläger auch nach Mandatierung im Juli 2004 fehlerhaft beraten hat. Insoweit hat das Landgericht völlig zutreffend eine Pflichtverletzung des Beklagten darin gesehen, dass er ohne erneute Sach- und Rechtsprüfung an dem in der früheren Beratung eingeschlagenen (falschen) Weg festgehalten hat. Die Auffassung der Berufung, der Beklagte hätte den Sachverhalt nicht nochmals umfassend prüfen müssen, ist von Rechtsirrtum beeinflusst und verkennt die Pflichten eines Anwalts. Denn dieser hat in den Grenzen des Mandats dem Mandanten diejenigen Schritte anzuraten, die zu dem erstrebten Zie-

le zu führen geeignet sind, und Nachteile für den Auftraggeber zu verhindern, soweit solche voraussehbar und vermeidbar sind. Dazu hat er dem Auftraggeber den sichersten und gefahrlosesten Weg vorzuschlagen und ihn über mögliche Risiken aufzuklären, damit der Mandant zu einer sachgerechten Entscheidung in der Lage ist (BGH WPM 1993, 1376; 1996, 1824; 2006, 927; 2007, 419; NJW 2007, 2485 [= GuT 2007, 376 KL]; NJW-RR 2008, 1235). Durch ungeprüftes Fortsetzen des bereits im November 2003 eingeschlagenen falschen Weges hat der Beklagte diese Pflichten verabsäumt und den bereits eingetretenen Schaden sogar noch vertieft.

2. Die den Klägern entstandenen Kostenschäden, nämlich

Kosten des Räumungsprozesses, I. Instanz, Kostenfestsetzungsbeschluss vom 13. 1. 2006)	1170,22 €
Kosten des Räumungsprozesses, II. Instanz, Kostenfestsetzungsbeschluss vom 28. 10./11. 11. 2005)	1861,57 €
Gerichtskosten des Berufungsverfahrens an den Beklagten geleistete Vorschüsse insgesamt	968,00 € 2594,34 € 6594,13 €

sind sämtlich verursacht durch den verfehlten Rat des Beklagten, mit einem vermeintlichen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber dem laufenden Mietzinsanspruch die Aufrechnung zu erklären und Zahlungen nicht zu leisten. Mit Recht haben das Landgericht Düsseldorf (Urteil vom 25. 4. 2005, 14e O 97/04) und das Oberlandesgericht Düsseldorf (Urteil vom 29.09. 2005, I-10 U 86/05 [= GuT 2005, 259 KL]) die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen des so entstandenen Zahlungsverzugs für wirksam erachtet und die Kläger zur Räumung verurteilt. Es bedarf hier keiner Erörterung, ob der Hilfsbegründung des 10. Zivilsenats, ein Gegenanspruch in der behaupteten Höhe von 4097,31 € habe den Klägern bereits nicht zugestanden (sub II. 2.b der Urteilsgründe), zu folgen ist. Denn durch § 6 Nr. 1 und 2 des Mietvertrages vom 25. 3. 1991 war die Aufrechnung mit anderen als unstreitigen und rechtskräftig festgestellten Ansprüchen gegenüber dem Mietzins ohnehin ausgeschlossen. Entgegen der Auffassung des Beklagten verstieß die von der Vermieterin ausgesprochene fristlose Kündigung auch nicht gegen die aus § 242 BGB folgenden Gebote von Treu und Glauben. Zweck des Verbotes einer Aufrechnung gegenüber dem Mietzinsanspruch ist es gerade, dem Vermieter die Sanktion des § 543 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB zur Sicherstellung der regelmäßigen und nicht mit der Auseinandersetzung um Gegenansprüche belasteten Mietzinszahlung zu erhalten. Wäre der Vermieter wegen bestehender Gegenansprüche nach Treu und Glauben gehindert, die ihm durch § 543 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB eröffneten Konsequenzen aus dem Zahlungsverzug des Mieters zu ziehen, so liefe das Aufrechnungsverbot weitgehend leer. Die Interessen des Mieters sind durch die Möglichkeit, seine Rechte gerichtlich geltend zu machen, hinreichend gewahrt.“

II. Das tatsächliche und rechtliche Vorbringen des Beklagten in den Schriftsätzen vom 13. 2. 2009 und 16. 4. 2009 gibt keinen Anlass zu einer anderen Beurteilung, weil es gegenüber der Berufungsbegründung, die der Senat vollständig berücksichtigt hat, keine entscheidungserheblichen neuen Gesichtspunkte enthält. Ergänzend ist folgendes auszuführen:

1. Der Vortrag des Beklagten, die Kläger seien Mitglieder des Vereins „I. M. e. V.“ nur mit der Beschränkung auf Wohnungsmietangelegenheiten gewesen, weshalb ihr Beratungsanspruch auf Wohnungsmietangelegenheiten begrenzt gewesen und die ihnen hier erteilte Beratung in gewerblichen Mietangelegenheiten ohne vertragliche Grundlage erfolgt sei, ist unsubstantiiert und deswegen unerheblich. Es mag sein, dass der Verein heute zwischen Geschäftsraummiete und Wohnraummiete - etwa in der Höhe der von den Mitgliedern zu leistenden Beiträge - unterscheidet. Es ist aber nichts dafür ersichtlich, dass dies bereits im Zeitpunkt der Falschberatung durch den Beklagten (November 2003) der Fall gewesen wäre. Der von den Klägern

vorgelegten Satzung des Vereins ist eine solche Differenzierung des Anspruchs auf Rechtsberatung nicht zu entnehmen. Trotz Hinweises des Berichterstatters des Senats mit Verfügung vom 19. 3. 2009 auf den Mangel der Substantiierung hat der Beklagte etwaige andere vereinsinterne Rechtsgrundlagen für die behauptete Differenzierung nicht vorgetragen. Der Senat hat deshalb davon auszugehen, dass die vorgelegte Textfassung der Satzung derjenigen entspricht, die zum Zeitpunkt der fehlerhaften Beratung der Kläger durch den Beklagten in Kraft war. Überdies enthielten die hierfür vorgesehenen Formulare im Zeitpunkt des Beitritts der Kläger zu dem Verein keine entsprechende Differenzierung; nach den Angaben des Beklagten werden erst seit dem Jahr 2004 Beitrittsformulare verwendet, die zwischen Wohnraummiete und gewerblicher Miete unterscheiden.

2. Ebenso ohne Erfolg macht der Beklagte geltend, der Beratungsanspruch der Kläger gegenüber dem Verein habe sich auf die im Beitrittsformular angegebene Wohnanschrift beschränkt. Auch für eine derartige Beschränkung der Mitgliedsrechte ist der Satzung des Vereins nichts zu entnehmen. Andere Rechtsgrundlagen für die angebliche Beschränkung der Mitgliedsrechte sind weder ersichtlich noch vom Beklagten dargelegt. Auch aus dem Schreiben der Rechtsanwältin B. I. und P. vom 6. 5. 2008 sind konkrete Hinweise auf bereits im Jahre 2003 geltende Rechtsgrundlagen für eine Beschränkung des Beratungsanspruchs auf die in der „Anmeldebescheinigung“ angegebene Anschrift nicht zu ersehen. Dagegen sprechen auch die Aktivitäten des Vereins in der Geschäftsraummietesache der Kläger im Jahre 2003. Eine Vernehmung des als Zeugen benannten W. F. ist nicht veranlasst, da der Beweisantritt auf Ausforschung gerichtet ist.

Mitgeteilt von VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf

§ 3 ProdHaftG Produkthaftpflicht; Bäckerei und Konditorei; Kirschstreusel mit eingebackenen Kirschkern; Schädigung am Zahn

Zur Produktsicherheit eines Gebäckstücks mit einer Kirschfüllung („Kirschtaler“).

(BGH, Urteil vom 17. 3. 2009 – VI ZR 176/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger nimmt die Beklagte, die eine Bäckerei und Konditorei betreibt, auf Ersatz materiellen und immateriellen Schadens in Anspruch. Er verzehrte am 29. Januar 2007 einen von der Beklagten hergestellten Kirschtaler, ein Gebäckstück mit Kirschfüllung und Streuselbelag. Zur Herstellung der Füllung verwendet die Beklagte Dunstsauerkirschen, die im eigenen Saft liegen und über einen Durchschlag abgesiebt werden. Beim Verzehr dieses Gebäckstücks biss der Kläger auf einen darin eingebackenen Kirschkern. Dabei brach ein Teil seines oberen linken Eckzahns ab. Für die dadurch erforderliche gewordene zahnprothetische Versorgung hatte der Kläger einen Eigenanteil von 235,60 € zu zahlen. Er begehrt Ersatz dieser Kosten sowie ein angemessenes Schmerzensgeld (Vorstellung: 200,00 €).

2 Das Amtsgericht Iserlohn hat der Klage stattgegeben und die Berufung zugelassen. Diese hatte keinen Erfolg. Mit der vom Landgericht Hagen zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

3 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht bejaht eine Haftung der Beklagten gemäß §§ 1 Abs. 1, 8 Satz 1 und 2 ProdHaftG. Es meint, der von der Beklagten hergestellte Kirschtaler habe wegen des darin eingebackenen Kirschkerns einen Produktfehler aufgewiesen. Ein Haftungsausschluss nach § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG komme nicht in Betracht.

4 II. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

5 1. Das Berufungsgericht geht rechtlich einwandfrei davon aus, dass ein Produkt gemäß § 3 Abs. 1 ProdHaftG einen Feh-

ler hat, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die unter Berücksichtigung aller Umstände berechtigterweise erwartet werden kann.

6 a) Die nach § 3 Abs. 1 ProdHaftG maßgeblichen Sicherheitserwartungen beurteilen sich grundsätzlich nach denselben objektiven Maßstäben wie die Verkehrspflichten des Herstellers im Rahmen der deliktischen Haftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB (vgl. Staudinger/Oechsler, BGB <2003>, § 3 ProdHaftG, Rn. 19; MünchKomm-BGB/Wagner, 5. Aufl., § 3 ProdHaftG, Rn. 3; Kullmann/Pfister, Produzentenhaftung <Stand: September 2008>, Bd. I, Kza 1515, S. 7; Kullmann, Produkthaftungsrecht, 5. Aufl., Rn. 435). Auf welchen Personenkreis für die Bestimmung des zu erwartenden Sicherheitsniveaus abzustellen ist, lässt der Wortlaut des Gesetzes offen. In der Literatur wird hierzu teilweise auf den Erwartungshorizont der durch die fehlende Produktsicherheit betroffenen Allgemeinheit (Staudinger/Oechsler, aaO, Rn. 15 m.w.N.), teilweise aber auch auf die Erwartung des durchschnittlichen Benutzers oder Verbrauchers abgestellt (vgl. Kullmann, aaO, Rn. 435 f.). In der Sache besteht jedoch Einigkeit, dass es für die Bestimmung des Fehlerbegriffs nicht auf die subjektiven Sicherheitserwartungen des konkret Geschädigten ankommt, sondern dass in erster Linie die Sicherheitserwartungen des Personenkreises maßgeblich sind, an den sich der Hersteller mit seinem Produkt wendet. Da der Schutzbereich der Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz indessen nicht auf die Erwerber oder Nutzer von Produkten beschränkt ist, sondern auch unbeteiligte Dritte einschließt, sind nicht nur die Sicherheitserwartungen des Adressatenkreises des vermarkteten Produkts zu berücksichtigen, sondern darüber hinaus auch das Schutzniveau, welches Dritte berechtigterweise erwarten können, sofern sie mit der Sache in Berührung kommen (MünchKomm-BGB/Wagner, aaO, Rn. 5; Staudinger/Oechsler, aaO, Rn. 15 ff. und Rn. 20). Maßgeblich ist der Sicherheitsstandard, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält (Senatsurteil vom 16. Februar 1972 - VI ZR 111/70 - VersR 1972, 559, 560).

7 b) Ist die Ware für den Endverbraucher bestimmt, muss sie erhöhten Sicherheitsanforderungen genügen, die auf Wissen und Gefahrsteuerungspotential des durchschnittlichen Konsumenten Rücksicht nehmen (MünchKomm-BGB/Wagner, aaO, Rn. 8; Schmidt-Salzer/Hollmann, Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung, 2. Aufl., Bd. 1, Art. 6 Rn. 122). Die Haftung des Herstellers erweitert sich gegenüber den allgemeinen Maßstäben dann, wenn seine Produkte an Risikogruppen vertrieben werden bzw. diese typischerweise gefährden. Dementsprechend bestimmt Art. 2 lit. b der Produktsicherheitsrichtlinie 2001/95 EG (ABl. EG L 11 vom 15. Januar 2002, S. 4), dass die Produktsicherheit auch von den Erwartungen solcher Produktbenutzer abhängt, die bei der Verwendung des Produkts einem erhöhten Risiko ausgesetzt sind. In diesem Zusammenhang werden ausdrücklich vor allem Kinder genannt (vgl. Staudinger/Oechsler, aaO, Rn. 28). Wird ein Produkt mehreren Adressatenkreisen dargeboten, hat sich der Hersteller an der am wenigsten informierten und zur Gefahrsteuerung kompetenten Gruppe zu orientieren, also den jeweils höchsten Sicherheitsstandard zu gewährleisten (Foerste in: v. Westphalen, Produkthaftungshandbuch, 2. Aufl., Bd. 2, § 74, Rn. 46; MünchKomm-BGB/Wagner, aaO).

8 c) Zur Gewährleistung der erforderlichen Produktsicherheit hat der Hersteller diejenigen Maßnahmen zu treffen, die nach den Gegebenheiten des konkreten Falles zur Vermeidung bzw. Beseitigung einer Gefahr objektiv erforderlich und nach objektiven Maßstäben zumutbar sind (Kullmann/Pfister, aaO; Foerste, aaO, § 24, Rn. 1). Dabei sind Art und Umfang einer Sicherungsmaßnahme vor allem von der Größe der Gefahr abhängig (vgl. Senatsurteil BGHZ 80, 186, 192). Je größer die Gefahren sind, desto höher sind die Anforderungen, die in dieser Hinsicht gestellt werden müssen (Senatsurteil vom 26. Mai 1954 - VI ZR 4/53 - VersR 1954, 364, 365; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 116, 60, 67 f. und BVerfG, NJW 1997, 249). Bei erheblichen Gefahren für Leben und Gesundheit von Menschen sind

dem Hersteller deshalb weitergehende Maßnahmen zumutbar als in Fällen, in denen nur Eigentums- oder Besitzstörungen oder aber nur kleinere körperliche Beeinträchtigungen zu befürchten sind (vgl. Senatsurteil BGHZ 99, 167, 174 f.).

9 2. Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht den von der Beklagten hergestellten Kirschtaler zu Unrecht als fehlerhaft beurteilt.

10 a) Da es sich bei einem Gebäckstück um ein für den Endverbraucher bestimmtes Lebensmittel handelt, muss es zwar grundsätzlich erhöhten Sicherheitsanforderungen genügen (vgl. Kullmann/Pfister, aaO, Kza 1520, S. 25). Dem steht entgegen der Auffassung der Revision auch nicht entgegen, dass es sich bei der Kirschfüllung um ein Naturprodukt handelt. Der Verbraucher, der ein verarbeitetes Naturprodukt verzehrt, darf davon ausgehen, dass sich der Hersteller im Rahmen des Verarbeitungsprozesses eingehend mit dem Naturprodukt befasst und dabei Gelegenheit gehabt hat, von dem Naturprodukt ausgehende Gesundheitsrisiken zu erkennen und zu beseitigen, soweit dies möglich und zumutbar ist (vgl. Buchwaldt, ZLR 1999, 417, 421).

11 b) Wie die Revision mit Recht geltend macht, kann aus Sicht des Konsumenten bei einer aus Steinobst bestehenden Füllung eines Gebäckstücks nicht ganz ausgeschlossen werden, dass dieses in seltenen Fällen auch einmal einen kleinen Stein oder Teile davon enthält. Eine vollkommene Sicherheit wäre nur dann zu erreichen, wenn der Hersteller entweder die Kirschen durch ein engmaschiges Sieb drücken würde, wodurch nur Kirschsafte hervorgebracht würde, mit dem die Herstellung eines Kirschtalers nicht möglich wäre, oder wenn er jede einzelne Kirsche auf eventuell noch vorhandene Kirschsteine untersuchen würde. Ein solcher Aufwand ist dem Hersteller nicht zumutbar. Er ist aber auch objektiv nicht erforderlich, da dem Verbraucher, der auf einen eingebackenen Kirschkern beißt, keine schwerwiegende Gesundheitsgefahr droht, die um jeden Preis und mit jedem erdenklichen Aufwand vermieden oder beseitigt werden müsste.

12 Eine völlige Gefährlosigkeit kann der Verbraucher nicht erwarten. Das Maß der Verkehrssicherheit, das von einem Produkt berechtigterweise erwartet werden kann, hängt u. a. von seiner Darbietung (§ 3 Abs. 1 lit. a ProdHaftG), also von der Art und Weise ab, in der es in der Öffentlichkeit präsentiert wird (Kullmann/Pfister, aaO, Kza 3604, S. 10). Bei einem Gebäckstück, das unter der Bezeichnung „Kirschtaler“ angeboten wird, geht der Verbraucher davon aus, dass es unter Verwendung von Kirschen hergestellt wird. Der Verbraucher weiß auch, dass die Kirsche eine Steinfrucht ist und dass ihr Fruchtfleisch mithin einen Stein (Kirschkern) enthält. Seine Sicherheitserwartung kann deshalb berechtigterweise nicht ohne weiteres darauf gerichtet sein, dass das Gebäckstück „Kirschtaler“ zwar Kirschen, aber keinerlei Kirschkerne enthält. Eine solche Erwartung wäre vielmehr nur dann berechtigt, wenn bei der Darbietung eines solchen Gebäckstücks der Eindruck erweckt würde, dass dieses ausschließlich vollkommen entsteinte Kirschen enthält. Daran fehlt es im Streitfall.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH GuT 2006, 156 KL (Restaurantbetrieb; Zahn im Cevapcici; Beweislast des Geschädigten).

§ 823 BGB; Art. 5 GG
Meinungsfreiheit zur Unternehmenskritik;
teil-staatlicher Flughafenbetreiber

Zum Schutz der Meinungsfreiheit bei kritischen Äußerungen über ein Unternehmen.

(BGH, Urteil vom 3. 2. 2009 – VI ZR 36/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin ist Betreiberin des Flughafens Frankfurt a.M.. Sie nimmt die Beklagte, eine Wirtschafts-

und Steuerberatungsgesellschaft, auf Unterlassung von Äußerungen sowie auf Erstattung vorgerichtlicher Abmahnkosten in Anspruch.

2 Die Klägerin erwarb eine Beteiligung an dem Unternehmen PIATCO, das ein neues Passagier-Terminal auf dem internationalen Flughafen von Manila errichten sollte. Am 31. Oktober 2005 verbreitete die Beklagte auf ihrer Internetseite ein Dokument mit dem Titel „Der Fraport-Manila-Skandal und seine öffentliche Wahrnehmung in Deutschland“, in dem es u. a. heißt:

„Der schier unglaubliche Fraport-Skandal scheint zur Freude der für den riesigen Schaden Verantwortlichen in Vorstand und Aufsichtsrat in den deutschen Medien schon in Vergessenheit geraten zu sein. Es wäre aber im öffentlichen Interesse zu wünschen, dass dieser Sumpf an Lügen, Täuschung, Vertuschung, Vetternwirtschaft, Polit-Kumpanei und Korruption endlich aufgemischt wird. Leider schafft die Zeit für die Fraport-Übeltäter.“

3 Am 9. November 2005 versandte die Beklagte anlässlich einer geplanten Handelsblatt-Konferenz: „Unternehmensrisiko Korruption“ an das Vorstandsmitglied der Klägerin Dr. W. B. eine E-Mail mit u. a. folgendem Inhalt:

„Was sagt man dazu? Nach den massiven Korruptionsvorwürfen im Manila- Projekt der Fraport AG ist die Beteiligung ihres Fraport-Vertreters G. als 'Oberlehrer' in Sachen Korruptionsprävention der Witz des Jahres!!! Eine Steigerung dieser Unverfrorenheit wäre nur dadurch möglich, wenn der Fraport-Vorstand W. B. auch noch als Referent auftreten würde.“

4 Angehängt war eine E-Mail, in der u. a. ausgeführt wird:

„... mit Überraschung haben wir in der Einladung zur Handelsblatt-Anti-Korruptionskonferenz festgestellt, dass Sie, sehr geehrter Herr G., als leitender Fraport-Vertreter von Ihrem Vorstand dazu abgestellt sind, um über das Thema 'Korruptionsprävention am Beispiel der Fraport AG' öffentlich zu referieren. Es ist sehr lobenswert, wenn sich der Fraport-Vorstand und der Fraport-Aufsichtsrat endlich dazu entschlossen hat, sich mit den weltweiten Korruptionsvorwürfen an die Adresse der Fraport AG offensiv und öffentlich auseinandersetzen zu wollen: Selbsterkenntnis ist eben doch der beste Weg zur Besserung! ...

Es wäre erfreulich, wenn Sie in Ihrem Vortrag ganz intensiv betonen würden, dass nach den neuen Regeln des Corporate-Governance-Kodex und nach den modernen Methoden der Korruptionsprävention die Vertuschung der Wahrheit und die Täuschung der Aktionäre und der Öffentlichkeit als Todsünden anzusehen sind. Das war einmal: früher galten Vetternwirtschaft, Polit-Kumpanei, Kadavergehorsam, Lügen, Heuchelei und Scheinheiligkeit als die perfekte Korruptionsprävention! Langsam aber sicher verändern sich aber auch hierzulande die Verhältnisse, offensichtlich auch in der Fraport AG. ...“

5 Das Landgericht Hamburg hat dem Unterlassungsantrag der Klägerin hinsichtlich der vorstehend wiedergegebenen Äußerungen stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung vorgerichtlicher Abmahnkosten in Höhe von 900,10 € verurteilt. Das Oberlandesgericht Hamburg hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag weiter, die Klage abzuweisen.

6 **Aus den Gründen:** I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts stehen der Klägerin die geltend gemachten Unterlassungsansprüche gemäß §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB analog i. V.m. dem allgemeinen Unternehmenspersönlichkeitsrecht zu.

7 Bei den Vorwürfen „Lüge“, „Täuschung“ und „Vertuschung“ handle es sich um Tatsachenbehauptungen und nicht um Meinungsäußerungen, weil die Äußerungen auf ihre Richtigkeit hin objektiv überprüfbar seien. Gleiches gelte für den Vorwurf der „Korruption“, den der durchschnittliche Leser dahingehend verstehe, dass der Adressat des Vorwurfs andere be-

stochen habe. Dass in den mehrere Seiten umfassenden „Erstmitteilungen“ auch Meinungsäußerungen der Beklagten enthalten seien, ändere nichts an der rechtlichen Einordnung der erwähnten Aussagen. Entscheidend sei, dass die einzelnen Aussagen für sich genommen für den Leser den dargestellten Tatsachengehalt aufwiesen. Die Vorwürfe hätten auch als unwahr zu gelten, weil die Beklagte nicht dargetan und bewiesen habe, dass ihre Behauptungen der Wahrheit entsprächen.

8 Selbst wenn man die Vorwürfe als Meinungsäußerungen qualifizierte, wären diese Äußerungen ebenso wie die in den verbotenen Textpassagen enthaltenen Bewertungen „Vetternwirtschaft“, „Polit-Kumpanei“ und „Fraport-Übeltäter“ als unzulässige Schmähkritik zu untersagen.

9 II. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand.

10 Diese rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht die auf der Internetseite der Beklagten und in den versandten E-Mails gemachten Äußerungen nicht in ihrem Kontext gewürdigt und deshalb zu Unrecht als Tatsachenbehauptungen eingestuft sowie die Anforderungen an das Vorliegen einer Schmähkritik verkannt hat. Deshalb hat es die gebotene Abwägung zwischen dem Recht der Beklagten auf freie Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und dem Recht der persönlichen Ehre und auf öffentliches Ansehen der Klägerin, zu dessen Wahrung auch juristische Personen Ehrenschutz in Anspruch nehmen können (vgl. Senatsurteil vom 16. November 2004 - VI ZR 298/03 - VersR 2005, 277, 279 m.w.N.), nicht vorgenommen.

11 1. a) Für die Beurteilung der Frage, ob eine Äußerung als Tatsachenbehauptung oder Meinungsäußerung bzw. Werturteil einzustufen ist, bedarf es nach ständiger Rechtsprechung der Ermittlung des vollständigen Aussagegehalts. Insbesondere ist jede beanstandete Äußerung in dem Gesamtzusammenhang zu beurteilen, in dem sie gefallen ist. Sie darf nicht aus dem sie betreffenden Kontext herausgelöst einer rein isolierten Betrachtung zugeführt werden (Senatsurteile BGHZ 132, 13, 21; vom 28. Juni 1994 - VI ZR 252/93 - VersR 1994, 1120, 1121; vom 16. November 2004 - VI ZR 298/03 - aaO). So dürfen aus einer komplexen Äußerung nicht Sätze oder Satzteile mit tatsächlichem Gehalt herausgegriffen und als unrichtige Tatsachenbehauptung untersagt werden, wenn die Äußerung nach ihrem - zu würdigenden - Gesamtzusammenhang in den Schutzbereich des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung gemäß Art. 5 Abs. 1 GG fallen kann und in diesem Fall eine Abwägung zwischen den verletzten Grundrechtspositionen erforderlich wird (vgl. Senatsurteile vom 25. März 1997 - VI ZR 102/96 - VersR 1997, 842, 843; vom 16. November 2004 - VI ZR 298/03 - aaO; vom 2. Dezember 2008 - VI ZR 219/06 - juris Rn. 12, z.Vb.). Dabei ist zu beachten, dass sich der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG auch auf die Äußerung von Tatsachen erstreckt, soweit sie Dritten zur Meinungsbildung dienen können, sowie auf Äußerungen, in denen sich Tatsachen und Meinungen vermengen und die insgesamt durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt werden (vgl. Senatsurteile vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 45/05 - VersR 2007, 249, 250; vom 11. März 2008 - VI ZR 189/06 - VersR 2008, 695 Rn. 12; vom 22. April 2008 - VI ZR 83/07 - VersR 2008, 971 Rn. 16, jeweils m.w.N.).

12 b) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht bei Ermittlung des Aussagegehalts nicht beachtet, was revisionsrechtlich in vollem Umfang zur Überprüfung steht (vgl. Senatsurteile vom 22. November 2005 - VI ZR 204/04 - VersR 2006, 382 m.w.N.; vom 11. März 2008 - VI ZR 189/06 - aaO, Rn. 11). Entgegen seiner Auffassung sind sowohl die auf der Internetseite der Beklagten als auch die durch E-Mail verbreiteten Äußerungen dem Schutz des Art. 5 GG zu unterstellen, weil es sich bei Berücksichtigung des Gesamtkontextes um Äußerungen handelt, in denen sich Tatsachen und Meinungen vermengen und die insgesamt durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt werden.

13 aa) Der im Internet veröffentlichte Artikel beschäftigt sich mit dem Umstand, dass Deutschland im Korruptionsindex von Transparency International auf den 16. Rang abgerutscht sei, und in diesem Zusammenhang mit dem „Fraport-Manila-Skandal“ und seiner öffentlichen Wahrnehmung in Deutschland. Hierzu heißt es mit teilweise ironischen Formulierungen, eine langjährige Erfahrung habe die Autoren gelehrt, dass Korruption, Bestechung, Vetternwirtschaft, Politikumpanei und Rechtsbruch zu den wesentlichen Bestandteilen der Gesellschaft, Wirtschaft und Politik in Deutschland gehörten. In diesem Zusammenhang erlaubten sie sich, auf den nicht aufgeklärten Fraport-Manila-Piatco-Skandal hinzuweisen, bei dem es um die Vernichtung von ca. 500 Mio. US-Dollar in dem Manila-Airport-Projekt der Fraport AG gehe. Es werde mit allen Mitteln versucht, die Verantwortlichen im Fraport-Vorstand und Fraport-Aufsichtsrat für den Schaden der Steuerzahler, den das Staatsunternehmen Fraport AG verursacht habe, vor Strafe und Haftung zu schützen. Im Fraport-Vorstand und Fraport-Aufsichtsrat tummle sich die gesamte hessische „Polit- und Gewerkschafts-Prominenz“, weshalb auch die Strafverfolgung nur halbherzig, äußerst vorsichtig und zurückhaltend durchgeführt werde. Im Zusammenhang mit den Verfahren, die Fraport gegen die Beklagte angestrengt habe, fallen dann die durch die Instanzgerichte verbotenen Äußerungen. Unmittelbar danach heißt es: „Unser vorrangiges Ziel ist es, die Manila-Fehlleistungen im Fraport-Vorstand und Aufsichtsrat aufzuklären und öffentlich zu machen, damit die für den Manila-Schaden verantwortlichen Entscheidungsträger persönlich zur Rechenschaft gezogen werden können.“

14 Im gesamten Artikel geht es also um eine Auseinandersetzung mit einem wirtschaftlichen Vorgang in einem Unternehmen, das teilweise im Staatseigentum steht und erhebliche Verluste in dem Manila-Airport-Projekt verloren haben soll. Der von der Revision nicht angegriffene Aussagekern betrifft die Vernichtung von ca. 500 Mio. US-Dollar in dem Manila-Airport-Projekt. Hieran knüpft sich der Vorwurf, dass mit allen Mitteln versucht werde, die Verantwortlichen im Fraport-Vorstand und Fraport-Aufsichtsrat vor Strafe und Haftung zu schützen, weshalb auch die Strafverfolgung nur halbherzig, äußerst vorsichtig und zurückhaltend durchgeführt werde. Damit wird einerseits klargestellt, dass es bisher nicht zu strafrechtlichen Verurteilungen gekommen ist, andererseits werden die Gründe genannt, welche die Beklagte hierfür vermutet. Jedenfalls werden Missstände erörtert, die für die Öffentlichkeit von großer Bedeutung sind.

15 Unter diesen Umständen handelt es sich insgesamt um Äußerungen, die durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt werden und deshalb in vollem Umfang am Schutz des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG teilnehmen. Dies gilt auch hinsichtlich des Vorwurfs der „Korruption“, weil die Einstufung eines Vorgangs als strafrechtlich relevanter Tatbestand in der Regel nicht anders als Rechtsmeinungen im außerstrafrechtlichen Bereich zunächst nur die ganz überwiegend auf Wertung beruhende subjektive Beurteilung des Äußernden zum Ausdruck bringt (vgl. Senatsurteile vom 22. Juni 1982 - VI ZR 251/80 - VersR 1982, 904, 905 und - VI ZR 255/80 - VersR 1982, 906, 907). Zudem ist im Streitfall die Bezeichnung als „Korruption“ nicht so stark von tatsächlichen Bestandteilen geprägt, dass ihnen insgesamt der Charakter einer Tatsachenbehauptung beigemessen werden könnte, die einen bestimmten Vorgang im Wesentlichen beschreibt und nicht bewertet (vgl. Senatsurteil vom 17. November 1992 - VI ZR 344/91 - VersR 1993, 193, 194).

16 bb) Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für die per E-Mail verbreiteten Äußerungen. Das Berufungsgericht hat diese Äußerungen nicht im Einzelnen gewürdigt, sondern nur pauschal ausgeführt, dass in den E-Mail-Äußerungen die Vorwürfe noch einmal erneuert und zum Teil auch erweitert würden. Demgegenüber zeigt eine Würdigung der Äußerungen im jeweiligen Kontext, dass auch diese Äußerungen insgesamt vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG erfasst werden, weil sie

ebenfalls durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt sind. Die Beklagte befasst sich mit einer Einladung zu einer vom Handelsblatt veranstalteten Anti-Korruptionskonferenz, bei der Herr G. als leitender Fraport-Vertreter referieren sollte. In diesem Zusammenhang wird auf weitläufige Korruptionsvorwürfe an die Adresse der Klägerin hingewiesen. Wenn die Beklagte dann die nach ihrer Auffassung früher geltenden Prinzipien der Vetternwirtschaft, Politikumpanei, des Kadavergehorsams, der Lügen, Heuchelei und Scheinheiligkeit als „perfekte Korruptionsprävention“ einer neuen Linie gegenüberstellt, zu der sich der Fraport-Vorstand und Aufsichtsrat endlich entschlossen hätten, ist auch insoweit die gesamte Äußerung unverkennbar durch die Erörterung von Missbrauch öffentlicher Gelder und verantwortungslosen Geschäftsgebarens in einer Weise geprägt, die sie dem Schutz der Meinungsfreiheit unterstellt.

17 2. Um die Zulässigkeit der angegriffenen Äußerungen zu beurteilen, sind mithin grundsätzlich die betroffenen Interessen gegeneinander abzuwägen, wobei alle wesentlichen Umstände und die betroffenen Grundrechte interpretationsleitend zu berücksichtigen sind (vgl. Senatsurteil vom 11. März 2008 - VI ZR 189/06 - aaO, Rn. 13; BVerfGE 114, 339, 348 m.w.N.; BVerfG, NJW 2008, 358, 359). Eine solche Abwägung hat das Berufungsgericht auch deshalb nicht vorgenommen, weil es in den beanstandeten Äußerungen eine unzulässige Schmähkritik gesehen hat. Dabei hat es jedoch die rechtliche Bedeutung dieses Begriffs in schwerwiegender Weise verkannt.

18 a) An die Bewertung einer Äußerung als Schmähkritik sind strenge Maßstäbe anzulegen, weil andernfalls eine umstrittene Äußerung ohne Abwägung dem Schutz der Meinungsfreiheit entzogen und diese damit in unzulässiger Weise verkürzt würde (vgl. Senatsurteile BGHZ 143, 199, 209; vom 11. März 2008 - VI ZR 189/06 - aaO, Rn. 15; BVerfGE 93, 266, 294; BVerfG, NJW-RR 2000, 1712). Erst wenn bei einer Äußerung nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Herabsetzung der Person im Vordergrund steht, die jenseits polemischer und überspitzter Kritik herabgesetzt und gleichsam an den Pranger gestellt werden soll, nimmt die Äußerung den Charakter einer unzulässigen Schmähung an (vgl. Senatsurteile BGHZ 143, 199, 209; vom 16. November 2004 - VI ZR 298/03 - aaO; vom 5. Dezember 2006 - VI ZR 45/05 - VersR 2007, 249, 251; vom 11. Dezember 2007 - VI ZR 14/07 - VersR 2008, 357 Rn. 22; vom 11. März 2008 - VI ZR 189/06 - aaO). Davon kann hier keine Rede sein.

19 b) Bei dem im Internet veröffentlichten Artikel über den „Fraport-Manila-Skandal“ stehen neben allgemeinen Ausführungen zu Erfahrungen mit der Korruption in Deutschland und der Einstufung Deutschlands im internationalen Korruptionsindex die Besetzung des Fraport-Vorstands und Aufsichtsrats sowie die Debatte um den wirtschaftlichen Verlust der Klägerin im Zusammenhang mit dem genannten Skandal und damit erhobene Vorwürfe im Vordergrund. Dabei werden auch der Schutz der Verantwortlichen des Unternehmens vor Strafe und Haftung sowie die fehlende Kontrolle angesprochen, die wegen der Staatsbeteiligung an dem Unternehmen und der Besetzung von Posten im Vorstand und im Aufsichtsrat durch die gesamte hessische „Polit- und Gewerkschafts-Prominenz“ besteht.

20 Die Äußerungen per E-Mail betrafen eine Konferenz des Handelsblatts zum „Unternehmensrisiko Korruption“ und hatten als Anlass den Umstand, dass dort ein Mitarbeiter der Klägerin zum Thema „Korruptionsprävention am Beispiel der Fraport AG“ öffentlich referieren sollte. Im Zusammenhang damit hat die Klägerin ihre Meinung zur Haltung der Fraport AG zum Komplex „Korruptionsprävention“ geäußert.

21 Bei beiden Komplexen steht mithin die Auseinandersetzung mit einer Sachfrage und nicht die Diffamierung der Klägerin im Vordergrund, so dass eine unzulässige Schmähkritik nicht vorliegt.

22 3. Bei der hiernach gebotenen Abwägung fällt zugunsten der Klägerin ins Gewicht, dass die beanstandeten Äußerungen geeignet sind, sie in ihrem öffentlichen Ansehen erheblich zu beeinträchtigen und möglicherweise auch ihre geschäftliche Tätigkeit zu erschweren. Andererseits ist zu Gunsten der Meinungsfreiheit der Beklagten zu beachten, dass der oben dargestellte Aussagekern in tatsächlicher Hinsicht nicht angegriffen ist und es sich im Übrigen um Fragen von öffentlichem Interesse handelt, die ebenfalls von erheblichem Gewicht sind (vgl. Senatsurteile vom 29. Januar 2002 - VI ZR 20/01 - VersR 2002, 445, 446; vom 16. November 2004 - VI ZR 298/03 - aaO; vom 21. November 2006 - VI ZR 259/05 - VersR 2007, 511, 512). Dies folgt nicht nur aus dem Verlust, den die Klägerin im Zusammenhang mit dem angesprochenen Projekt erlitten hat. Vor allem ergibt es sich daraus, dass an dem Unternehmen teilweise öffentliches Eigentum besteht und auch der Aufsichtsrat teilweise mit Politikern und Gewerkschaftsfunktionären besetzt ist. Im Hinblick darauf muss das Unternehmen wegen des besonderen Interesses der Öffentlichkeit, das bei einer Beteiligung staatlicher oder kommunaler Stellen an einer Kontrolle seiner Geschäftstätigkeit besteht (vgl. BVerfG NJW-RR 2007, 1340, 1341), auch eine möglicherweise polemische und überspitzte Kritik hinnehmen. Bei der gebotenen Gesamtabwägung aller Umstände stellen sich die von der Beklagten gewählten Äußerungen im Gesamtkontext mithin als noch zulässig und damit nicht als rechtswidrig dar. Das Grundrecht der Beklagten auf Meinungsfreiheit darf daher nicht durch einen Unterlassungsausspruch eingeschränkt werden.

23 4. Nach alledem kann das Berufungsurteil nicht bestehen bleiben und ist die Klage abzuweisen. Da die zu beurteilenden Tatsachen feststehen und somit eine weitere Sachaufklärung nicht erforderlich ist, kann der Senat aufgrund seiner eigenen Abwägung abschließend entscheiden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Vgl. BGH WuM 2009, 528 zur zulässigen Presseberichterstattung über den Hauskauf eines bekannten Politikers aus aktuellem Anlass.

§ 823 BGB; Art. 5 GG Meinungsfreiheit bei Unternehmenskritik

Zum Schutz der Meinungsfreiheit bei kritischen Äußerungen über ein Unternehmen und dessen Vorstandsvorsitzenden.

(BGH, Urteil vom 22. 9. 2009 – VI ZR 19/08)

Hinw. d. Red.: Hierzu lautet die Pressemeldung Nr. 191/2009 vom 22. 9. 2009 des BGH:

»Meinungsfreiheit bei kritischen Äußerungen über ein Unternehmen und dessen Vorstandsvorsitzenden

Die Klägerin zu 1 ist ein Großunternehmen. Der Kläger zu 2 war bis Ende 2005 Vorsitzender ihres Vorstands. Der Beklagte ist Aktionär der Klägerin zu 1 und Sprecher eines Aktionärverbandes.

Am 28. Juli 2005 meldete die Klägerin zu 1, ihr Aufsichtsrat habe beschlossen, dass der Kläger zu 2 zum 31. Dezember 2005 aus dem Unternehmen ausscheide. Am selben Tag wurde in der Fernsehsendung „SWR-Landesschau“ ein mit dem Beklagten geführtes Interview ausgestrahlt, in dem dieser unter anderem Folgendes äußerte:

„Ich glaube nicht, dass der Rücktritt (des Klägers zu 2 als Vorsitzender des Vorstands der Klägerin zu 1) freiwillig war. Ich glaube, dass er dazu gedrängt und genötigt wurde. ... und das muss damit zusammenhängen, dass die Geschäfte nicht immer so sauber waren, die Herr S. geregelt hat.“

Das Landgericht [Hamburg] hat dem auf Untersagung dieser Äußerungen gerichteten Unterlassungsantrag der Kläger statt-

gegeben. Die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht [Hamburg] zurückgewiesen.

Die vom Bundesgerichtshof zugelassene Revision des Beklagten führte zur Klageabweisung. Die Äußerungen des Beklagten dürfen nicht isoliert gesehen, sondern müssen im Gesamtzusammenhang des Interviews bewertet werden. Sie unterliegen als wertende Äußerungen dem Schutzbereich des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung gemäß Art. 5 Abs. 1 des Grundgesetzes. Der erste Teil der Äußerung war entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht als Tatsachenbehauptung, sondern als Werturteil einzustufen. Beim zweiten Teil handelt es sich auch nicht um unzulässige Schmähkritik, weil sich der Beklagte zu einem Sachthema von erheblichem öffentlichem Interesse äußerte und nicht die Herabsetzung der Person des Klägers zu 2 im Vordergrund stand. Bei der danach gebotenen Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsschutz der Kläger und dem Grundrecht des Beklagten auf freie Meinungsäußerung musste der Persönlichkeitsschutz der Kläger im vorliegenden Fall zurücktreten. An der Bewertung der Geschäftstätigkeit des Vorstandsvorsitzenden eines Großunternehmens und dessen vorzeitigem Rücktritt besteht ein großes öffentliches Interesse. Demgemäß müssen die Grenzen zulässiger Kritik gegenüber einem solchen Unternehmen und seinen Führungskräften weiter sein. Würde man solche Äußerungen am Tag des Ereignisses unterbinden, wäre eine öffentliche Diskussion aktueller Ereignisse von besonderem Öffentlichkeitswert in einer mit Art. 5 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarenden Weise erschwert.«

§ 21 InsO Insolvenz; Eröffnungsverfahren; Durchsuchung der Räume eines Dritten

Das Insolvenzgericht kann den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht ermächtigen, Räume eines am Eröffnungsverfahren nicht beteiligten Dritten zu durchsuchen.

(BGH, Beschluss vom 24. 9. 2009 – IX ZB 38/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Der (weitere) Beteiligte zu 1 hat mit Schreiben vom 25. Oktober 2007 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin beantragt. Der (weitere) Beteiligte zu 4 ist am 21. November 2007 mit der Erstattung eines Gutachtens beauftragt und am 22. November 2007 zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt worden. Auf seine Anregung hat das Insolvenzgericht am 23. November 2007 einen Durchsuchungsbeschluss über die Geschäftsräume der Schuldnerin B. Straße ... in R. erlassen. Wörtlich heißt es in dem Beschluss:

„Der vorläufige Insolvenzverwalter ist berechtigt, die Geschäftsräume B. Str. ..., R., zu betreten, bei der Durchsuchung anwesend zu sein und Bücher, Geschäftspapiere und ähnliche Unterlagen, die für die Aufklärung der Vermögensverhältnisse der Schuldnerin von Bedeutung sein können, in Besitz zu nehmen, auch soweit sie sich im Besitz von M. <= weitere Beteiligte zu 3> bzw. I. <= weitere Beteiligte zu 4> oder R. S. <= Geschäftsführer oder Vorstand aller genannter Gesellschaften> befinden.“

2 Am 26. November 2007 ließ der Beteiligte zu 4 die Räumlichkeiten der Schuldnerin sowie diejenigen der (weiteren) Beteiligten zu 2 und zu 3 durchsuchen. Er nahm dabei verschiedene Unterlagen und Dokumente an sich, welche er nach Durchsicht am 29. November 2007 wieder zurückreichte. Außerdem kopierte er Dateien auf eigene Datenträger, die sich zur Auswertung noch bei ihm befinden.

3 Am 7. Dezember 2007 haben die Beteiligten zu 2 und zu 3 sofortige Beschwerde gegen den Beschluss vom 23. November 2007 eingelegt. Sie haben beantragt, festzustellen, dass der vorgenannte Durchsuchungsbeschluss des Amtsgerichts Bad Neuenahr-Ahrweiler vom 23. November 2007 rechtswidrig ist; dem vorläufigen Insolvenzverwalter aufzugeben, sämtliche von

ihm im Rahmen der Durchsuchung am 26. November 2007 auf Datenträger gespeicherten Dateien an die Firma M. AG herauszugeben.

4 Die sofortige Beschwerde ist als unbegründet zurückgewiesen worden. Mit ihrer Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligten zu 2 und zu 3 die genannten Anträge weiter.

5 **Aus den Gründen:** II. Die Rechtsbeschwerde hat teilweise Erfolg.

6 1. Das Beschwerdegericht [LG Koblenz] hat ausgeführt: Die sofortige Beschwerde sei zulässig. Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse folge daraus, dass der Durchsuchungsbeschluss die Durchsuchung der Geschäftsräume der Beteiligten zu 2 und zu 3 anordne und damit in deren Recht auf Freiheit (Art. 2, 104 Abs. 1 GG) sowie auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) eingreife und Rechtsschutz vor der Durchsuchung nicht zu erlangen gewesen sei; zudem habe der Beteiligte zu 4 nach wie vor Dateien im Besitz, die er von den Servern der Beschwerdeführer kopiert habe. Die Statthaftigkeit der in der Insolvenzordnung nicht vorgesehenen sofortigen Beschwerde folge ebenfalls unmittelbar aus der Verfassung. Das Rechtsmittel sei jedoch nicht begründet. Die Durchsuchungsanordnung sei rechtmäßig ergangen. Die dem Beteiligten zu 4 eingeräumten Befugnisse seien hinreichend bestimmt. Die Insolvenzordnung enthalte auch eine ausreichende gesetzliche Legitimierung für eine auf Räumlichkeiten Dritter bezogene richterliche Durchsuchungsanordnung. Dass § 22 Abs. 3 Satz 1 InsO dem vorläufigen Insolvenzverwalter nur gestatte, die Geschäftsräume des Schuldners zu betreten, stehe nicht entgegen. Grundlage des Beschlusses sei § 21 Abs. 2 InsO, der das Gericht ermächtige, auch andere als die in § 21 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 ausdrücklich genannten Maßnahmen zu treffen. Eine unbegrenzte Ausweitung der Befugnisse des Verwalters auf unbeteiligte Dritte erfolge damit nicht. Der vorläufige Insolvenzverwalter müsse dann richterlich ermächtigt werden können, in Räumen Dritter nach Geschäftsunterlagen des Schuldners zu suchen, wenn die begründete Befürchtung eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen dem Schuldner und dem Dritten bestehe; denn andernfalls könne er seiner Pflicht zur Sicherung und Erhaltung des Schuldnervermögens nicht nachkommen. Im vorliegenden Fall hätten hinreichende Anhaltspunkte für ein kollusives Zusammenwirken der Beteiligten zu 2 und 3 mit dem Geschäftsführer der Schuldnerin bestanden. Der Antrag auf Herausgabe der kopierten Dateien könne keinen Erfolg haben, weil der Beteiligte zu 4 Gelegenheit erhalten müsse abzugleichen, ob und in welchem Umfang Daten der Insolvenzschuldnerin auf dem Server der Beschwerdeführer gespeichert seien.

7 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht in vollem Umfang stand.

8 a) Hinsichtlich der Anordnung, die Geschäftsräume der Beteiligten zu 2 und zu 3 zu durchsuchen, ist die Rechtsbeschwerde zulässig und begründet.

9 aa) Die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde folgt aus §§ 7, 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO. Gegen die Entscheidung über die sofortige Beschwerde findet die Rechtsbeschwerde statt. Das Landgericht hat die sofortige Beschwerde zu Recht für zulässig gehalten und sachlich beschieden, obwohl § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO eine sofortige Beschwerde nicht am Eröffnungsverfahren beteiligter Dritter gegen Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren nicht vorsieht. Das Enumerationsprinzip des § 6 Abs. 1 InsO beschränkt die Anfechtungsmöglichkeiten zwar auf die in der Insolvenzordnung ausdrücklich vorgesehenen Fälle, kann sich damit jedoch nur auf solche Maßnahmen beziehen, die nach Wortlaut, Inhalt und Zweck des Gesetzes überhaupt in Betracht kommen können. Für diese Anordnungen gilt, dass allein die ausdrücklich bezeichneten einem Rechtsmittel zugänglich sind. Liegt die gerichtliche Maßnahme dagegen von vornherein außerhalb der Befugnisse, die dem Insolvenzgericht von Gesetzes wegen verliehen sind, fehlt es an einer insolvenzrechtlichen Regelung, für die das Enumerationsprinzip gel-

ten könnte (BGHZ 158, 212, 215 [= GuT 2004, 179]). Zwangsmaßnahmen gegen am Eröffnungsverfahren nicht beteiligte Dritte sieht die Insolvenzordnung nicht vor.

10 Dass die Durchsuchung bereits stattgefunden hat, steht der Zulässigkeit beider Rechtsmittel ebenfalls nicht entgegen. Sofortige Beschwerde und Rechtsbeschwerde setzen zwar wie jedes andere Rechtsmittel auch eine Beschwer des Rechtsmittelführers voraus, die im Zeitpunkt der Entscheidung noch gegeben sein muss (BGH, Beschl. v. 12. Oktober 2006 - IX ZB 34/05, WPM 2006, 2329, 2330). Trotz Erledigung des ursprünglichen Rechtsschutzziels kann ein Bedürfnis nach gerichtlicher Entscheidung jedoch fortbestehen, wenn das Interesse des Betroffenen an der Feststellung der Rechtslage in besonderer Weise schutzwürdig ist, etwa dann, wenn das gerichtliche Verfahren dazu dient, einer Wiederholungsgefahr zu begegnen oder eine fortwirkende Beeinträchtigung durch einen an sich beendeten Eingriff zu beseitigen (BVerfGE 96, 27, 40). Darüber hinaus kommt ein trotz Erledigung fortbestehendes Rechtsschutzinteresse in Fällen tief greifender Grundrechtseingriffe in Betracht. Hierunter fallen insbesondere solche Eingriffe, die unter Richtervorbehalt stehen und nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt sind, in welcher der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in der von der Prozessordnung vorgegebenen Instanz kaum erlangen kann (BVerfGE 104, 220, 232 ff.). Ein Rechtsschutzinteresse trotz prozessualer Überholung hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere nach Durchsuchungen von Wohn- und Geschäftsräumen angenommen (BVerfGE 107, 299, 337 f.; 110, 77, 89 ff.). Das Rechtschutzbedürfnis folgt in einem solchen Fall allein aus dem tiefgreifenden Grundrechtseingriff (BVerfG ZIP 2008, 2027, 2029).

11 Die Voraussetzungen des § 574 Abs. 2 ZPO sind ebenfalls erfüllt. Die Frage, ob §§ 21, 22 InsO zu Eingriffen in Rechte Dritter berechtigt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten und höchstrichterlich noch nicht entschieden.

12 bb) Soweit die Rechtsbeschwerde zulässig ist, ist sie auch begründet. Der Beschluss des Insolvenzgerichts vom 23. November 2007 ist rechtswidrig, soweit er den Beteiligten zu 4 ermächtigt, die Geschäftsräume der Beteiligten zu 2 und zu 3 zu betreten und zu durchsuchen, und verletzt diese in ihren Rechten.

13 (1) Die Insolvenzordnung enthält keine ausdrückliche Regelung, nach welcher das Insolvenzgericht dem vorläufigen Insolvenzverwalter erlauben kann, Räume zu betreten und zu durchsuchen, die nicht im Besitz des Schuldners stehen. § 22 Abs. 3 Satz 1 InsO ermächtigt den vorläufigen Insolvenzverwalter, „die Geschäftsräume des Schuldners zu betreten und dort Nachforschungen anzustellen“. Diese Regelung ist eindeutig. Sie betrifft die Räume des Schuldners, nicht die Räume Dritter. Das wird, soweit ersichtlich, in der untergerichtlichen Rechtsprechung und in der Literatur auch nicht in Zweifel gezogen.

14 (2) § 21 Abs. 1 und 2 InsO stellt keine ausreichende gesetzliche Grundlage für eine Durchsuchungsanordnung dar. § 21 InsO bestimmt, welche vorläufigen Maßnahmen das Insolvenzgericht treffen kann. Dabei enthält § 21 Abs. 2 InsO keine abschließende Regelung, wie sich schon aus dem Einleitungssatz „das Gericht kann insbesondere“ ergibt. In diesem Ansatz ist dem Beschwerdegericht zuzustimmen. Alle beispielhaft aufgeführten Maßnahmen betreffen jedoch Rechte des Schuldners, die eingeschränkt oder deren Ausübung überwacht werden können. Schon deshalb liegt eine Ausdehnung dieser Ermächtigungsgrundlage auf Eingriffe in Rechte Dritter nicht nahe. Die Regelung war auch nicht in diesem Sinne gemeint. Dies zeigt insbesondere die durch das Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung und anderer Gesetze vom 26. Oktober 2001 (BGBl. I S. 2710) nachträglich eingefügten Regelung des § 21 Abs. 1 Satz 2 InsO. Das Enumerationsprinzip des § 6 InsO und die dadurch bewirkte Beschränkung von Rechtsmitteln auf die im Gesetz ausdrücklich genannten Fälle sollte den zügigen Ablauf des Insolvenzverfahrens gewährleisten (BT-Drucks. 12/2443, S. 110). Gegen nach § 21 InsO angeordnete Sicherungsmaß-

nahmen im Eröffnungsverfahren war eine sofortige Beschwerde zunächst nicht vorgesehen. Sie wurde nachträglich eingeführt, weil vorläufige Sicherungsmaßnahmen nachhaltig in die Rechtsposition des Schuldners eingreifen können und der völlige Ausschluss jedes Rechtsmittels auch verfassungsrechtlich bedenklich sei (BT-Drucks. 14/5680, S. 25; vgl. die Nachweise bei Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 21 Rn. 50). Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde ist jedoch, wie gesagt, ausdrücklich dem Schuldner vorbehalten worden. Würde § 21 InsO auch Eingriffe in (Grund-) Rechte Dritter erlauben, hätte diesen Dritten zum Ausgleich ebenfalls das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde eingeräumt werden müssen.

15 (3) Soweit in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung (AG Gelsenkirchen ZIP 1997, 2092; AG Duisburg NZI 2000, 38; LG Mainz NZI 2001, 384; AG Korbach ZInsO 2005, 1060, 1061; dagegen wohl nur LG Göttingen ZInsO 2005, 1280, 1281) sowie in der Literatur (Frind EWIR 2008, 351, 352; Graf-Schlicker/Voß, InsO § 21 Rn. 30; Hess, Insolvenzrecht § 21 Rn. 106; HKInsO/Kirchhof, 5. Aufl. § 20 Rn. 23; Irmen/Werres NZI 2001, 579, 583 f; Pape; in Kübler/Prütting/Borg, InsO; Hamb-Komm-InsO/Schröder, 3. Aufl. § 21 Rn. 13; § 21 Rn. 44; Münch-Komm-InsO/Haarmeyer, 2. Aufl. § 22 Rn. 180; Thiemann DZWIR 2008, 251, 252; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 21 Rn. 10; Vallender EWIR 1997, 1097 f) dann, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für schwerwiegende Verdunkelungshandlungen des Dritten im Zusammenwirken mit dem Schuldner vorliegen, Durchsuchungen (und andere Zwangsmaßnahmen, vgl. AG München ZVI 2007, 22, 23 zur Anordnung einer Kontensperre) gegen am Verfahren nicht beteiligte Dritte für zulässig erachtet werden, wird dies vor allem mit den Bedürfnissen der Praxis begründet. Auch das Beschwerdegericht hat für entscheidend gehalten, dass der vorläufige Insolvenzverwalter seine Aufgaben dann, wenn Vermögensgegenstände des Schuldners in den alleinigen Gewahrsam Dritter verschoben würden, nicht wahrnehmen könne, wenn ihm keine Zwangsbefugnisse gegen den Dritten zustünden.

16 Vermeintliche oder wirkliche Bedürfnisse der Praxis vermögen das Fehlen einer verfassungsrechtlich gebotenen Ermächtigungsgrundlage jedoch nicht zu ersetzen. Die Durchsuchung von Geschäftsräumen greift in das Grundrecht der Gewahrsamsinhaber aus Art. 13 Abs. 1 GG auf Unverletzlichkeit der Wohnung ein (vgl. zur Erstreckung des Grundrechtsschutzes auf geschäftlich genutzte Räume, die nicht allgemein zugänglich sind, BVerfGE 120, 274, 309 mit weiteren Nachweisen; BVerfG NJW 2009, 2518, 2519). Jede Durchsuchung, auch diejenige durch den Gerichtsvollzieher, stellt ihrer Natur nach regelmäßig einen schwerwiegenden Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privat- und Lebenssphäre des Betroffenen dar (BVerfGE 51, 97, 110). Sie bedarf deshalb gemäß Art. 13 Abs. 2 GG, der auf die gesetzlich vorgesehenen Organe und auf die gesetzlich vorgeschriebene Form verweist, einer ausreichend bestimmten gesetzlichen Ermächtigung (BK/Herdegen, GG Art. 13 Rn. 47; Dreier/Hermes, GG Art. 13 Rn. 33; Jarass/Pieroth, GG 10. Aufl. Art. 13 Rn. 16; Maunz/Dürig/Herzog/Papier, GG Art. 13 Rn. 21). An einer solchen fehlt es hier. Den Vorschriften der §§ 21, 22 InsO lässt sich, wie gezeigt, nicht entnehmen, dass das Insolvenzgericht den vorläufigen Insolvenzverwalter zu einer Durchsuchung von Räumen Dritter ermächtigen kann. Wegen des Fehlens einer hinreichend bestimmten Ermächtigungsgrundlage ist es auch nicht möglich, den Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung Dritter durch eine Analogie zu § 103 StPO zu begrenzen, die Durchsuchungsanordnung also vom Vorliegen der (engen) Voraussetzungen des § 103 StPO abhängig zu machen und so zu legitimieren (vgl. Irmen/Werres, aaO). Eine solche Regelung müsste der Gesetzgeber treffen.

17 (4) Der Senatsbeschluss vom 17. Januar 2008 (IX ZB 41/07, NZI 2008, 179 [= GuT 2008, 150]) betrifft den Fall des Mitgewahrsams eines Dritten an Räumlichkeiten des Schuldners. Dass Mitgewahrsamsinhaber die Durchsuchung zu dulden haben, ist gesetzlich geregelt (§ 758a Abs. 3 ZPO in Verbin-

dung mit § 4 InsO). Der angegriffene Beschluss ist indes nicht von gemeinsam genutzten Räumen, sondern von getrennten Räumen der Schuldnerin einerseits, der weiteren Beteiligten zu 2 und zu 3 andererseits ausgegangen.

18 b) Hinsichtlich des Antrags auf Herausgabe von Datenträgern bleibt die Rechtsbeschwerde dagegen ohne Erfolg. Sie ist bereits unzulässig, wie auch die sofortige Beschwerde insoweit unzulässig war. Die Beteiligten zu 2 und zu 3 machen mit dem Antrag auf „Rückgabe“ der kopierten Dateien der Sache nach einen Folgenbeseitigungsanspruch geltend. Dies ist im Verfahren der sofortigen Beschwerde gegen eine Durchsuchungsanordnung nicht möglich. Es handelt sich um einen materiellrechtlichen Anspruch, der erforderlichenfalls - wenn der Beteiligte zu 4 auch nach Erlass des vorliegenden Beschlusses die Herausgabe verweigern sollte - klageweise vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen ist.

19 3. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 13 GVG

Rechtsnatur der Vereinbarung über Räume und Flächen für das Zollamt auf einem Flughafen

a) Nach § 13 GVG ist der ordentliche Rechtsweg für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen eröffnet, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder aufgrund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.

b) Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich, wenn eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung des Gesetzgebers fehlt, nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Die Rechtsnatur eines Vertrages bestimmt sich danach, ob der Vertragsgegenstand dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzurechnen ist. Dabei ist für den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen einem Träger öffentlicher Verwaltung und einer Privatperson typisch, dass er an die Stelle einer sonst möglichen Regelung durch Verwaltungsakt tritt (vgl. § 54 Satz 2 VwVfG).

(BGH, Beschluss vom 20. 5. 2009 – XII ZB 166/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien streiten im Rahmen der Feststellungsklage über den Bestand eines Nutzungsverhältnisses über die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den ordentlichen Gerichten.

2 Am 6. Dezember 2001 schlossen sie eine Vereinbarung über Räume und Flächen auf dem Flughafen D. Darin hieß es u. a.: „Präambel

Diese Vereinbarung setzt das Überlassungsverhältnis aus der Vereinbarung vom 04.08.1993 ... und 26.05.1993 ... fort und wird gemäß Erlass des Bundesministeriums der Finanzen vom 10. 12. 1999 ... wie folgt neu gefasst:

Der Bund erklärt sich bereit, die Zollbehandlung des Personen-/Güterverkehrs auf dem Betriebsgelände der F. gemäß § 9 Zollverwaltungsgesetz - ZollVG - vorzunehmen. Die F. stellt aufgrund ihrer gesetzlichen Verpflichtung auf ihrem Betriebsgelände die für das Zollamt Flughafen D... erforderlichen Einrichtungen zur Verfügung. Über die Art und den Umfang dieser und weiterer Leistungen der F. gemäß § 9 ZollVG sowie über die Zahlung der Selbstkostenvergütung durch den Bund wird folgendes festgelegt:

§ 1 Überlassungsgegenstand

(1) Die F. stellt dem Bund die in Anlage 1 aufgeführten Räume und Flächen auf dem Flughafen D... (Überlassungsgegenstand) zur Verfügung. Ein Mitbenutzungsrecht für die Treppe, Flure und Toiletten wird vereinbart.

...

§ 3 Überlassungszweck

(1) Der Bund nutzt die überlassenen Räume und Flächen (Überlassungsgegenstand) ausschließlich für hoheitliche Zwecke.

(2) Der Nutzungszweck der einzelnen Räume und Flächen bestimmt sich nach der in Anlage 1 enthaltenen Beschreibung.

...

§ 6 Selbstkostenvergütung und Nebenkosten

(1) Die F. erhält als Vergütung ihrer Selbstkosten einen jährlichen Betrag entsprechend der Anlage 1 dieser Vereinbarung. Dieser Betrag ist zum 01. Juli jedes Jahres porto- und spesenfrei auf das Konto der F... zu überweisen. Für die Rechtzeitigkeit der Zahlung ist der Eingang auf dem Konto der F. maßgebend.

(2) Die Selbstkosten werden nach der Verordnung ... berechnet. ...

(3) Nicht vergütet werden nach § 9 ZollVG insbesondere Monitore für Flughafeninformationssysteme, innerbetriebliche Gewinnzuschläge bei Leistungsverrechnung, kalkulatorische Gewinne und nicht zollübliche Baukosten gemäß Feststellung durch die OFD.

(4) Die Gebühren-/Entgeltordnung der F. für den Flughafen D... gemäß § 43 LuftVZO in ihrer jeweils gültigen Fassung gilt für diese Vereinbarung nur insoweit, als die dort ausgewiesenen Gebühren/Entgelte in ihrer jeweiligen Höhe den Selbstkosten i. S. d. § 9 ZollVG entsprechen und durch den Prüfbericht des Bundes als vergütungsfähig gem. § 9 ZollVG anerkannt wurden. ...

...

§ 8 Zweckbestimmung und Erweiterung

(1) Der in § 3 Abs. 1 genannte Nutzungszweck allein begründet die öffentlich-rechtliche Überlassung des in § 1 näher bestimmten Gegenstandes dieser Vereinbarung gemäß § 9 ZollVG. Andere Nutzungszwecke als die Wahrnehmung unmittelbar hoheitlicher Aufgaben werden vom Bund ausgeschlossen.

...

§ 17 Sonstige Bestimmungen

...

(11) Gerichtsstand für Streitigkeiten aus diesem Vertrag und seiner Abwicklung ist D...“

3 Mit Schreiben vom 26. März 2007 kündigte die Beklagte die Vereinbarung zum 30. Juni 2007. Die Klägerin beantragt Feststellung, dass die Vereinbarung durch die Kündigung der Beklagten vom 26. März 2007 nicht wirksam beendet worden ist; hilfsweise begehrt sie eine bezifferte bzw. angemessene Nutzungsentschädigung.

4 Das Landgericht Dresden hat den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht D. verwiesen. Das Oberlandesgericht Dresden hat die sofortige Beschwerde der Klägerin zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die - vom Oberlandesgericht zugelassene - Rechtsbeschwerde der Klägerin.

5 **Aus den Gründen:** II. Die Rechtsbeschwerde ist nach § 17 a Abs. 4 Satz 4 bis 6 GVG zulässig, weil das Oberlandesgericht sie wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen hat. Daran ist der Bundesgerichtshof gebunden. Sie ist aber unbegründet, weil die Instanzgerichte den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten zu Recht für unzulässig erklärt haben.

6 1. Nach § 13 GVG ist der ordentliche Rechtsweg für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen eröffnet, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder aufgrund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind. Handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art, ist nach § 40 Abs. 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg gegeben, soweit die Streitig-

keiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind.

7 Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich, wenn eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung des Gesetzgebers fehlt, nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (GmS-OGB Beschluss vom 4. Juli 1974 - GmS-OGB 2/73 - NJW 1974, 2087; BGH Beschluss vom 9. April 2009 - III ZR 200/08 - zur Veröffentlichung bestimmt Tz. 3). Dieser Grundsatz bestimmt die Auslegung sowohl von § 13 GVG als auch weiterer Rechtswegzuweisungen außerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit, wie z. B. in § 40 Abs. 1 VwGO (GmS-OGB BGHZ 97, 312, 313 f. = NJW 1986, 2359). Die Rechtsnatur eines Vertrages bestimmt sich danach, ob der Vertragsgegenstand dem öffentlichen oder dem bürgerlichen Recht zuzurechnen ist (GmS-OGB BGHZ 97, 312, 314 = NJW 1986, 2359; BSGE 35, 47, 50). Dabei ist für den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen einem Träger öffentlicher Verwaltung und einer Privatperson typisch, dass er an die Stelle einer sonst möglichen Regelung durch Verwaltungsakt tritt (vgl. § 54 Satz 2 VwVfG).

8 2. Nach diesen Grundsätzen hat das Oberlandesgericht den Rechtsstreit der Parteien zu Recht als öffentlich-rechtliche Streitigkeit behandelt.

9 a) Die Beklagte wird im Rahmen der Zollverwaltung grundsätzlich hoheitlich tätig. Nach § 2 Abs. 2 ZollVG dürfen einfliegende Luftfahrzeuge nur auf einem Zollflugplatz landen, ausfliegende nur von einem solchen abfliegen. Wird die Zollbehandlung des Personen- oder Güterverkehrs - wie im Falle eines Flughafens - auf dem Betriebsgelände eines Unternehmens durchgeführt, das dem öffentlichen Verkehr oder dem öffentlichen Warenumsatz dient, so sind die Beziehungen zwischen der Zollverwaltung und dem Unternehmen in § 9 Abs. 2 bis 5 ZollVG geregelt. Diese Vorschriften beschränken sich nicht auf eine Regelung der hoheitlichen Eingriffsbefugnisse. Sie regeln vielmehr detailliert das Verhältnis zwischen der Zollverwaltung und dem betreffenden Unternehmen. Das Unternehmen hat insbesondere die erforderlichen Einrichtungen, wie Diensträume pp., zur Verfügung zu stellen und erhält dafür auf Antrag seine Selbstkosten, höchstens allerdings einen marktüblichen Preis vergütet (§ 9 Abs. 2 ZollVG).

10 b) Die Rechtsbeschwerde weist zwar zutreffend darauf hin, dass bei der Einstufung hoheitlicher Tätigkeit grundsätzlich danach zu unterscheiden ist, ob die Verwaltung bestimmte Rechtsbeziehungen begründet und wie sie diese Rechtsbeziehungen im Einzelnen ausgestaltet. Gerade im Rahmen der Beschaffungstätigkeit erfolgt die konkrete Ausgestaltung regelmäßig zivilrechtlich. Dies hat aber auch das Oberlandesgericht nicht verkannt. Denn es hat seine Entscheidung ausdrücklich nicht nur auf die hoheitliche Tätigkeit, sondern darauf gestützt, dass auch die Vereinbarung der Parteien öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist. Erst wegen der sich daraus ergebenden öffentlich-rechtlichen Rechtsnatur der Vereinbarung hat das Oberlandesgericht einen bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreit ausgeschlossen und einen öffentlich-rechtlichen Charakter des Nutzungsverhältnisses angenommen. Gegen diese Einstufung bestehen aus Rechtsgründen keine Bedenken.

11 aa) Schon nach dem Inhalt ihrer Präambel regelt die Vereinbarung der Parteien auch die Art und den Umfang der Zollbehandlung auf dem Betriebsgelände der Klägerin gemäß § 9 ZollVG. Die Klägerin stellt die für das Zollamt erforderlichen Einrichtungen auf ihrem Betriebsgelände aufgrund ihrer gesetzlichen Verpflichtung zur Verfügung. Entsprechend ist die Nutzung der überlassenen Räume und Flächen nach § 3 Abs. 1 der Vereinbarung ausschließlich auf hoheitliche Zwecke beschränkt. Dieser Nutzungszweck begründet nach § 8 Abs. 1 der Vereinbarung die öffentlich-rechtliche Überlassung des Objekts; andere Nutzungszwecke als die Wahrnehmung unmittelbarer hoheitlicher Aufgaben sind ausdrücklich ausgeschlossen. Als Vergütung erhält die Klägerin keinen am Markt orientierten Mietzins, sondern nach § 6 Abs. 1 der Vereinbarung lediglich ei-

nen pauschalierten Selbstkostenbetrag, wie dies in § 9 Abs. 2 ZollVG vorgesehen ist. Damit sind die beiden Hauptleistungspflichten der Vereinbarung öffentlich-rechtlicher Natur, zumal sie sich an den gesetzlichen Vorgaben in § 9 ZollVG orientieren. Anstatt auf der Grundlage dieser gesetzlichen Vorgaben einen Verwaltungsakt zu erlassen, hat die Beklagte mit der Klägerin einen öffentlich-rechtlichen Vertrag geschlossen, wie dies § 54 VwVfG ausdrücklich vorsieht. Die Hauptleistungspflichten dieser Vereinbarung richten sich nach den durch den hoheitlichen Charakter der Zollverwaltung bedingten öffentlich-rechtlichen Vorgaben und unterscheiden sich damit erheblich von den für das Zivilrecht typischen Vereinbarungen eines Mietvertrages. Im Rahmen eines zivilrechtlichen Mietvertrages hätte der Vertragszweck nicht auf die hoheitliche Tätigkeit beschränkt werden müssen und als Gegenleistung hätte von der Klägerin eine Marktmiete durchgesetzt werden können. Die weiteren vertraglichen Vereinbarungen gestalten die Hauptleistungspflichten lediglich im Sinne des hoheitlichen Vertragszweckes aus und stehen dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Vereinbarung nicht entgegen.

12 bb) Entsprechend hat auch der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs die Teilnahmeentgelte nach Art. 38 Abs. 3 Satz 1 des Bayerischen Mediengesetzes vom 24. November 1992 für öffentlich-rechtlich qualifiziert (BGH Beschluss vom 31. Oktober 2002 - III ZB 7/02 - NVwZ 2003, 506). Dort war die Höhe des Entgelts bereits durch öffentlich-rechtliche Satzung der Landesrundfunkanstalt bemessen, so dass für eine privatrechtliche Vereinbarung kein sinnvoller Regelungsgehalt mehr vorlag. Ebenso orientiert sich die Vereinbarung der Parteien hier an § 9 Abs. 2 ZollVG, der den Vergütungsanspruch der Zollverwaltung nach den Selbstkosten bemisst, die sich gemäß § 6 Abs. 2 der Vereinbarung nach den insoweit erlassenen Verordnungen berechnet.

13 Auch Kostenerstattungsvereinbarungen nach § 77 SGB VIII (früher § 84 JWG) haben sowohl der Bundesgerichtshof (BGH Urteil vom 3. Mai 1984 - III ZR 174/82 - FamRZ 1984, 781, 782 f.) als auch das Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE 37, 133, 136) als öffentlich-rechtlich qualifiziert. Auch dort geht es um eine Vergütung, die infolge der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben notwendig wird und die auch ohne Vereinbarung - wie hier nach § 9 Abs. 2 Satz 2 ZollVG von der Beklagten an die Klägerin - zu zahlen wäre.

14 cc) Im Gegensatz zur Auffassung der Rechtsbeschwerde hat das Oberlandesgericht weitere Indizien nicht zusätzlich zur Begründung des öffentlich-rechtlichen Charakters herangezogen. Es hat lediglich geprüft, ob diese Umstände dem sich aus der Rechtsnatur des Vertrages ergebenden öffentlich-rechtlichen Charakter entgegenstehen. Auch das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

15 Soweit die Rechtsbeschwerde darauf hinweist, dass die Parteien die Vereinbarung in den Anlagen stets als „Mietvertrag“ bezeichnet haben, übergeht sie, dass der Vertrag selbst als „Vereinbarung“ bezeichnet wurde. Die Bezeichnung in den Anlagen spricht schon deswegen nicht zwingend gegen einen öffentlich-rechtlichen Charakter. Denn die Bezeichnung der Vereinbarung in den Anlagen als „Mietvertrag“ kann auch den Zweck haben, eine konkrete Zuordnung zu dieser Vereinbarung sicherzustellen.

16 Ob die Vereinbarung wesentlich ausführlicher ist als die vorangegangene öffentlich-rechtliche Vereinbarung der Parteien, die sie nach dem Inhalt der Präambel fortsetzt, ist für den Charakter des Geschäfts entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht entscheidend.

17 Auch dass die Parteien in § 17 Abs. 11 der Vereinbarung eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen haben, steht dem öffentlich-rechtlichen Charakter nicht entgegen. Mit dem Gerichtsstand der Stadt D. haben die Parteien ausdrücklich lediglich die örtliche Zuständigkeit geregelt. Selbst wenn § 52 VwGO im Gegensatz zu § 38 Abs. 1 ZPO eine solche Gerichtsstandsvereinbarung nicht zulassen sollte, stünde dies dem öffentlich-

rechtlichen Charakter nicht zwingend entgegen. Denn auch im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages könnte der Vereinbarung eine klarstellende Bedeutung i.S. von § 52 Nr. 1 VwGO zukommen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 41 GKG; § 546 BGB

Streitwert;

Räumungsklage gegen Mieter und Untermieter; Entgeltbegriff des maßgeblichen Jahresbetrags

1. § 41 Abs. 1 Satz 2 GKG gilt auch für die Ermittlung des Räumungsstreitwerts.

2. Dass die Räumungsklage sich (auch) gegen den Untermieter richtet, bedingt keine Änderung des Streitwerts.

3. Zur Auslegung einer mietvertraglichen Nebenkostenabrede als Nebenkostenvorauszahlung

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. 10. 2009 – I-10 W 102/09)

Aus den Gründen: Die gemäß § 68 GKG zulässige Beschwerde ist teilweise begründet. Wird wegen Beendigung eines Mietverhältnisses die Räumung eines Grundstücks verlangt, so ist das gemäß § 41 Abs. 2 GKG für die Dauer eines Jahres zu zahlende Entgelt maßgebend. Der maßgebliche Jahresbetrag ist aus dem höchsten Entgelt zu errechnen, wenn das Entgelt – wie hier gemäß § 3 Abs. 2 MV (die höchste Staffel beträgt 700,00 €) – aufgrund einer Staffelmiete in verschiedenen Zeiträumen verschieden hoch ist (BGH, Beschl. v. 21. 9. 2005, NZM 2005, 944 – XII ZR 256/03 [= GuT 2006, 35]). Nach § 41 Abs. 1 Satz 2 GKG zählen zum Entgelt neben dem Nettogrundentgelt auch die Nebenkosten, wenn diese als Pauschale vereinbart und nicht gesondert abgerechnet werden. Vom Entgeltbegriff werden grundsätzlich alle Leistungen umfasst, die der Mieter, Pächter oder Nutzer von Gesetzes wegen oder aufgrund vertraglicher Vereinbarung für die Gebrauchsüberlassung zu erbringen hat. Hierzu gehört auch die auf die Miete zu zahlende Mehrwertsteuer (BGH, Beschl. v. 2. 11. 2005, GuT 2006, 81 = ZMR 2006, 190 – XII ZR 137/05). § 41 Abs. 1 Satz 2 GKG findet auch bei der Ermittlung des Räumungsstreitwerts Anwendung, da für die Bestimmung des Entgelts in § 41 Abs. 2 GKG auf Absatz 1 verwiesen wird (BGH, Beschl. v. 30. 10. 2007, NZM 2007, 935 – VIII ZR 163/07 [= WuM 2008, 50]). Dass die Räumungsklage sich (auch) gegen den Untermieter richtet, bedingt keine Änderung des Streitwerts (Senat, OLGR 2005, 74).

Hieran gemessen beträgt der Streitwert für den streitgegenständlichen Räumungsantrag 9996,00 €. Bei dem für die Betriebskosten in § 3 Abs. 2 MV ausgewiesenen Betrag von 120,00 € monatlich handelt es sich nicht um eine Pauschale, sondern um eine abzurechnende Vorauszahlung. Gemäß § 3 Abs. 2 MV ist neben der Miete monatlich ein Betrag von 120,00 € als Betriebskostenvorschuss gemäß Abs. 3 zu entrichten. Dieser enthält eine Aufzählung der Betriebskosten und den Zusatz, dass die Betriebskosten in der vereinbarten Kaltmiete nicht enthalten sind. § 4 Abs. 2 MV regelt schließlich, dass die Heiz- und Betriebskosten gemäß § 3 in Form monatlicher Abschlagszahlungen erhoben werden und jährlich mit dem Mieter abzurechnen sind. Damit haben die Parteien bei verständiger Würdigung gemäß §§ 133, 157, 242 BGB eine Abrechnung der in § 3 Abs. 3 MV genannten Betriebskosten vereinbart, so dass es sich bei dem Betrag von 120,00 € um eine bei der Streitwertberechnung nicht zu berücksichtigende Betriebskostenvorauszahlung handelt.

Bei verständiger Würdigung erfasst die Beschwerde auch den für den Vergleich festgesetzten Streitwert, da dort der Wert für den Räumungsantrag ebenfalls mit 10.281,60 € (statt richtig 9996,00 €) berücksichtigt wurde.

Das Verfahren ist gebührenfrei. Kosten werden nicht erstattet, § 68 Abs. 3 GKG.

Mitgeteilt von RiOLG Geldmacher, Düsseldorf

Hinw. d. Red.: Vgl. KG GuT 2009, 322 (in diesem Heft).

§ 3 ZPO; § 546 BGB
Streitwert; Räumungsklage gegen den Untermieter

Klagt der Hauptvermieter auf Räumung und Herausgabe gegen den Untermieter, so ist für die Bestimmung des Streitwerts der Hauptmietzins und nicht der Untermietzins heranzuziehen.

(KG, Beschluss vom 17. 9. 2009 – 8 U 71/09)

Aus den Gründen: Die Beschwerde der Beklagten zu 3) gegen den Streitwertbeschluss des Senats ist unstatthaft. Beschwerden gegen Streitwertbeschlüsse des Oberlandesgerichts sind nicht statthaft (arg. § 66 Abs. 3 i.V.m. § 68 Abs. 1 Satz 5 GKG; Meyer, Gerichtskostengesetz, 9. Auflage, § 68 GKG, Rdnr. 7; Hartmann Kostengesetz, 38. Auflage, § 68 GKG, Rdnr. 16).

Die Beschwerde war als Gegenvorstellung auszulegen, die auf die Überprüfung ergangener gerichtlicher Entscheidungen durch dieselbe Instanz und denselben Spruchkörper, der sie erlassen hat, gerichtet ist (Zöller/Gummer, 26. Auflage, § 567 ZPO, Rdnr. 22; Meyer, a. a. O., § 68, Rdnr. 7).

Die Gegenvorstellung ist unbegründet. Klagt der Hauptvermieter auf Räumung und Herausgabe gegen den Untermieter, so ist für die Bestimmung des Streitwerts der Hauptmietzins und nicht der Untermietzins heranzuziehen (Zöller/Herget, ZPO, 26. Auflage, § 3, Rdnr. 16, Stichwort Mietstreitigkeiten; KG, KGR Berlin 2005, 974; OLG Düsseldorf, MDR 1998, 126). Der Vortrag der Beklagten zu 3), sie habe nur eine Teilfläche genutzt, kann bei der Bemessung des Streitwerts schon deshalb keine Berücksichtigung finden, weil sie zur Räumung und Herausgabe der gesamten Fläche verurteilt worden ist.

Mitgeteilt von den Mitgliedern des 8. Zivilsenats des Kammergerichts

§ 233 ZPO
Wiedereinsetzung; fehlende Unterschrift des Prozessbevollmächtigten unter der Berufungsschrift; Verletzung der gerichtlichen Hinweispflicht

Dem Berufungskläger ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn die von seinem Prozessbevollmächtigten nicht unterzeichnete Berufungsschrift zehn Tage vor Ablauf der Berufungsfrist beim Rechtsmittelgericht eingegangen ist und das Gericht den Prozessbevollmächtigten nicht rechtzeitig auf das Fehlen der Unterschrift hingewiesen hat.

(BGH, Beschluss vom 14. 10. 2008 – VI ZB 37/08)

9 Aus den Gründen: II. 2. b) [...] Für ein Gericht besteht, solange die Sache bei ihm anhängig ist, die aus dem Gebot eines fairen Verfahrens folgende Fürsorgepflicht gegenüber den Prozessparteien (BVerfGE 93, 99 = NJW 1995, 3173, 3175). Diese kann es z. B. gebieten, einen versehentlich bei einem unzuständigen Gericht eingereichten Schriftsatz zeitnah an das zuständige Gericht weiterzuleiten (BGH, Beschluss vom 3. Juli 2006 - II ZB 24/05 - NJW 2006, 3499). Geht ein Schriftsatz so zeitig bei dem mit der Sache befasst gewesenen Gericht ein, dass die fristgerechte Weiterleitung an das Rechtsmittelgericht im ordentlichen Geschäftsgang ohne Weiteres erwartet werden kann, darf die Partei nicht nur darauf vertrauen, dass der Schriftsatz überhaupt weitergeleitet wird, sondern auch darauf, dass er noch fristgerecht beim Rechtsmittelgericht eingeht (BGH, Beschlüsse vom 24. September 1997 - XII ZB 144/96 - VersR 1998, 341; vom 1. Dezember 1997 - II ZR 85/97 - VersR 1998, 608 und vom 3. September 1998 - IX ZB 46/98 - VersR 1999, 1170).

10 Entsprechendes gilt, wenn ein nicht unterzeichneter bestimmender Schriftsatz so rechtzeitig bei Gericht eingeht, dass der Prozessbevollmächtigte auf entsprechenden Hinweis seine

fehlende Unterschrift innerhalb der noch laufenden Rechtsmittelfrist ohne weiteres nachholen kann. Die aus dem Gebot eines fairen Verfahrens (Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 19 Abs. IV, 20 Abs. III GG) folgende gerichtliche Fürsorgepflicht gebietet es auch, eine Prozesspartei auf einen - leicht erkennbaren - Formmangel in ihrem Schriftsatz hinzuweisen und ihr gegebenenfalls Gelegenheit zu geben, den Fehler fristgerecht zu beheben. Ein solcher Hinweis wäre hier erforderlich gewesen. Das Fehlen der Unterschrift war für das Landgericht [LG Frankfurt a. M.] bei Eingang der Berufungsschrift unschwer zu erkennen und hätte auffallen müssen. Eine Partei darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass ihre Schriftsätze alsbald nach ihrem Eingang bei Gericht zur Kenntnis genommen werden und offensichtliche äußere formale Mängel dabei nicht unentdeckt bleiben.

11 Vorliegend lag zwischen dem Eingang des Schriftsatzes bei Gericht und dem Ablauf der Berufungsfrist ein Zeitraum von zehn Tagen. Der Kläger durfte darauf vertrauen, dass dem Gericht das Fehlen der Unterschrift des Prozessbevollmächtigten bei fristgerechter Bearbeitung der Sache im ordentlichen Geschäftsgang innerhalb dieser Zeit auffallen würde. Dem steht nicht entgegen, dass sich die Gerichtsakte zu diesem Zeitpunkt noch beim Amtsgericht befand, denn der Mangel war ohne Kenntnis der Akten und ohne inhaltliche Prüfung der Rechtsmittelschrift unschwer erkennbar. Bei dieser Sachlage durfte der Kläger darauf vertrauen, dass sein Prozessbevollmächtigter rechtzeitig einen Hinweis auf die fehlende Unterschrift erhalten würde. Wäre dies geschehen, hätte der Mangel innerhalb der noch zur Verfügung stehenden Zeit ohne weiteres behoben werden können. Bei dieser Sachlage wirkt sich ein etwaiges Verschulden des Prozessbevollmächtigten des Klägers für die Fristversäumung nicht mehr aus (vgl. BVerfGE 75, 183, 188 ff. = NJW 1987, 2003; 81, 264, 273 f. = NJW 1990, 2373).

12 3. Mithin hat der Kläger glaubhaft gemacht, dass die Frist zur Berufungseinlegung ohne eigenes oder ihm nach § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnendes Verschulden seines Prozessbevollmächtigten versäumt worden ist. Daher war ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist zu gewähren. Soweit die Berufung als unzulässig verworfen worden ist, ist der angegriffene Beschluss des Berufungsgerichts damit gegenstandslos.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 233 ZPO
Berufungsbegründungsfrist; Verlängerungsantrag beim unzuständigen erstinstanzlichen Gericht; Postausgang am Freitag; Wiedereinsetzung

Zu den Voraussetzungen einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn die Frist zur Begründung der Berufung versäumt worden ist, weil der Antrag auf Verlängerung der Begründungsfrist beim erstinstanzlichen Gericht eingereicht und ohne besondere Beschleunigung an das Berufungsgericht weitergeleitet worden ist.

(BGH, Beschluss vom 6. 11. 2008 – IX ZB 208/06)

6 Aus den Gründen: II. 2. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde hat das Berufungsgericht dem Kläger auch die beantragte Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Berufungsbegründung mit Recht versagt. Der Kläger war nicht ohne sein Verschulden verhindert, die Berufungsbegründungsfrist einzuhalten (§ 233 ZPO). Er muss sich das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten, der den Antrag auf Fristverlängerung beim unzuständigen Gericht einreichte, zurechnen lassen (§ 85 Abs. 2 ZPO).

7 a) Geht ein fristgebundener Rechtsmittelschriftsatz statt beim Rechtsmittelgericht bei dem in erster Instanz befasst gewesenen Gericht ein, ist dieses allerdings verpflichtet, den Schriftsatz im ordentlichen Geschäftsgang an das Rechtsmittelgericht weiterzuleiten. Dies folgt aus dem verfassungsrecht-

lichen Anspruch des Rechtssuchenden auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip). Geht der Schriftsatz so zeitig bei dem mit der Sache befasst gewesenen Gericht ein, dass die fristgerechte Weiterleitung an das Rechtsmittelgericht im ordentlichen Geschäftsgang ohne weiteres erwartet werden kann, darf die Partei darauf vertrauen, dass der Schriftsatz noch rechtzeitig beim Rechtsmittelgericht eingeht. Geschieht dies tatsächlich nicht, wirkt sich das Verschulden der Partei oder ihres Prozessbevollmächtigten nicht mehr aus, so dass ihr Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist (BVerfGE 93, 99, 115 f.; BVerfG NJW 2001, 1343; NJW 2005, 2137, 2138; BGHZ 151, 42, 44 ständige Rechtsprechung). Der Wiedereinsetzung begehrende Antragsteller hat darzulegen und glaubhaft zu machen, dass sein Schriftsatz im normalen ordnungsgemäßen Geschäftsrang fristgemäß an das zuständige Berufungsgericht weitergeleitet werden konnte (BGH, Beschl. v. 6. Juni 2005 - II ZB 9/04, NJW-RR 2005, 1373; Beschl. v. 22. Oktober 1986 - VIII ZB 40/86, NJW 1987, 440, 441).

8 b) Die Erwartung, dass der Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bei einer Weiterleitung im ordentlichen Geschäftsgang noch rechtzeitig das Berufungsgericht erreichen würde, war im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt. Der Antrag ging an einem Mittwoch beim Landgericht ein, die Frist zur Berufungsbegründung lief am folgenden Montag ab. Es entsprach dem ordentlichen Geschäftsgang, dass der in erster Instanz zuständig gewesene Richter am Tag nach dem Eingang des Schreibens die Weiterleitung an das Oberlandesgericht anordnete und wieder einen Tag später diese Weiterleitung von der Geschäftsstelle veranlasst wurde. Weil es inzwischen Freitag war, konnte wegen des bevorstehenden Wochenendes nicht erwartet werden, dass das Schreiben noch am selben Tag an das Postbeförderungsunternehmen zur Übermittlung an das Oberlandesgericht gelangte. Nur in diesem Fall konnte das Schreiben noch rechtzeitig vor dem Fristablauf am folgenden Montag beim Berufungsgericht eingehen. Mit einem rechtzeitigen Eingang des Fristverlängerungsantrags beim Berufungsgericht konnte unter den gegebenen Umständen daher nur gerechnet werden, wenn das Landgericht verpflichtet war, Maßnahmen zur besonderen Beschleunigung zu ergreifen, beispielsweise den Fristverlängerungsantrag per Telefax an das Berufungsgericht zu übermitteln oder den Prozessbevollmächtigten des Klägers telefonisch davon zu unterrichten, dass er den Schriftsatz beim unzuständigen Gericht eingereicht hatte. Zu solchen besonderen Maßnahmen war das - zur Entgegennahme des Schriftsatzes unzuständige (vgl. BVerfG NJW 1995, 3173, 3175) - Landgericht nicht verpflichtet (BVerfG NJW 2001, 1343), auch nicht im Hinblick auf das bevorstehende Wochenende. Andernfalls würde den Parteien und ihren Prozessbevollmächtigten die Verantwortung für die Einhaltung der Formalien abgenommen und

den unzuständigen Gerichten übertragen. Damit würden die Anforderungen an die aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren abgeleitete richterliche Fürsorgepflicht überspannt werden (BVerfG aaO). Ob eine andere Beurteilung geboten sein kann, wenn eine besondere Eilbedürftigkeit aus dem fehlgeleiteten Schriftsatz selbst ersichtlich ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn aus dem Antrag auf Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist war nicht zu entnehmen, wann diese Frist abließ. Der Umstand allein, dass der Schriftsatz vorab per Telefax übermittelt wurde, ließ angesichts der verbreiteten Praxis dieser Art der Übermittlung auch in nicht eiligen Fällen nicht auf eine besondere Eilbedürftigkeit schließen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 397, 402, 544 ZPO

Anspruch der Partei auf Ladung des Sachverständigen zur Erläuterung des schriftlichen Gutachtens

Dem Antrag einer Partei auf Ladung des Sachverständigen zur Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens hat das Gericht grundsätzlich zu entsprechen, auch wenn es das schriftliche Gutachten für überzeugend hält und selbst keinen weiteren Erläuterungsbedarf sieht. Ein Verstoß gegen diese Pflicht verletzt den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör und führt im Rahmen des § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

(BGH, Beschluss vom 14. 7. 2009 – VIII ZR 295/08)

9 **Aus den Gründen:** II. 3. Ferner ist das Berufungsgericht dem wiederholten, zuletzt in der Berufungsverhandlung gestellten Antrag der Beklagten auf mündliche Anhörung des Sachverständigen nicht nachgekommen; auch dies verletzt die Beklagte in ihrem Grundrecht auf rechtliches Gehör.

10 a) Dem Antrag einer Partei auf Ladung des Sachverständigen zur Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens hat das Gericht grundsätzlich zu entsprechen, auch wenn es das schriftliche Gutachten für überzeugend hält und selbst keinen weiteren Erläuterungsbedarf sieht. Die Partei hat zur Gewährleistung des rechtlichen Gehörs nach §§ 397, 402 ZPO einen Anspruch darauf, dass sie dem Sachverständigen die Fragen, die sie zur Erläuterung der Sache für erforderlich hält, zur mündlichen Beantwortung vorlegen kann (BGH, Urteil vom 7. Oktober 1997 - VI ZR 252/96, NJW 1998, 162, unter II 2 a; Beschluss vom 22. Mai 2007 - VI ZR 233/06, NJW-RR 2007, 1294, Tz. 3 [= GuT 2007, 318 KL], st. Rspr.). Beschränkungen des Antragsrechts können sich allenfalls aus dem - hier offensichtlich nicht vorliegendem - Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs oder der Prozessverschleppung ergeben (BGH, Urteil vom 29. Oktober 2002 - VI ZR 353/01, NJW-RR 2003, 208, unter II 1). Das Berufungsgericht durfte die Anhörung des Sachverständigen daher nicht mit der Begründung ablehnen, die von der Beklagten gestellte Frage sei schon im (erstinstanzlichen) Gutachten des Sachverständigen beantwortet worden.

11 b) Überdies hatte der Sachverständige die Frage, ob die Anlage trotz der vereinbarten (erhöhten) Schadstoffwerte dem Stand der Technik entsprach - entgegen der Annahme des Berufungsgerichts - keineswegs in seinem erstinstanzlichen Gutachten ausreichend und in dem Sinne beantwortet, den das Berufungsgericht seinen Ausführungen beigemessen hat. Denn in seinem vor dem Landgericht erstatteten Gutachten war der Sachverständige - irrtümlich - davon ausgegangen, dass die Parteien noch niedrigere (also strengere) Schadstoffwerte als vom Hersteller angegeben vereinbart hätten. Erst in seinem in der Berufungsinstanz erstatteten Ergänzungsgutachten hat sich der Sachverständige näher mit dem Umstand auseinandergesetzt, dass der Liefervertrag eine gewisse Überschreitung der vom Hersteller genannten Schadstoffwerte vorsah; insoweit hat er aber - wie ausgeführt - die Fehlerfreiheit der Anlage auch unter diesem Gesichtspunkt ausdrücklich bejaht.

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

§ 766 ZPO
Vermieterpfandrecht am Gegenstand der
Herausgabevollstreckung eines Dritten; Leasing

a) Mit der Erinnerung nach § 766 ZPO kann der Schuldner nur Verstöße gegen das Vollstreckungsrecht geltend machen, durch die er selbst beschwert ist; daran fehlt es, wenn der Schuldner seine Beeinträchtigung ausschließlich aus der Verletzung eines Rechts eines Dritten ableitet.

b) Der Vermieter kann im Fall einer gegen den Mieter gerichteten Herausgabevollstreckung eines Dritten ein Vermieterpfandrecht an der Sache, die Gegenstand der Herausgabevollstreckung ist, nicht mit dem Rechtsbehelf der Erinnerung nach § 766 ZPO geltend machen.

(BGH, Beschluss vom 13. 8. 2009 – I ZB 91/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Gläubigerin, eine Leasinggesellschaft, schloss mit der S. St. GmbH & Co. KG in W. einen Leasingvertrag über eine Folienkaschiermaschine. Die Leasingnehmerin übertrug den Besitz an der Maschine auf die Schuldnerin. Vermieter der Betriebsräume der Schuldnerin, in denen sich die Maschine befindet, ist der weitere Beteiligte.

2 Die Gläubigerin erwirkte gegen die Schuldnerin eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Heilbronn, durch die der Schuldnerin aufgegeben wurde, die Maschine an den Gerichtsvollzieher zur Sicherstellung und Verwahrung herauszugeben.

3 Die Schuldnerin und der weitere Beteiligte haben Erinnerung gegen die Anknüpfung des von der Gläubigerin beauftragten Gerichtsvollziehers, den Herausgabebetitel zu vollstrecken, eingelegt. Zur Begründung haben sie sich auf ein Vermieterpfandrecht des weiteren Beteiligten an der Maschine berufen. Sie haben geltend gemacht, der Gerichtsvollzieher müsse das Vermieterpfandrecht im Vollstreckungsverfahren berücksichtigen.

4 Das Amtsgericht Heilbronn hat die Erinnerung zurückgewiesen. Die gegen diese Entscheidung gerichtete sofortige Beschwerde der Schuldnerin und des weiteren Beteiligten hatte keinen Erfolg.

5 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Schuldnerin und der weitere Beteiligte ihren Antrag weiter, die Herausgabevollstreckung aus der einstweiligen Verfügung für unzulässig zu erklären.

6 **Aus den Gründen:** II. Das Beschwerdegericht hat dahinstehen lassen, ob dem weiteren Beteiligten ein Vermieterpfandrecht an der von der Schuldnerin herauszugebenden Maschine oder an einem Anwartschaftsrecht hieran zusteht. Es hat angenommen, dass die Schuldnerin und der weitere Beteiligte das Vermieterpfandrecht nicht im Wege der Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 ZPO geltend machen können.

7 III. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde haben keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat es zu Recht abgelehnt, ein möglicherweise bestehendes Vermieterpfandrecht des weiteren Beteiligten im Erinnerungsverfahren nach § 766 ZPO zu berücksichtigen.

8 1. Der Schuldnerin fehlt für die von ihr eingelegte Erinnerung das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis mit der Folge, dass die Erinnerung unzulässig ist.

9 Mit dem Rechtsbehelf der Erinnerung kann die Schuldnerin nur Verstöße gegen das Vollstreckungsrecht geltend machen, durch die sie selbst beschwert ist. Daran fehlt es, wenn die Schuldnerin eine Beeinträchtigung durch die Herausgabevollstreckung ausschließlich aus dem Recht eines Dritten - hier aus dem Vermieterpfandrecht des weiteren Beteiligten - ableitet (vgl. RGZ 42, 343, 344; MünchKomm.ZPO/K. Schmidt, 3. Aufl., § 766 Rdn. 25; Zöller/Stöber, ZPO, 27. Aufl., § 766 Rdn. 12; a.A. Wieczorek/Schütze/Salzmann, ZPO, 3. Aufl., § 766 Rdn. 33; vgl. ferner Walker in Schuschke/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., § 766 Rdn. 15).

10 2. Die Erinnerung des weiteren Beteiligten hat ebenfalls keinen Erfolg.

11 a) Das Beschwerdegericht hat angenommen, der weitere Beteiligte sei nicht befugt, sein Vermieterpfandrecht im Wege der Vollstreckungserinnerung gemäß § 766 ZPO geltend zu machen. Das Vermieterpfandrecht sei im Rahmen der Herausgabevollstreckung gegen die Schuldnerin ein materielles Recht eines Dritten, das der Gerichtsvollzieher bei Durchführung der Vollstreckung nicht zu beachten habe. Bis zur Herausgabevollstreckung müsse ein solches Recht im Wege der Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO und nach der Wegschaffung durch Klage auf Zurückschaffung des Gegenstands in die vermieteten Räume gemäß § 562b Abs. 1 BGB geltend gemacht werden.

12 b) Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

13 aa) Die Erinnerung nach § 766 ZPO ist beschränkt auf Anträge, Einwendungen und Rügen, die die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das vom Vollstreckungsorgan zu beachtende Verfahren betreffen. Einwendungen aus einem materiellen Recht des Schuldners oder eines Dritten können mit dem Rechtsbehelf nicht geltend gemacht werden. Zu den im Erinnerungsverfahren ausgeschlossenen materiellen Einwendungen rechnen auch das Bestehen und die Reichweite eines Vermieterpfandrechts, weil der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsorgan nicht dafür zuständig ist, materiell-rechtliche Ansprüche der Parteien oder Dritter im Rahmen der Zwangsvollstreckung zu klären. Auch hierüber haben bei Streit der Parteien die Gerichte und nicht die Vollstreckungsorgane zu entscheiden (vgl. BGH, Beschl. v. 10. 8. 2006 - I ZB 135/05, NJW 2006, 3273 [= WuM 2006, 580] Tz. 11 und 13).

14 bb) Dagegen macht die Rechtsbeschwerde geltend, das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters schütze ihn davor, dass die Sache gegen seinen Willen von dem Grundstück entfernt werde. In diese Rechtsposition dürfe im Rahmen der Vollstreckung eines gegen den Mieter gerichteten Titels nicht eingegriffen werden. Im Ergebnis sei das Vermieterpfandrecht nicht anders zu behandeln als der Mitgewahrsam eines Dritten an der Sache. Dass diese Sichtweise zu einer Überprüfung des Bestehens des Vermieterpfandrechts durch den Gerichtsvollzieher im Rahmen der Herausgabevollstreckung führe, sei hinzunehmen.

15 Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Herausgabevollstreckung nach § 883 ZPO setzt voraus, dass der Schuldner oder ein herausgabebereiter Dritter Gewahrsam an der herauszugebenden Sache hat; andernfalls muss der Gläubiger den Weg des § 886 ZPO beschreiten. Die Prüfung des Gewahrsamsverhältnisses ist daher im Rahmen der Herausgabevollstreckung ebenso wie bei der Pfändung körperlicher Sachen nach § 808 ZPO Aufgabe des Gerichtsvollziehers. Dagegen begründet das besitzlose Vermieterpfandrecht keinen Gewahrsam des Vermieters an den vom Mieter eingebrachten Sachen. Ebenso wenig steht das Selbsthilferecht des Vermieters nach § 562b Abs. 1 BGB i.V. mit § 562a BGB einem Gewahrsam an der Sache gleich. Dies zeigt ein Vergleich mit den Wirkungen des Vermieterpfandrechts bei der Pfändung im Gewahrsam des Schuldners befindlicher körperlicher Gegenstände nach § 808 ZPO. Das Vermieterpfandrecht berechtigt den Vermieter gemäß § 805 Abs. 1 Halbs. 1 ZPO nicht, der Pfändung zu widersprechen. Der Vermieter wird vielmehr darauf verwiesen, einen Anspruch - gegebenenfalls im Wege der Klage - auf vorzugsweise Befriedigung geltend zu machen (§ 805 Abs. 1 Halbs. 2 ZPO). Zu Recht hat deshalb das Beschwerdegericht angenommen, dass der weitere Beteiligte als Vermieter bei der Herausgabevollstreckung darauf beschränkt ist, einen Rückschaffungsanspruch nach § 562b Abs. 2 ZPO geltend zu machen, wenn sein Vermieterpfandrecht dem der Herausgabevollstreckung zugrunde liegenden Recht des Gläubigers vorgeht. Diese nach materiell-rechtlichen Vorschriften und nicht nach Vollstreckungsrecht zu beurteilende Prüfung obliegt nicht dem Gerichtsvollzieher.

16 Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ergibt sich auch nichts anderes daraus, dass der weitere Beteiligte der Gläu-

bigerin, wenn sie zur Zurückschaffung der dem Vermieterpfandrechtmäßig unterliegenden Gegenstände nach § 562b Abs. 2 BGB verpflichtet wäre, den sich aus Treu und Glauben ergebenden Einwand unzulässiger Rechtsausübung wegen der Pflicht zur alsbaldigen Rückgewähr entgegenhalten könnte. Auch insoweit handelt es sich vorwiegend um einen aus dem materiellen Recht und nicht dem Vollstreckungsrecht abgeleiteten Einwand, der nicht mit der Erinnerung nach § 766 ZPO geltend gemacht werden kann.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 26 EGZPO

Gewerbliche Miete; Revisionsbeschwerde des Beklagten bei Klage auf Nebenkostennachzahlung und Widerklage auf Rückzahlung von Stromkosten

Ergeben die Klage und die Hilfswiderklage nur zusammen gerechnet den Beschwerdewert nach § 26 Nr. 8 EGZPO, ist die Nichtzulassungsbeschwerde nur statthaft, wenn hinsichtlich beider Klagen Zulassungsgründe dargelegt sind. Die allein prozessuale Verknüpfung der Klagen reicht für eine Zusammenrechnung nicht aus (Abgrenzung zu Senatsurteil vom 25. Oktober 2006 – XII ZR 141/04 – FamRZ 2007, 117; BGH Urteile vom 8. März 2006 – IV ZR 263/04 – NJW-RR 2006, 877 und vom 21. Mai 1968 – VI ZR 27/68 – VersR 1968, 778).

(BGH, Beschluss vom 1. 7. 2009 – XII ZR 93/07)

1 Zum Sachverhalt: Der Kläger nimmt die Beklagte aus einem Anfang 2006 beendeten gewerblichen Mietverhältnis auf Nachzahlung von Nebenkosten in Anspruch (Wert für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren: 10.034,09 €). Die Beklagte begehrt hilfswiderklagend Rückzahlung von Stromkosten (Wert insoweit: 18.411,12 €). Die gegen das der Klage weitgehend stattgebende und die Hilfswiderklage abweisende Urteil des Landgerichts Gießen gerichtete Berufung der Beklagten hatte lediglich insoweit Erfolg, als sie zur Abweisung der auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache umgestellten, ursprünglich vom Kläger noch verfolgten Klage auf Nebenkostenvorauszahlung führte. Die zugesprochenen Nachzahlungen bestätigte das Berufungsgericht [OLG Frankfurt/Main] hingegen mit Ausnahme eines Betrags von 0,04 € ebenso wie die Abweisung der Hilfswiderklage. Mit der vorliegenden Nichtzulassungsbeschwerde begehrt die Beklagte die Zulassung der Revision, mit der sie die vollständige Abweisung der Klage, hilfsweise die Stattgabe ihrer Widerklage erreichen will.

2 Aus den Gründen: II. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist unzulässig. Die Beklagte hat keinen Zulassungsgrund dargetan, der einen die Wertgrenze von 20.000 € (§ 26 Nr. 8 EGZPO) übersteigenden Streitgegenstand betrifft.

3 Für die Bestimmung der nach § 26 Nr. 8 EGZPO maßgeblichen Beschwer sind solche Teile des Streitstoffes außer Acht zu lassen, zu denen ein Zulassungsgrund nicht dargetan ist. Denn die Zulässigkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde hängt nicht nur von der in der Revision geltend zu machenden Beschwerde, sondern auch davon ab, dass Zulassungsgründe dargelegt sind, § 544 Abs. 2 ZPO. Eine Nichtzulassungsbeschwerde ist danach unzulässig, wenn der Beschwerdeführer einen Zulassungsgrund nur hinsichtlich eines in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht selbstständigen und abtrennbaren, mithin einer beschränkten Revisionszulassung zugänglichen Teils des Streitstoffes dargelegt hat, der ihn nicht mit mehr als 20.000 € beschwert (vgl. BGH Beschlüsse vom 11. Mai 2006 - VII ZR 131/05 - NJW-RR 2006, 1097, 1098 und vom 27. Juni 2002 - V ZR 148/02 - NJW 2002, 2720, 2721).

4 1. Die Beklagte beruft sich auf eine grundsätzliche Bedeutung der Rechtsfrage, inwieweit ein Mieter seine Einwendungen gegen die Betriebs- (Neben-)kostenabrechnung des Vermieters substantiieren muss. Diese Frage stellt sich nur im Rah-

men der Klage, denn allein tragend für die Abweisung der Hilfswiderklage ist ausweislich der Begründung des Berufungsurteils schon, dass die Beklagte in einem Vergleich vom 3. September 2004 auf Rückzahlungsansprüche verzichtet habe und es, soweit sie nunmehr vorbringe, die zurückgeforderten Stromkosten nicht an den Kläger, sondern den Versorger gezahlt zu haben, bereits an einem Anspruchsgrund gegen den Kläger fehle.

5 2. Die vorliegende Klage umfasst im Verhältnis zur Hilfswiderklage einen in materiell-rechtlicher bzw. tatsächlicher Hinsicht selbstständigen und abtrennbaren, mithin einer beschränkten Revisionszulassung zugänglichen Teil des Streitstoffes.

6 a) Für die eingeschränkte Zulassung der Revision reicht es aus, dass der Anspruch bzw. Streitstoff teilbar ist. Nicht erforderlich ist, dass ein (Wertungs-) Widerspruch zwischen der abschließenden Entscheidung über den noch in der Revision anhängigen Teil und der bereits rechtskräftigen Teilentscheidung ausgeschlossen werden kann (vgl. Senatsurteil vom 26. November 2008 - XII ZR 131/07 - FamRZ 2009, 406 f.). Teil- oder Grundurteilsfähigkeit des maßgeblichen Teils des Gesamtstreitstoffes genügt also (vgl. BGH Beschluss vom 14. Januar 2008 - II ZR 85/07 - NJW-RR 2008, 1119, 1120), ist jedoch nicht erforderlich.

7 Klage und Hilfswiderklage liegen hier unterschiedliche prozessuale Ansprüche zugrunde. Diese sind grundsätzlich einer separaten Revisionszulassung zugänglich.

8 b) Die prozessuale Verknüpfung von Klage und Hilfswiderklage führt vorliegend zu keinem anderen Ergebnis.

9 Zwar wäre im Falle einer antragsgemäßen vollständigen Klageabweisung über die Hilfswiderklage nicht zu entscheiden. Dem widerspräche es, wenn es trotz Abweisung der Klage nach einem auf sie beschränkten Revisionsverfahren bei der rechtskräftigen Abweisung der nicht den Gegenstand des Revisionsverfahrens bildenden Widerklage verbleiben würde. Dieser auf der prozessualen Ebene angesiedelte und erst durch die willentliche prozessuale Verknüpfung von Klage und Widerklage durch die Beklagte hervorgerufene Widerspruch führt allerdings nicht dazu, dass bei Vorliegen eines Zulassungsgrundes nur hinsichtlich der Klage die Revision zugleich auch in Bezug auf die Hilfswiderklage ohne Rücksicht auf einen für diese gegebenen Zulassungsgrund zuzulassen wäre. Folglich genügt es auch nicht, nur für die Klage einen Zulassungsgrund darzulegen, der die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EGZPO nicht übersteigt.

10 Wie bereits ausgeführt, schadet ein drohender (Wertungs-) Widerspruch zwischen der abschließenden Entscheidung über den noch in der Revision anhängigen Teil und der bereits rechtskräftigen Teilentscheidung nicht (vgl. Senatsurteil vom 26. November 2008 - XII ZR 131/07 - FamRZ 2009, 406 f.). Das Zulassungserfordernis soll der Entlastung des Revisionsgerichts dienen und von ihm alle nicht unbedingt im Interesse der Rechtsicherheit und Rechtsfortbildung notwendige Arbeit fernhalten (vgl. BGH Urteil vom 8. März 2006 - IV ZR 263/04 - NJW-RR 2006, 877; BGH Beschluss vom 8. November 1990 - I ZR 293/89 - NJW-RR 1991, 576 und BGHZ 9, 357, 358). Aus diesem Grund erfordert der Zugang zur Revisionsinstanz zunächst - in einem die Wertgrenze von 20.000 € übersteigenden Umfang - die Darlegung von Zulassungsgründen. Werden solche hinsichtlich eines prozessualen Streitgegenstands schon nicht dargetan, ist nach dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung der Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung der Vorinstanz insoweit nicht mehr aufzuhalten.

11 Abweichungen von diesem gesetzlichen Leitgedanken sind auf enge Ausnahmefälle zu begrenzen. Ein solcher liegt z. B. dann vor, wenn - was hier nicht der Fall ist - die Entscheidung über einen prozessualen Anspruch oder Anspruchsteil, hinsichtlich dessen die Revision zugelassen bzw. zuzulassen ist, von einem anderen prozessualen Anspruch oder Anspruchsteil materiellrechtlich in der Art abhängt, dass sich beide ein- oder wechselseitig beeinflussen (vgl. Senatsurteil vom 25. Oktober

2006 - XII ZR 141/04 - FamRZ 2007, 117, 118 sowie BGH Urteile vom 8. März 2006 - IV ZR 263/04 - NJW-RR 2006, 877 und vom 21. Mai 1968 - VI ZR 27/68 - VersR 1968, 778). Gleiches gilt für eine erfolgreiche Hilfsaufrechnung bei einer nur zur Hauptforderung zugelassenen Revision (vgl. Senatsbeschluss vom 8. Februar 2006 - XII ZR 86/03 - juris, Tz. 8 [= GuT 2007, 37 KL].

12 In beiden vorgenannten Fällen rechtfertigt sich die umfassende Revisionszulassung aus der unmittelbar aus dem materiellen Recht folgenden Verknüpfung der beiden prozessualen Ansprüche bzw. Anspruchsteile. Während diese im Fall der erfolgreichen Hilfsaufrechnung aus § 389 BGB folgt, besteht eine derartige zwingende, im materiellen Recht anzuesiedelnde Verknüpfung vorliegend zwischen Klage und Hilfswiderklage nicht. Das Bedingungsverhältnis ist hier rein prozessualer Natur. Eine solche, auf der Art und Weise der Prozessführung des Nichtzulassungsbeschwerdeführers beruhende Verknüpfung genügt jedoch nicht, um einen prozessualen Anspruch, hinsichtlich dessen kein Zulassungsgrund dargelegt ist, sowohl bei der Frage, ob die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EGZPO überschritten ist, als auch, in welchem Umfang die Revision zuzulassen ist, mit zu berücksichtigen. Andernfalls hätten es die Prozessparteien in der Hand, ihre im Wege der objektiven Klagehäufung oder von Klage und Widerklage geltend gemachte Begehr in ein prozessuales Bedingungsverhältnis, also Haupt- und Hilfsantrag statt zweier Hauptanträge oder Klage und Hilfswiderklage statt Klage und Widerklage, zu kleiden und sich so in einer dem Gesetzeszweck zuwider laufenden Art und Weise leichter Zugang zur Revisionsinstanz zu verschaffen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 10 StPO

**Piraterie; Operation ATALANTA;
zuständiges Gericht; erpresserischer Menschenraub**

Zum Regelungsgehalt des § 10 StPO.

(BGH, Beschluss vom 7. 4. 2009 – 2 ARs 180/09)

1 **Aus den Gründen:** Am 29. März 2009 wurde der Betriebsstoffversorger „S.“ der Deutschen Marine mit Heimathafen in Kiel im Golf von Aden (in internationalen Gewässern) von einem mit den sieben Beschuldigten besetzten offenen Motorboot (Skiff) angegriffen. Die an Bord der „S.“ befindlichen Soldaten der Marineschutzkräfte erwiderten das Feuer und stellten, unterstützt von anderen im betreffenden Seegebiet operierenden Schiffen der Europäischen Union und der NATO das Piratenboot. Die sieben in Gewahrsam genommenen Beschuldigten befinden sich seit dem 30. März 2009 an Bord der Fregatte „R.-P.“.

2 Bei dem Betriebsstoffversorger „S.“ handelt es sich nicht um ein im zivilen Seeverkehr eingesetztes Schiff, sondern um ein im Rahmen der europäischen Operation EU NAVFOR ATALANTA zivil besetztes Schiff der Bundeswehr. Die Bundesregierung hat wegen des Angriffs Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft Kiel gestellt. Diese hält sich nicht für zuständig und beantragt, gemäß § 13 a StPO ein zuständiges Gericht zu bestimmen.

3 II. Die Bestimmung des zuständigen Gerichts war abzulehnen. Die Voraussetzungen des § 13 a StPO liegen nicht vor.

4 Gemäß § 13 a StPO bestimmt der Bundesgerichtshof das zuständige Gericht, wenn es im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes an einem zuständigen Gericht fehlt oder dieses nicht ermittelt ist. Auf diese Frage hat sich die Prüfung durch den Senat im Verfahren nach § 13 a StPO zu beschränken (BGHSt 18, 19, 20). Die Zulässigkeit der Bestimmung eines zuständigen Gerichts nach § 13 a StPO ist allerdings nicht davon abhängig, ob ein in den §§ 7 ff. StPO vorgesehener Gerichtsstand ermittelt werden kann; maßgebend ist vielmehr, dass ein solcher nicht ermittelt ist (BGHSt 10, 255). Dies ist der Fall, wenn sich keine Anhaltspunkte für einen der in §§ 7 ff. StPO begründeten Ge-

richtsstände ergeben und ein solcher nicht ohne nähere Erhebungen feststellbar ist (BGHSt 10, 255, 257; BGH BGHR StPO § 13 a Anwendungsbereich 4).

5 Im vorliegenden Fall greift § 13 a StPO nicht ein, weil es weder an einem zuständigen Gericht im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes fehlt noch dieses nicht ermittelt ist. Vielmehr ist hier die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Kiel gemäß § 10 Abs. 1 StPO gegeben.

6 Nach der ersten Variante dieser Bestimmung ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Heimathafen des Schiffs liegt, wenn die Straftat auf einem Schiff, das berechtigt ist, die Bundesflagge zu führen, außerhalb des Geltungsbereichs der Strafprozessordnung begangen worden ist.

7 Die „S.“ ist berechtigt, die Bundesflagge zu führen; dabei kann, wie der Generalbundesanwalt zu Recht ausgeführt hat, dahinstehen, ob es sich um ein zur Seefahrt bestimmtes Schiff oder um ein zu den Seestreitkräften der Bundeswehr gehörendes Schiff handelt. Im ersten Fall folgt das Recht zur Führung der Bundesflagge aus §§ 1, 3, 8 FlaggRG, im zweiten Fall aus der Anordnung des Bundespräsidenten über die Dienstflagge der Seestreitkräfte der Bundeswehr vom 25. Mai 1956 (BGBl. I S. 447 = BGBl. III 1130-5). Kiel ist zudem der Heimathafen des betroffenen Schiffs. Dies alles sieht auch die Staatsanwaltschaft Kiel ersichtlich nicht anders. Sie meint jedoch, die Straftat sei nicht außerhalb des Geltungsbereichs der Strafprozessordnung begangen, weil an Bord der „S.“ infolge der uneingeschränkten Ausübung der Hoheitsgewalt des deutschen Flaggenstaates die deutsche Strafprozessordnung gelte.

8 Dieser Argumentation vermag der Senat nicht zu folgen. Zwar trifft es zu, dass nach dem Flaggengrundsatz die Hoheitsgewalt über Schiffe dem Staat zusteht, unter dessen Flagge es registriert ist. Der Flaggenstaat übt damit auch die Strafgewalt über die auf dem Schiff begangenen Straftaten aus, unabhängig davon, wo es sich zum Tatzeitpunkt befindet und welche Staatsangehörigkeit die Täter haben (MünchKommStGB/Ambos vor § 3 Rdn. 34). Aus dieser „pragmatischen extraterritorialen Hoheits- und Strafgewaltserstreckung“ (so Ambos aaO) kann jedoch für den Anwendungsbereich des § 10 StPO nicht gefolgert werden, dass Straftaten auf einem unter deutscher Flagge fahrenden Schiff innerhalb des Geltungsbereichs der Strafprozessordnung begangen worden sind. Dass eine solche Auslegung nicht zutreffen kann, ergibt sich bereits daraus, dass sie dem § 10 StPO keinen Anwendungsbereich beließe. Vielmehr entspricht der Geltungsbereich der Strafprozessordnung im Sinne des § 10 Abs. 1 StPO dem Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland: Er umfasst an Land das Gebiet innerhalb der Bundesgrenzen, an der deutschen Küste die Eingengewässer und das Küstenmeer sowie allgemein den über den vorgenannten Bereichen liegenden Luftraum. Jenseits dieser Gebiete beginnt der von § 10 erfasste Bereich (Löwe-Rosenberg/Erb StPO 26. Aufl. § 10 Rdn. 1). Diese Bestimmung ist also nur dann unanwendbar, wenn die Tat ausschließlich in dem vorbezeichneten räumlichen Bereich begangen worden ist (Erb aaO Rn. 3); so liegt der Fall hier indes nicht.

9 Die örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Kiel ergibt sich demzufolge bereits eindeutig aus § 10 StPO. Daher bedarf es keines Eingehens auf die Frage, ob ein Schiff nach dem Flaggenprinzip (vgl. auch § 4 StGB) „schwimmendes Territorium“ des Flaggenstaates ist (so RGSt 23, 266, 267; „wandelnde Gebietsteile“; 50, 218, 220; BSG SozR 4460, § 8 Nr. 7; BAGE 26, 242, 252; Jeschek IRuD 1956, 75, 86) oder ob die Flaggenzugehörigkeit weder der Personalhoheit noch der Territorialhoheit eines Staates zuzurechnen ist, sondern eine eigenständige Form der Anknüpfung staatlicher Hoheitsgewalt darstellt, die gleichberechtigt neben den beiden genannten Formen steht (so LG Mannheim NSTZ-RR 1996, 147; MünchKommStGB/Ambos § 4 Rn. 5; Wolfrum in Graf Vitzthum, Handbuch des Seerechts Kap. 4 Rdn. 36; Hoog, Deutsches Flaggenrecht S. 232 ff.). Der Umstand, dass Schiffe, die im Staatsdienst ausschließlich für andere als Handelszwecke genutzt werden, völkerrechtlich auf

Hoher See Immunität genießen (Art. 96 des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen), hat im Zusammenhang mit § 10 StPO keine Auswirkungen (vgl. Löwe-Rosenberg/Erb aaO § 10 Rdn. 5 Fußn. 8).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen / Leitsätze (KL)
Gewerbemiete etc.

§ 138 BGB – Sittenwidrige Ehegattenbürgschaft; Möglichkeit der Restschuldbefreiung; Unklarheit des Umfangs der Sicherung durch die Grundschuld

a) Eine anderweitige Sicherheit schließt die Sittenwidrigkeit von Bürgschaften oder Mithaftungsübernahmen finanziell krass überforderter Ehepartner bzw. Lebenspartner für eine Darlehensschuld des anderen Teils nur dann aus, wenn gewährleistet ist, dass den Betroffenen allenfalls eine seine Finanzkraft nicht übersteigende „Ausfallhaftung“ trifft.

b) Bei der Frage, ob die Grundschuld nach dem Inhalt der vorformulierten Bankbedingungen auch künftige Forderungen gegen den Darlehensnehmer sichert, darf eine Unklarheit im Sinne von § 5 AGBG (§ 305c Abs. 2 BGB) nicht zu Lasten des finanziell krass überforderten Bürgen oder Mithaftenden gehen.

c) Die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung gemäß § 286 ff. InsO schließt eine Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB auf ruinöse Bürgschaften oder Schuldbeitritte finanzschwacher Ehepartner bzw. Lebenspartner nicht aus.

(BGH, Urteil vom 16. 6. 2009 – XI ZR 539/07)

§ 281 BGB – Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 BGB

Für eine Fristsetzung gemäß § 281 Abs. 1 BGB genügt es, wenn der Gläubiger durch das Verlangen nach sofortiger, unverzüglicher oder umgehender Leistung oder vergleichbare Formulierungen deutlich macht, dass dem Schuldner für die Erfüllung nur ein begrenzter (bestimmbarer) Zeitraum zur Verfügung steht; der Angabe eines bestimmten Zeitraums oder eines bestimmten (End-)Termins bedarf es nicht.

(BGH, Versäumnisurteil vom 12. 8. 2009 – VIII ZR 254/08)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2009, 580.

§§ 241, 516, 518 BGB – Sponsoring; Zusage einer ergebnisabhängigen Zuwendung; Sportclub; Meisterschaft

Wer eine Zuwendung für den Fall zusagt, dass ein bestimmtes Ereignis eintritt, auf das der Zuwendungsempfänger hinarbeiten soll (hier: Gewinn einer Meisterschaft durch die von dem Zuwendungsempfänger trainierte Mannschaft), verspricht keine belohnende Schenkung, sondern eine Gegenleistung für das Bemühen des Zuwendungsempfängers um die Herbeiführung des Ereignisses.

(BGH, Urteil vom 28. 5. 2009 – Xa ZR 9/08)

§§ 535, 123, 166 BGB; § 522 ZPO – Leasing; Kopierer; Falschlieferung; fristlose Kündigung und Anfechtung wegen arglistiger Täuschung; betrügerische Zwecke des Lieferanten

1. Ein Leasingvertrag kann vom Leasingnehmer auch dann noch wegen arglistiger Täuschung angefochten werden, wenn er den Vertrag zuvor fristlos gekündigt hatte.

2. Der Leasinggeber muss sich eine arglistige Täuschung des mit den Vertragsverhandlungen beauftragten Lieferanten zu rechnen lassen.

3. Der Leasinggeber kann sich nicht auf die unrichtige Übernahmebestätigung des Leasingnehmers berufen, wenn diese ebenfalls arglistig vom Lieferanten erwirkt worden ist.

(OLG Düsseldorf, Hinweisbeschluss vom 27. 11. 2008 – I-24 U 73/08)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2009, 52. Zu Kündigung neben Anfechtung vgl. auch BGH GuT 2008, 330.

§§ 535, 397, 398, 765, 768, 241 BGB – Leasing; Imbisswagen; Vertragsübernahme; Haftungs-freistellung

1. Hat der Leasinggeber mit Wissen des Leasingnehmers seine Ansprüche aus dem Leasingvertrag an eine Bank abgetreten und vereinbart der Leasinggeber später ohne Wissen der Bank mit dem Leasingnehmer und einem Dritten dessen Übernahme des Leasingvertrages, so kann der Leasinggeber verpflichtet sein, den Leasingnehmer von den Forderungen der Bank freizustellen, wenn der Dritte den Leasingvertrag nicht erfüllt.

2. Wegen der Verletzung von Nebenpflichten besteht die Freistellungspflicht des Leasinggebers dann auch gegenüber dem Bürgen des Leasingnehmers.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. 3. 2009 – I-24 U 164/08)

Hinw. d. Red.: Die Entscheidung kann bis zum 31. 12. 2009 bei der Redaktion GuT (info@prewest.de) zur kostenfreien Zusendung per e-mail angefordert werden.

§§ 535, 254 BGB; § 522 ZPO – Leasing; Sonnenbank; bestmögliche Verwertung nach Ende des Leasingvertrags; Drittkäuferbenennung

Der Leasinggeber verletzt nach Ende des Leasingvertrages seine Obliegenheit zur bestmöglichen Verwertung von geleasten Sonnenbänken nicht, wenn er diese nicht an Endverbraucher, sondern an einen Händler veräußert, ohne die auf dem Markt erzielbaren Preise zu unterschreiten.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. 2. 2009 – I-24 U 106/08)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2009, 56.

§ 252 BGB; § 287 ZPO; § 4 BinSchLV; § 32 BinSchG 1994 – Binnenschiffahrt; Ermittlung des Nutzungsausfallschadens nach Havarie; Liegegeld; entgangener Gewinn; Handelsbrauch

Der Anspruch des bei einer Havarie geschädigten Schiffseigners auf Ersatz des durch die erzwungene Stilllegung seines Schiffes verursachten Nutzungsausfallschadens muss nicht zwingend anhand der Liegegeldsätze des § 4 BnSchLV berechnet werden. Es ist nicht rechtsfehlerhaft, wenn der Tatrichter auf die Liegegeldsätze nach § 32 BinSchG 1994 zurückgreift und diese entsprechend der Preisentwicklung indiziert.

(BGH, Urteil vom 16. 12. 2008 – VI ZR 48/08)

§ 24 BBodSchG – Grundstücksmiete; Betrieb einer Tankstelle; Sanierungsbedarf wegen Kontaminationen bei Vertragsende; Verjährungsfrist der Ausgleichsansprüche

a) Der Ausgleichsanspruch nach § 24 Abs. 2 BBodSchG setzt grundsätzlich keine behördliche Inanspruchnahme des Anspruchstellers voraus.

b) Der Anspruch aus § 24 Abs. 2 BBodSchG unterliegt nicht der kurzen Verjährung nach § 548 BGB.

(BGH, Urteil vom 1. 10. 2008 – XII ZR 52/07)

§§ 535, 573 BGB – Geschäftliche Aktivitäten in der Mietwohnung; Anspruch eines Mieters auf Erlaubnis einer teilgewerblichen Nutzung

Geschäftliche Aktivitäten des Mieters in der Wohnung, die nach außen in Erscheinung treten, muss der Vermieter grundsätzlich nicht ohne entsprechende Vereinbarung dulden. Er kann jedoch nach Treu und Glauben verpflichtet sein, die Erlaubnis

zur teilgewerblichen Nutzung zu erteilen, wenn es sich um eine Tätigkeit ohne Mitarbeiter und ohne ins Gewicht fallenden Kundenverkehr handelt; hierfür trägt der Mieter die Darlegungs- und Beweislast.

(BGH, Urteil vom 14. 7. 2009 – VIII ZR 165/08)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2009, 517.

§§ 133, 151, 157, 398 BGB; § 114 ZPO – Überlassung der vom Zwangsverwalter des eigenen Grundstücks angemieteten Bowlingbahn an Dritte; Insolvenz des Mieters; Abtretung der Nutzungsentschädigungsansprüche des Schuldners durch den Insolvenzverwalter an den vermietenden Zwangsverwalter

1. Bei Anträgen zu Verträgen, die lediglich rechtlich vorteilhaft sind, sind an die Betätigung des Annahmewillens (§ 151 BGB) geringe Anforderungen zu stellen.

2. Im Falle der Annahme eines Angebotes auf Abtretung von Forderungen genügt für die Betätigung eines Annahmewillens i.S. des § 151 BGB nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, wenn der Erklärungsempfänger das für ihn lediglich vorteilhafte Angebot nicht durch eine nach Außen erkennbare Willensäußerung abgelehnt hat.

3. Zur Auslegung (§§ 133, 157 BGB) einer Abtretung von Nutzungsentschädigungsansprüchen eines Insolvenzverwalters, die dieser vorsorglich und erfüllungshalber zur Tilgung möglicher Mietverpflichtungen anbietet.

(OLG Brandenburg, Beschluss vom 14. 5. 2008 – 3 W 69/07)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2009, 50.

§§ 535, 536, 254 BGB – Gewerbemiete; vertragsgemäßer Gebrauch als Musterhaus für Kaufinteressenten; Mietminderung; Sturmschaden; mangelhafte Bauausführung; optische Mängel

1. Ein gemietetes Gebäude, das nach dem Vertrag als „müstergültiges Haus“ zur Werbung von Kaufinteressenten dienen soll, erfordert als Werbeträger einen tadellosen und einwandfreien Zustand.

2. Den Mieter trifft ausnahmsweise ein Mitverschulden wegen Verletzung der Schadensminderungspflicht, wenn der Mangel leicht zu beseitigen und die Mängelbeseitigung für ihn zumutbar ist und andernfalls der Eintritt erheblicher Schäden droht (hier verneint)

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. 5. 2009 – I-24 U 132/08)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2009, 48.

§§ 546a, 858 BGB; § 522 ZPO – Nutzungsent-schädigung; Kündigungsfolgeschaden; Entsetzung des Mieters durch verbotene Eigenmacht

Setzt der Vermieter den Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses durch fristlose Kündigung im Wege der verbotenen Eigenmacht aus dem Besitz, hat er keinen Anspruch auf Nutzungsentschädigung. Ein Anspruch auf Ersatz des Kündigungsfolgeschadens kommt grundsätzlich erst ab Rückgabe der Mietsache, bzw. - im vorliegenden Fall - erst ab dem Zeitpunkt der offiziellen Besitzeinweisung durch den Gerichtsvollzieher in Betracht.

(KG, Beschluss vom 14. 9. 2009 – 8 U 135/09)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2009, 667.

§§ 554, 578 BGB; § 522 ZPO – Pflicht des Mieters zur Mitteilung über die Duldung der geplanten Modernisierungsmaßnahme

Ein Mieter ist nach Treu und Glauben verpflichtet, auf ein Schreiben des Vermieters, in dem dieser den Mieter unter Beifügung einer von diesem zu unterzeichnenden Duldungserklärung bittet, innerhalb einer bestimmten Frist schriftlich mitzuteilen, ob er den geplanten Modernisierungsmaßnahmen zustimmt, zu antworten. Reagiert er nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist, gibt er Veranlassung zu einer vom Vermieter erhobenen Duldungsklage.

(KG, Beschluss vom 16. 7. 2009 – 8 U 77/09)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in WuM 2009, 669.

§§ 93, 94, 95, 195, 199, 254, 278, 634, 634a BGB – Bauwerk; maßgebliche Verjährungsfrist bei Mängeln eines Hochseilgartens; Beschaffung ungeeigneten Baumaterials (hier: Holz) durch den Auftraggeber

1. Bei einem Hochseilgarten, der an 2,60 Meter tief im Erdreich verankerten Baumstämmen befestigt ist, handelt es sich um ein Bauwerk. Mängelgewährleistungsansprüche verjähren daher erst in 5 Jahren.

2. Beschafft der nicht sachkundige Auftraggeber Baumaterial, hat der Projektleiter des Bauunternehmers dessen Eignung zu prüfen. Versäumt er dies, trifft den Auftraggeber wegen des aus dem Mangel resultierenden Schadens kein Mitverschulden.

(OLG Koblenz, Beschluss vom 4. 8. 2009 – 5 U 333/09)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2009, 58.

§§ 280, 652 BGB; § 7 AUB 1994 – Hinweispflichten des Versicherungsmaklers in der Abwicklung eines Unfallschadens

Der in die Abwicklung eines Unfallschadens eingeschaltete Versicherungsmakler muss den Versicherungsnehmer regelmäßig auf die Frist zur ärztlichen Feststellung einer Invalidität und ihrer Geltendmachung gegenüber dem Versicherer nach § 7 I (1) AUB (1994) hinweisen, wenn für ihn erkennbar ist, dass Ansprüche wegen Invalidität gegen den Unfallversicherer ernsthaft in Betracht kommen.

(BGH, Urteil vom 16. 7. 2009 – III ZR 21/09)

Hinw. d. Red.: Berufungsgericht OLG Karlsruhe – 9 U 141/08 = GuT 2009, 42 KL in www.gmbbl.de 2009, 8.

§§ 203, 204, 768 BGB – Verjährung; Bauvorhaben-Finanzierung; Bürgschaft; Hemmung der Verjährung durch Verhandlungen; Untergang des Hauptschuldners

a) Eine durch ernsthafte Verhandlungen des Hauptschuldners mit dem Gläubiger gemäß § 203 Satz 1 BGB bewirkte Hemmung der Verjährung ist auch gegenüber dem Bürgen wirksam.

b) Eine gegen den Bürgen erhobene Klage hemmt auch bei einem späteren Untergang des Hauptschuldners als Rechtsperson gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Verjährung der Hauptschuld (Fortführung von BGHZ 153, 337, 342 f).

(BGH, Urteil vom 14. 7. 2009 – XI ZR 18/08)

§§ 31, 249, 823, 830, 840 BGB; §§ 27, 242, 259 StGB; §§ 260, 261, 267, 409 StPO – Mithaftung des Hehlers für Detektivkosten zur Überführung des Diebes; Diebstahl, Unterschlagung im Baustoffhandel durch Arbeitnehmer

1. Grundsätzlich haftet ein Hehler nicht nach § 830 Abs. 1 Satz 1 BGB. Eine Haftung nach § 830 Abs. 2 BGB für Detektivkosten zur Überführung des Diebes kommt jedoch in Betracht, wenn sein Verhalten angesichts besonderer Tatumstän-

de als psychische Beihilfe zur Vortat zu werten ist. Die abweichende rechtliche Würdigung in einem Strafbefehl bindet den Zivilrichter nicht.

2. Zum Umfang der Ersatzpflicht des Hehlers und zur Angemessenheit der Ermittlungskosten in einem derartigen Fall.

(OLG Koblenz, Urteil vom 7. 5. 2009 – 5 U 44/09)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2009, 62.

§ 4c InsO – Insolvenzverfahren; Stundung der Kosten des Verfahrens; sinnlose Bemühung des Schuldners um Beschäftigung

Die Stundung der Kosten des Verfahrens kann nicht deshalb aufgehoben werden, weil der beschäftigungslose Schuldner sich nicht um eine Beschäftigung bemüht, wenn er nicht in der Lage ist, Einkünfte oberhalb der Pfändungsfreigrenze zu erzielen, und die Befriedigung der Insolvenzgläubiger somit nicht beeinträchtigt ist.

(BGH, Beschluss vom 22. 10. 2009 – IX ZB 160/09)

§ 313 InsO; § 829 ZPO – Pfändung einer Mietzinsforderung des Schuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

1 I. Das Amtsgericht [Krefeld] eröffnete mit Beschlüssen vom 31. August 2005 und vom 5. September 2005 die Verbraucherinsolvenzverfahren über die Vermögen der Schuldner und ernannte den Rechtsbeschwerdeführer jeweils zum Treuhänder.

2 Am 8. September 2005 beantragte die Gläubigerin die Pfändung und Überweisung einer Mietzinsforderung der Schuldner wegen ihres dinglichen Anspruchs aus einer zu ihren Gunsten bestellten Grundschuld. Das Amtsgericht sprach die Pfändung und Überweisung nur wegen des persönlichen Anspruchs der Gläubigerin aus. Auf die sofortige Beschwerde der Gläubigerin pfändete und überwies das Landgericht [Krefeld] die Mietzinsforderung antragsgemäß wegen des dinglichen Anspruchs und ließ die Rechtsbeschwerde zu.

3 Gegen den nur den Schuldner zugestellten Beschluss des Beschwerdegerichts hat der Treuhänder Rechtsbeschwerde eingelegt mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss aufzuheben und die sofortige Beschwerde der Gläubigerin zurückzuweisen.

4 II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist auch im Übrigen zulässig. Der Treuhänder ist beschwerdebefugt, weil durch die Pfändung der Mietzinsforderung die Insolvenzmasse betroffen ist, welche seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis unterliegt (§§ 313 Abs. 1, 304 Abs. 1, 80 Abs. 1 InsO). Mangels Zustellung der Entscheidung des Beschwerdegerichts an den Treuhänder ist die Rechtsbeschwerde nicht verfristet (§ 575 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

5 Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet. Der Senat hat die von der Rechtsbeschwerde aufgeworfene rechtsgrundsätzliche Frage mittlerweile entschieden (BGHZ 168, 339 [= GuT 2006, 261]; bestätigt durch Beschl. v. 26. Oktober 2006 - IX ZB 155/05, GuT 2007, 138). Danach ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners die Pfändung mithaftender Mieten oder Pachten durch absonderungsberechtigte Grundpfandgläubiger nicht mehr zulässig.

6 Die angefochtene Entscheidung ist daher aufzuheben und die sofortige Beschwerde der Gläubigerin zurückzuweisen.

(BGH, Beschluss vom 13. 11. 2008 – IX ZB 201/06)

§ 119 GVG; § 17 ZPO – Rechtsmittelzuständigkeit des OLG für die Berufung gegen ein Urteil des AG; Auslandsberührung; Mietsache

a) Die – mit Wirkung zum 1. September 2009 aufgehobene – Vorschrift des § 119 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b GVG ist nicht anwendbar, wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts einen all-

gemeinen Gerichtsstand jedenfalls auch im Inland hat (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 27. Juni 2007 – XII ZB 114/06, ZIP 2007, 1626 [= GuT 2007, 312]).

b) Es fehlt an einer Grundlage für die Annahme, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts habe ausschließlich einen ausländischen und nicht zumindest auch einen inländischen Verwaltungssitz (§ 17 Abs. 1 Satz 2 ZPO), wenn das zu verwaltende Gesellschaftsvermögen in Deutschland belegen ist, einer der beiden Gesellschafter seinen Wohnsitz in Deutschland hat, die Gesellschaft nach außen unter einer deutschen Adresse auftritt und ihre laufenden Geschäfte durch eine deutsche Hausverwaltung geführt werden, während ihre einzige Verbindung mit dem Ausland in dem ausländischen Wohnsitz ihres anderen Gesellschafters besteht.

(BGH, Beschluss vom 10. 3. 2009 – VIII ZB 105/07)

§§ 3, 511a, 546 ZPO – Rechtsmittelbeschwer bei Verurteilung zu Auskunftserteilung, Rechnungslegung, Einsichtgewährung oder dergleichen; Geheimhaltungsinteresse

1 Im Fall der Einlegung eines Rechtsmittels gegen die Verurteilung zur Erteilung einer Auskunft, zur Rechnungslegung, zur Einsichtgewährung in bestimmte Unterlagen, zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung oder dergleichen bemisst sich der Wert des Beschwerdegegenstandes (ZPO § 511a Abs. 1) oder der Beschwer (ZPO § 546 Abs. 1) nach dem Aufwand an Zeit und Kosten, die die Erfüllung des titulierten Anspruchs erfordert, sowie nach einem etwaigen Geheimhaltungsinteresse des Verurteilten (BGH, Großer Senat für Zivilsachen, BGHZ 128, 85).

2 Eine Gefahr, dass die Klägerin von ihr gegenüber offenbarten Tatsachen über den Rechtsstreit hinaus in einer entsprechenden Weise Gebrauch macht, ist nicht substantiiert dargelegt und wird insbesondere nicht hinreichend belegt durch das bisherige Medieninteresse, das der vorliegende Prozess gefunden hat.

(BGH, Beschluss vom 15. 9. 2009 – VI ZR 287/08)

§§ 78, 712, 719, 765a ZPO – Räumung und Herausgabe eines Hotels; Zwangsvollstreckung; Prozesskostenhilfe; Nichtzulassungsbeschwerde; einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung; Antragstellung vom BGH-Anwalt

1 I. Die Beklagte ist durch Urteil des Landgerichts zur Zahlung rückständiger Nutzungsentschädigung und Nebenkosten in Höhe von insgesamt 36.937,76 € und zur Räumung und Herausgabe eines Hotels verurteilt worden. Den Antrag der Beklagten, ihr gemäß § 765 a ZPO Räumungsfrist mindestens bis zum 15. Januar 2007 zu gewähren, hat das Landgericht Braunschweig abgelehnt, weil für diesen Antrag ausschließlich das Vollstreckungsgericht gemäß § 802 ZPO zuständig sei. Das Landgericht hat sein Urteil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht Braunschweig das Urteil des Landgerichts aufgehoben, soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 22.851,36 € verurteilt worden ist, und die Klage im Übrigen abgewiesen. Die weitergehende Berufung hat es zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Es hat sein Urteil für vorläufig vollstreckbar erklärt und der Beklagten nachgelassen, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung abzuwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

2 Die Beklagte hat durch ihren zweitinstanzlichen Prozessbevollmächtigten beantragt, ihr Prozesskostenhilfe für die Durchführung einer Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Oberlandesgerichts unter Beordnung eines beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalts zu bewilligen (Schriftsatz vom 18. Juni 2009). Mit Schriftsatz vom 20. Juli 2009 hat sie ihren Prozesskostenhilfeantrag begründet.

Zusätzlich hat sie beantragt, die Vollstreckung aus dem Urteil des Oberlandesgerichts Braunschweig einstweilen für sechs Monate einzustellen.

3 II. 1. Der Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Berufungsurteil ist unzulässig, weil er entgegen § 78 Abs. 1 Satz 3 ZPO nicht von einem bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt gestellt worden ist. Für den im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren gestellten Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung besteht ebenso wie für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren selbst Anwaltszwang (BGH Beschlüsse vom 6. Mai 2004 - V ZA 4/04 - NJW-RR 2004, 936 [= GuT 2004, 130]). Die Ausnahme des § 78 Abs. 5 ZPO gilt nicht für den Antrag auf Einstellung der Zwangsvollstreckung.

4 2. Der Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung wäre im Übrigen auch nicht begründet. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt eine Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO nur in Betracht, wenn der Schuldner im Berufungsrechtszug einen Vollstreckungsschutzantrag gemäß § 712 ZPO gestellt hat, oder ihm ein solcher Antrag nicht möglich oder nicht zumutbar gewesen wäre (Senatsbeschlüsse vom 1. Juli 2009 - XII ZR 50/09 - juris [= GuT 2009, 214], vom 6. Juni 2006 - XII ZR 80/06 - NJW-RR 2006, 1088 [= GuT 2006, 201] und vom 2. Oktober 2002 - XII ZR 173/02 - NJW-RR 2002, 1650).

5 Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die Beklagte hat in der Berufungsinstanz keinen Vollstreckungsschutzantrag gestellt. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass es ihr im Berufungsrechtszug aus besonderen Gründen nicht möglich oder zumutbar gewesen wäre, einen entsprechenden Schutzantrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergangen ist (§ 714 Abs. 1 ZPO), zu stellen.

6 3. Der Antrag der Beklagten auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die beabsichtigte Nichtzulassungsbeschwerde gegen das Berufungsurteil war zurückzuweisen, weil die beabsichtigte Nichtzulassungsbeschwerde keine Aussicht auf Erfolg hat.

(BGH, Beschluss vom 12. 8. 2009 – XII ZA 30/09)

§ 985 BGB; § 885 ZPO – Herausgabevollstreckung einer landwirtschaftlich genutzten, nicht bewohnten Parzelle

Die Revision ist in Bezug auf den Herausgabeantrag zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO) zuzulassen, weil das Berufungsgericht die sich aus dem Vollstreckungsrecht (§ 885 Abs. 1 ZPO) ergebenden Anforderungen an die Bestimmtheit (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO) einer auf § 985 BGB gestützten Klage auf Herausgabe von Teilflächen eines Grundstücks in einer verallgemeinerungsfähigen Weise überspannt hat.

Bei einer landwirtschaftlich genutzten (nicht bewohnten) Parzelle erfolgt die Herausgabevollstreckung durch die zu protokollierende Erklärung des Gerichtsvollziehers, dass der Schuldner aus dem Besitz gesetzt und der Gläubiger in diesen eingewiesen wird; eine exakte Bestimmung der Grenzen der Parzelle in der Natur oder durch maßstabsgerechte Eintragungen in einer Liegenschaftskarte ist dafür nicht erforderlich (vgl. BGH, Beschl. v. 4. Dezember 2008, I ZR 120/05, Rdn. 12 – in juris veröffentlicht; OLG Naumburg, Urt. v. 21. Dezember 2006, 2 U 99/06, Rdn. 50 – ebenfalls in juris veröffentlicht).

(BGH, Beschluss vom 19. 2. 2009 – V ZR 162/08)

§§ 928, 883 ZPO; § 18 RVG, VV Nr. 3309 – Mehrere Versuche der Herausgabevollstreckung als eine Vollziehungsmaßnahme

Mehrere Versuche der Vollstreckung einer auf Herausgabe der Wohnungsschlüssel laufenden einstweiligen Verfügung stellen – nur – eine Vollziehungsmaßnahme im Sinne des § 18 Nr. 4 RVG dar, wenn sie in innerem Zusammenhang stehen.

(KG, Beschluss vom 17. 4. 2009 – 1 W 418/08)

Hinw. d. Red.: Veröffentlichung in www.gmbbl.de 2009, 77.

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe; VRiOLG Ziemßen, Düsseldorf; RiOLG Hüsgen, Brandenburg; die Mitglieder des 8. Zivilsenats des Kammergerichts; RiOLG Weller, Koblenz; VRiKG Sieveking, Berlin.

Teileigentum

§ 27 WEG; § 17 AnfG; § 91a ZPO

Wohnungseigentümergeinschaft; Beschluss über den Verwaltervertrag; Befugnis des Verwalters zur gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung

1. Es bleibt offen, ob Wohnungseigentümer, indem sie über einen Verwaltervertrag beschließen, zugleich und inzident einen Beschluss nach § 27 Abs. 2 Nr. 3 WEG oder/ und § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG treffen können.

2. Nach Aufnahme des Rechtsstreit wegen der Kosten gem. § 17 Abs. 3 Satz 1 AnfG ist wegen der Kosten § 91a Abs. 1 ZPO entsprechend anzuwenden und über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluss zu entscheiden.

(KG, Beschluss vom 28. 9. 2009 – 14 U 74/08)

Aus den Gründen: I. Der Rechtsstreit ist vom Beklagten gem. § 17 Abs. 3 Satz 1 AnfG hinsichtlich der Kosten aufgenommen worden. Im Schrifttum wird vertreten, dass das Gericht in die-

sem Falle entsprechend § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO über die Kosten unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen durch Beschluss entscheidet (Henckel, in: FS Gaul <1997>, S. 215; Kübler/Prütting/Bork/Paulus, AnfG, Mai 2009, § 17 Rdn. 12; Huber, AnfG, 10. Auf. 2006, § 17 Rdn. 16). Dem schließt sich der Senat wegen der Vergleichbarkeit der Fragestellung in beiden Bestimmungen an. In beiden Fällen entfällt ein Interesse des Klägers, den Rechtsstreit fortzusetzen, und geht es nur noch darum, wer die angefallenen Kosten zu tragen hat. Diese Frage ist hier wie dort aufgrund billigen Ermessens ohne weitere Ermittlungen zu treffen.

II. Unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen sind die Kosten dem vollmachtlosen Prozessbevollmächtigten der Klägerin als Verwalter aufzuerlegen. Denn der Senat muss davon ausgehen, dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin von dieser keine wirkliche Prozessvollmacht hat.

1. Dabei kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob Wohnungseigentümer, indem sie - wie hier - über einen Verwaltervertrag beschließen, zugleich und inzident einen Be-

schluss nach § 27 Abs. 2 Nr. 3 WEG oder/und § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG treffen können. Bedenken gegen diese Vorgehensweise rühren u. a. daher, dass der Verwaltervertrag zwischen dem Verband Wohnungseigentümergeinschaft und dem Verwalter kein Ort ist, an dem die Wohnungseigentümer Bestimmungen über ihr Verhältnis untereinander treffen können, und dass es an einer Verkündung der Ermächtigung des Verwalters fehlt (siehe auch OLG Dresden v. 30.10.2008 - 3 W 845/08, ZMR 2009, 301).

2. Jedenfalls war Inhalt der Ermächtigung des Verwalters unstreitig nur die Führung eines Rechtsstreits, um „Zahlungsansprüche“ gerichtlich geltend zu machen. Diese Formulierung ist ersichtlich eingrenzend und erlaubt nicht die Führung eines beliebigen Verfahrens. Die Ermächtigung soll - aus welchen Gründen auch immer - nur bestimmte Verfahren umfassen. Die Ermächtigung umfasst nach einer lebensnahen, die Interessen der Wohnungseigentümer und des Verbandes berücksichtigenden Auslegung Klagen auf Wohngeld, Klagen auf einen in einer Sonderumlage bestimmten Betrag, Klagen auf einen negativen Saldo einer Einzeljahresabrechnung oder solche auf Schadenersatz sowie die anschließende Zwangsvollstreckung. Eine Anfechtungsklage ist von einer Ermächtigung für „Zahlungsansprüche“ hingegen nicht umfasst. Das hier vertretene, enge Verständnis entspricht den Interessen der Wohnungseigentümer als Herren des Verfahrens. Sie haben es im Übrigen jederzeit in der Hand, die Ermächtigung - auch nachträglich - zu erteilen oder zu erweitern.

c) Bei der Erhebung der Klage handelte es sich auch nicht um eine Maßnahme nach § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 WEG. Eine Maßnahme kann danach nur vom Verwalter im Namen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer getroffen werden, wenn sie zur Wahrung einer Frist oder zur Abwendung eines sonstigen Rechtsnachteils erforderlich ist. Der Ablauf einer Frist drohte nicht. Erforderlichkeit eines Handels des Verwalters ohne vorherige Beschlussfassung der Wohnungseigentümer kann hingegen nur angenommen werden, wenn - bei einer Aktivklage - eine vorherige Beschlussfassung der Wohnungseigentümer nicht in Frage kommt (Riecke/Schmid/Abramenko, WEG, 2. Aufl. 2008, § 27 Rdn. 55; Jennißen/Heinemann, WEG, 2008, § 27 Rdn. 72 m.w.N.). Dieses ist hier nicht erkennbar.

Mitgeteilt von RiKG Dr. Elzer, Berlin

§§ 1090, 1018 BGB

Dienstbarkeit zur Müllentsorgung des von dem erbbauberechtigten Käufer erworbenen Grundstücks

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit dem Inhalt, dass die Entsorgung des Hausmülls auf einem anderen Grundstück zu erfolgen hat, kann nicht wirksam bestellt und nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

(LG Berlin, Beschluss vom 13.11.2008 – 86 T 601/08)

Zum Sachverhalt: Mit einem in erster Ausfertigung vorliegenden notariell beurkundeten Kaufvertrag vom 27. Februar 2008 des Notars, UR-Nr. 66/2008, erwarben die Beteiligten, denen bereits das an dem im Rubrum näher bezeichneten Grundstück bestehende Erbbaurecht eingeräumt ist, dieses Grundstück. In § 3 b des Vertrages heißt es unter der Überschrift „Sonstige Bindungen, Eintragung von Grunddienstbarkeiten, Vertragsstrafe“ in Abs. 1 wörtlich: „Die Beteiligten vereinbaren die Eintragung folgender Dienstbarkeiten zugunsten des Verkäufers in Abteilung II des Grundbuchs von Düppel Blatt 1139, die der Käufer ohne Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt: ... 1. 2) Auf dem Kaufgrundstück dürfen Müllgefäße oder sonstige Einrichtungen, die der Müllentsorgung dienen, nicht aufgestellt und nicht unterhalten werden. Die Müllentsorgung darf nicht in anderer Weise als über die Müllsammelbehälter auf den Gemeinschaftsflächen (Flurstücke 281, 292, 314, 315) vorgenommen werden. Die Flurstücke sind in dem als Anlage 3 beigefügten Lageplan blau markiert.“ In § 13 bewilligen die Par-

teien des Kaufvertrages und beantragt der Verkäufer u. a., in Abteilung II die Dienstbarkeiten gemäß § 3b Abs. 1 Nummer 1. 2 einzutragen.

Mit Schreiben vom 26. März 2008 hat der Notar unter Bezugnahme auf den oben genannten Kaufvertrag u. a. den oben genannten Antrag aus § 13 zur Eintragung gestellt.

Auf diesen Antrag hin hat das Grundbuchamt mit Schreiben vom 28. Juli 2008 die im Kaufvertrag enthaltene Bewilligung zur Eintragung der Dienstbarkeit beanstandet, weil diese die Verpflichtung enthält, die Müllentsorgung nicht in anderer Weise als über die Müllsammelbehälter auf den Gemeinschaftsflächen vorzunehmen, was nicht als dinglicher Inhalt eingetragen werden könne. Die Bewilligung und der Antrag müssten insoweit eingeschränkt werden, wozu eine Beseitigungsfrist von drei Monaten gesetzt werde. Hiergegen hat sich der Notar mit der Beschwerde vom 1. September 2008 gewandt, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat.

Aus den Gründen: II. 1. Die Beschwerde gegen Ziff. 1 der Zwischenverfügung vom 28. Juli 2008 ist nach den §§ 11 Abs. 1 RPflG, 71 Abs. 1 GBO zulässig. Jede einzelne abgrenzbare Beanstandung einer Zwischenverfügung ist mit der Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO angreifbar (vgl. Demharter, GBO, 26. Aufl., § 71 Rn. 35). Die Beschwerdebefugnis des eingetragenen Eigentümers, der mangels anderer Anhaltspunkte als Beschwerdeführer anzusehen ist (vgl. Demharter, aaO, § 15 Rn. 15), ergibt sich aus dessen Antragsbefugnis nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO, die den nur vormerkungsberechtigten Beteiligten fehlt. Die Antragsbefugnis folgt daraus, dass der Eigentümer eine für sich günstige Eintragung begehrt.

2. Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Das Amtsgericht [Schöneberg] hat zu Recht angenommen, dass die Grunddienstbarkeit nicht mit dem vereinbarten Inhalt als dingliches Recht in das Grundbuch eingetragen werden kann, sondern der Einschränkung bedarf. Dies konnte das Grundbuchamt mit der Zwischenverfügung geltend machen.

Das Grundbuchamt hat zu Recht angenommen, dass eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers jedenfalls dann eingetragen werden kann, wenn für die Eintragung ein schutzwürdiges Interesse besteht. Ein derartiges Interesse ist dabei immer dann anzunehmen, wenn der Eigentümer das belastete Grundstück – wie hier – veräußern will (vgl. BGHZ 41, 209 = Rpfleger 1964, 310; OLG Frankfurt Rpfleger 1984, 264; Palandt/Bassenge, BGB, 67. Aufl., § 1090 Rn. 3). Soweit das Grundbuchamt in diesem Zusammenhang davon ausgegangen ist, dass der gestellte Antrag und die vorliegende Bewilligung insoweit einschränkbar sind und insoweit der Erlass einer Zwischenverfügung in Betracht kommt, ist auch dies nicht zu beanstanden (vgl. Demharter, GBO, 26. Aufl., § 18 Rn. 27).

Entgegen der Auffassung des Eigentümers kann die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht mit dem beantragten Inhalt eingetragen werden. Nach § 1090 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 1018 BGB kann ein Grundstück nur in der Weise mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit belastet werden, dass der Berechtigte das Grundstück in einzelnen Beziehungen nutzen darf oder dass auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen. Mit einer Dienstbarkeit können jeweils nur dem Eigentümer eigentlich nach § 903 BGB in Bezug auf sein Eigentum zustehende Rechte eingeschränkt werden. Eine Verpflichtung zur Unterlassung von Handlungen kann deshalb nur dann den Inhalt einer Dienstbarkeit bilden, wenn dadurch die aus dem Eigentum fließenden Befugnisse eingeschränkt werden (vgl. BGHZ 29, 244, 249). Um eine solche Beschränkung geht es hier nur insoweit, wie dem jeweiligen Eigentümer aufgegeben sein soll, keine Müllgefäße auf dem Grundstück aufzustellen und zu unterhalten. Soweit ihm aufgegeben wird, eine bestimmte andere Art der Müllentsorgung zu nutzen, ist dies nicht Teil der Einschränkungen seines Eigentumsrechtes an dem Grundstück, sondern

Einschränkung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit. Die Verpflichtung bezieht sich nicht auf sein Grundstück, sondern soll eine Müllsammlung auf bestimmten anderen Grundstücken durchsetzen.

3. Eine Kostenentscheidung ist nicht zu treffen. Einer Festsetzung des Geschäftswertes bedarf es wegen der Kostenbefreiung des Eigentümers nicht.

Mitgeteilt von VRiLG Dr. Müther, Berlin

Art. 229 § 18 EGBGB; § 1193 BGB
Teileigentum; Erstreckung früher eingetragener
Sicherungsgrundschuld auf dieses weitere
Eigentumsrecht; Fälligkeitsregeln nach neuem
Risikobegrenzungsgesetz

Die Neufassung des § 1193 BGB durch das Risikobegrenzungsgesetz vom 12. August 2008 ist auch dann anzuwenden, eine bereits früher eingetragene Sicherungsgrundschuld auf ein weiteres Eigentumsrecht erstreckt werden soll.

(LG Berlin, Beschluss vom 27. 1. 2009 – 86 T 15/09)

Zum Sachverhalt: Mit Urkunde (UR-Nr. 306/2008) des Notars vom 27. 10. 2008 erstreckte die eingetragene Eigentümerin die sofort fällige Gesamtgrundschuld, die mit Urkunde UR-Nr. 180/2008 des Notars vom 30. 5. 2008 für die Beteiligte an anderen Immobilien bestellt worden war, auf das verfahrensgegenständliche Teileigentumsrecht und bewilligte und beantragte deren Grundbucheintragung. Mit der im Tenor genannten Zwischenverfügung monierte das Grundbuchamt, dass die Bewilligungserklärung auf eine nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes vom 12. 8. 2008 unzulässige Nebenbestimmung zur sofortigen Fälligkeit der Gesamtgrundschuld verweise und daher die Nebenbestimmung der Gesamtgrundschuld vor der Eintragung (unter Zustimmung der Grundschuldgläubigerin) geändert werden müsse. Hiergegen wendet sich die vom Notar eingelegte Beschwerde.

Aus den Gründen: II. Die Beschwerde ist zulässig (§ 71 Abs. 1 GBO), insbesondere von Beschwerdeberechtigten eingelegt. Der Notar gibt zwar, obwohl dies für die Prüfung der Zulässigkeit der Beschwerde notwendig ist, nicht an, für wen er die Beschwerde einlegt. Die Rechtsprechung unterstellt jedoch in diesen Fällen, dass er für alle Beschwerde-, d.h. gemäß § 13 Abs. 1 GBO Antragsbefugten handelt (Demharter, GBO, 26.A., § 15 RNr. 10). Hier sind dies die eingetragene Eigentümerin als Belastete und die Beteiligte als Begünstigte der beantragten Eintragung.

Die Beschwerde ist jedoch unbegründet, denn das Grundbuchamt hat die angefochtene Zwischenverfügung zu Recht erlassen. Die nach § 19 GBO zur Eintragung bewilligte Erstreckung der Gesamtgrundschuld auf das verfahrensgegenständliche Teileigentumsrecht erfüllt hinsichtlich der Nebenbestimmung zur Fälligkeit nicht die gesetzliche Voraussetzung der Eintragungsfähigkeit; in solchen Fällen kann durch Zwischenverfügung Gelegenheit zur Änderung der Nebenbestimmung des einzutragenden Rechtes gegeben werden (Demharter, aaO., § 18 RNr. 6 am Ende).

Die Eintragungsbewilligung muss den Inhalt des einzutragenden Rechts - hier der Gesamtgrundschuld - eindeutig und vollständig bezeichnen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14.A., RNr. 104). Unzulässig ist daher, wenn die Eintragungsbewilligung auf eine Urkunde über die Bestellung eines Rechts Bezug nimmt, das auch nur in einer Nebenbestimmung eine unwirksame Bestimmung enthält. Denn wegen der grundsätzlich erforderlichen Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung im Grundbuch (§ 44 Abs. 2 GBO) würde sich sonst der Inhalt des zur Eintragung beantragten Rechts nicht schon aus der im Grundbuch in Bezug genommenen Bewilligung, sondern erst nach einer rechtlichen Auslegung ergeben, welche Inhalte des

zur Eintragung bewilligten Rechts zulässig sind; dies widerspricht dem im Grundbuchrecht geltenden Grundsatz besonders hoher Rechtssicherheit.

Da der Notar den Ausgangspunkt der Argumentation des Grundbuchamtes aus der Zwischenverfügung aufgriff, die auf dem Teileigentumsrecht einzutragende Grundschuld sei eine Sicherungsgrundschuld, besteht begründeter Anlass dafür, diese Tatsache wegen der dadurch begründeten Einschränkungen bei der Eintragungsfähigkeit der Entscheidung zugrunde zu legen (vgl. Schöner/Stöber, aaO., RNr. 209a).

Die Sicherungsgrundschuld, auf die sich die Eintragungsbewilligung bezieht, wurde erst nach dem 19. 8. 2008 auf das verfahrensgegenständliche Teileigentumsrecht erstreckt. Für diese Belastung ist nach § 1193 Abs. 2 S. 2 und Abs. 1 S. 1 BGB die Nebenbestimmung, dass die Grundschuld sofort ohne Kündigungsfrist fällig wird, unzulässig. Denn die Voraussetzung gemäß Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB, dass die Grundschuld nach dem 19. August 2008 bestellt wurde, ist erfüllt. Danach richtet sich die Zulässigkeit der Fälligkeitsbestimmung bei einer Inhaltsänderung der Grundschuld - wie hier der Erstreckung der Gesamtgrundschuld auf ein weiteres Haftungsobjekt - ab dem 19. 8. 2008 nach neuem Recht (Palandt/Bassenge, BGB, 68.A., § 1193 RNr. 2). Dafür spricht der objektive Sinn der Regelung und der historische Wille des Gesetzgebers, ohne dass der Wortlaut der Regelung entgegensteht:

Mit dem Risikobegrenzungsgesetz wurde die Vertragsfreiheit beschränkt, entgegen der gesetzlichen Regelung eine Grundschuld ohne sechsmonatige Kündigungsfrist fällig zu stellen. Dies dient dem Schutz des belasteten Grundstückseigentümers. Die Übergangsregel stellt einen Vertrauensschutz für Alt-Fälle dar. Da sie den mit der materiell-rechtlichen Änderung verfolgten Schutzzweck in ihrem Anwendungsbereich aufhebt, ist sie als Ausnahmebestimmung grundsätzlich eng auszulegen. Mit der Übergangsregel war nicht bezweckt, bei Inkrafttreten der Regelung bestehende Grundschulden mit abweichenden Fälligkeitsregeln in allen Einzelheiten unangetastet zu lassen: So muss entgegen bisherigem Recht, wer eine Alt-Grundschuld, zu der eine Sicherungsabrede bestand, nach Inkrafttreten der Neuordnung erwirbt, die Sicherungsabrede gegen sich gelten lassen. Dadurch wird die für Alt-Grundschulden bisher bestehende Möglichkeit gutgläubigen einredefreien Erwerbs modifiziert (§ 1192 Abs. 1a BGB, Art. 229 § 18 Abs. 2 EGBGB).

Die Regelungen zur Grundschuld, die im ursprünglichen Entwurf der Bundesregierung zum Risikobegrenzungsgesetz nicht enthalten waren, gehen auf einen Vorschlag aus dem Finanzausschuss des Bundestages zurück. Dessen Berichterstatter begründet die in der Übergangsregel zur Fälligkeit von Sicherungsgrundschulden vorgesehene Ausnahme für Alt-Fälle damit, dass bisher zulässige Parteivereinbarungen respektiert werden sollen, zumal meist aufeinander abgestimmte Vereinbarungen zur Verwertung reife existierten (BT-Drs. 16/9821, S. 18). Die Inhaltsänderung einer bereits bestellten Sicherungsgrundschuld wird demgegenüber regelmäßig nicht auf eine Parteivereinbarung zurückgehen, die bereits zum Zeitpunkt der ursprünglichen Grundschuldbestellung vorlag; denn dann wäre die Grundschuld regelmäßig bereits von vornherein mit dem anderen Inhalt bestellt worden. Der Respekt vor aufeinander abgestimmten Parteivereinbarungen vor Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes ist jedoch kein Grund dafür, auch Inhaltsänderungen von Alt-Grundschulden vom neuen Recht auszunehmen, die erst auf spätere Parteivereinbarungen zurückgehen.

Dass eine Auswirkung auf Alt-Grundschulden durch die Übergangsregeln nicht vollständig ausgeschlossen werden soll, zeigt auch die ausdrückliche Erwägung des Berichterstatters, dass die Modifikation beim gutgläubigen einredefreien Erwerb von Alt-Sicherungsgrundschulden eine zulässige Inhaltsbestimmung des Eigentums (hier: Inhaberschaft der Grundschuld) darstelle, der Vertrauensschutzgesichtspunkte nicht entgegenstehen (BT-Drs., aaO.). Ein schützenswertes Vertrauen darauf,

dass eine einmal bestellte Grundschuld ohne Inhaltsänderungen künftig auch auf weitere Grundstücksrechte ausgedehnt werden könne, besteht ebenfalls nicht, da lediglich eine Erwerbsaussicht betroffen ist.

Der Wortlaut des Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB lässt die Auslegung zu, dass für die Gültigkeit der Bestimmung des Fälligkeitszeitpunktes bei Grundschulden, deren Belastungsgegenstand nach dem Stichtag erweitert wird, die neue Gesetzesfassung anzuwenden ist. Denn der danach maßgebliche Zeitpunkt der Bestellung der Grundschuld kann auch derjenige der Bestellung für das neu zu belastende Grundstücksrecht sein.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin scheidet dieses Auslegungsergebnis nicht an der praktischen Konsequenz, dass dadurch alte Sicherungsgrundschulden nur nach Anpassung ihrer Fälligkeitsbestimmungen auf weitere Belastungsgegenstände erstreckt werden können. Diese praktische Erschwerung ist als Nebenfolge der vom Gesetzgeber beabsichtigten Neuregelung hinzunehmen, zumal die Erstreckung einer Alt-Grundschuld auf einen weiteren Belastungsgegenstand nur einen geringen Bruchteil aller Fälle betrifft, in denen ein Belastungsgegenstand erstmals mit einer (Gesamt-) Grundschuld belastet wird.

Mitgeteilt von VRILG Dr. Müther, Berlin

§ 63 ZVG

Teilungsversteigerung; Einzelangebot der Miteigentumsanteile; Rechtsmittelbelehrung im Zwangsversteigerungsverfahren

Bei der Grundstücksversteigerung zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft ist das Einzelausgebot der Miteigentumsanteile unzulässig.

(BGH, Beschluss vom 7. 5. 2009 – V ZB 12/09)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Beteiligten sind zu je 1/2 Miteigentümer des Grundbesitzes. Sie betreiben das Versteigerungsverfahren zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft.

2 In dem Versteigerungstermin am 26. August 2008 beantragte die Beteiligte zu 1 das Einzelausgebot beider Miteigentumsanteile. Das Amtsgericht Luckenwalde hat den Antrag zurückgewiesen. Mit Beschluss vom 2. September 2008 hat es dem Beteiligten zu 2 den Zuschlag erteilt. Dagegen haben die früheren Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1 sofortige Beschwerde eingelegt. Im Laufe des Beschwerdeverfahrens kündigte die Beteiligte zu 1 das Mandatsverhältnis.

3 Die das Rechtsmittel zurückweisende Entscheidung des Beschwerdegerichts [LG Potsdam] wurde den früheren Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1 am 10. Dezember 2008 zugestellt. Mit am 2. Februar 2009 bei dem Bundesgerichtshof eingegangenen Schriftsatz hat die Beteiligte zu 1 Rechtsbeschwerde eingelegt und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde beantragt. [...]

4 **Aus den Gründen:** II. Das zulässigerweise auf die Zurückweisung des Antrags auf Einzelausgebot der Miteigentumsanteile beschränkte Rechtsmittel ist statthaft (§ 574 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 ZPO); es ist auch zulässig, obwohl es nicht innerhalb der Frist von einem Monat nach Zustellung der angefochtenen Entscheidung eingelegt und begründet worden ist (§ 575 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 ZPO). Denn der Beteiligten zu 1 ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Fristversäumung zu gewähren, weil sie ohne ihr Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war.

5–10 [...]

11 2. b) aa) Der Senat hat in seinem Beschluss vom 26. März 2009 (V ZB 174/08, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen [= GuT 2009, 216 KL]) entschieden, dass sich für die gemäß §§ 869, 793 ZPO befristeten Rechtsmittel in Zwangsversteige-

rungsverfahren unmittelbar aus der Verfassung das Erfordernis einer Rechtsmittelbelehrung ergibt und fehlendes Verschulden des Rechtsmittelführers unwiderleglich zu vermuten ist, wenn der Belehrungsmangel für die Versäumung der Rechtsmittelfrist ursächlich ist.

12 bb) Nichts anderes gilt für das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde. Denn seine Erfordernisse sind ebenso kompliziert und schwer zu erfassen wie diejenigen der sofortigen Beschwerde nach §§ 869, 793 ZPO: Zwar ist die Rechtsbeschwerde in Zwangsversteigerungssachen nur bei Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft (§ 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO); da die Zulassung in der Entscheidung des Beschwerdegerichts ausgesprochen werden muss, bestehen über die Statthaftigkeit keine Unklarheiten. Aber die Frist für die Einlegung der Rechtsbeschwerde beträgt, anders als bei der sofortigen Beschwerde (§ 569 Abs. 1 ZPO), nicht zwei Wochen, sondern einen Monat (§ 575 Abs. 1 Satz 1 ZPO); auch muss die Rechtsbeschwerde - wiederum anders als die sofortige Beschwerde (§ 571 Abs. 1 ZPO) - binnen einer Frist von einem Monat begründet werden, damit sie zulässig ist (§§ 575 Abs. 3, 577 Abs. 1 ZPO); schließlich findet die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof und nicht zu dem Beschwerdegericht übergeordneten Oberlandesgericht statt mit der Folge, dass sich die Partei durch einen bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen muss (§ 78 Abs. 1 Satz 3 ZPO). Dies alles steht der Erwartung entgegen, der zur Einlegung der Rechtsbeschwerde Befugte werde sich in zumutbarer Weise über die Voraussetzungen des Rechtsmittels rechtzeitig Aufklärung verschaffen können, und führt zu dem sich aus der Verfassung ergebenden Erfordernis einer Rechtsmittelbelehrung (vgl. BVerfGE 93, 99, 107).

13 cc) Da es hieran fehlt, trifft die Beteiligte zu 1 an der Fristversäumung aus den Gründen des Senatsbeschlusses vom 26. März 2009 (V ZB 174/08), auf die zur Vermeidung bloßer Wiederholungen verwiesen wird, kein Verschulden.

14 [...]

15 III. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts kommt das Einzelausgebot von Miteigentumsanteilen bei der Versteigerung eines Grundstücks zum Zweck der Aufhebung der Gemeinschaft (§§ 180 ff. ZVG, Teilungsversteigerung) nicht in Betracht. Dies ergebe sich aus dem Sinn des Verfahrens, weil anderenfalls die Gemeinschaft nicht auseinandergesetzt würde.

16 Das hält einer rechtlichen Nachprüfung stand.

17 1. Entsprechend § 63 Abs. 1 Satz 1 ZVG sind bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks, an dem Bruchteilseigentum besteht, die Eigentumsanteile einzeln auszubieten; das nach § 63 Abs. 1 Satz 2 ZVG zulässige Gesamtausgebot verdrängt das Einzelausgebot nicht, sondern dieses unterbleibt nur dann, wenn die in § 63 Abs. 4 Satz 1 ZVG genannten Beteiligten hierauf verzichten (Senat, Beschl. v. 30. Oktober 2008, V ZB 41/08, NJW-RR 2009, 158).

18 2. Dagegen wird das Einzelausgebot der Miteigentumsanteile bei der Teilungsversteigerung im Schrifttum für unzulässig gehalten (Hintzen in: Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer, ZVG, 13. Aufl., § 180 Rdn. 122; Böttcher, ZVG, 4. Aufl. § 180 Rdn. 94; Steiner/Teufel, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, 9. Aufl., § 180 ZVG Rdn. 162; Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 180 Anm. 7.11c; Drischler, JurBüro 1981, 1765, 1767; Schiffhauer, ZIP 1982, 660, 664). Dies wird damit begründet, dass das Einzelausgebot dem Zweck des Verfahrens, die Auseinandersetzung der Gemeinschaft herbeizuführen, widerspreche.

19 3. In der Rechtsprechung ist - soweit ersichtlich - bisher nicht darüber befunden worden, ob auch bei der Teilungsversteigerung die Miteigentumsanteile einzeln auszubieten sind. Insbesondere haben sich weder das Thüringische Oberlandesgericht in seinem Beschluss vom 10. Juli 2000 (Rpflerger 2000, 509) noch der Senat in seinem Beschluss vom 30. Oktober 2008 (V ZB 41/08, aaO) hierzu geäußert. Falls das Beschwerdege-

richt dies anders gesehen hat, wie seine Ausführungen auf Seite 3 unten/4 oben des angefochtenen Beschlusses es als möglich erscheinen lassen, ist das nicht richtig.

20 4. Der Senat entscheidet die Frage nunmehr dahin, dass die im Schrifttum vertretene Ansicht zutrifft.

21 a) Die Teilungsversteigerung nach § 180 ff. ZVG findet statt, wenn die Teilung eines mehreren gehörenden Grundstücks in Natur nicht möglich ist (§ 753 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Verfahren dient der Ersetzung eines unteilbaren durch einen teilbaren Gegenstand, d.h. der Schaffung eines unter den Miteigentümern verteilungsfähigen Erlöses in Geld. Es bereitet mithin eine anderweitig gesetzlich oder vertraglich geregelte vermögensrechtliche Auseinandersetzung unter den Eigentümern lediglich vor und hat nicht die Funktion, diese Auseinandersetzung zu ersetzen oder vorwegzunehmen (BVerfGE 42, 64, 75). Das Verfahren ist auf die vollständige und endgültige Aufhebung der Gemeinschaft und nicht nur auf das Ausscheiden einzelner Miteigentümer unter Fortbestand der Gemeinschaft in anderer personeller Zusammensetzung gerichtet.

22 b) Mit diesem Verfahrenszweck ist das Einzelausgebot der Miteigentumsanteile nicht zu vereinbaren. Denn es kann zu dem Ergebnis führen, dass nicht auf sämtliche Anteile geboten wird. In diesem Fall wird die Gemeinschaft nicht aufgehoben. Ihre Aufhebung kann auch nicht auf andere Weise, wie durch den Verzicht auf den Miteigentumsanteil, herbeigeführt werden; denn ein solcher Verzicht ist unzulässig (Senat, BGHZ 172, 209, 214 ff. [= GuT 2007, 228]). Deshalb ist - entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde - mit dem Einzelausgebot weder dem Verfahrenszweck noch den Interessen der das Verfahren betreibenden Miteigentümer, aus der Gemeinschaft auszuschneiden, Genüge getan. Der auf den Senatsbeschluss vom 28. September 2006 (V ZB 55/06, NJW-RR 2007, 1139) gestützte Einwand der Rechtsbeschwerde, dass das auf ein Gesamtausgebot abgegebene Meistgebot erfahrungsgemäß geringer sei als das Gesamtergebnis der auf Einzelausgebote abgegebenen Meistgebote und deshalb die Interessen der Miteigentümer an einem möglichst günstigen Ergebnis der Versteigerung nur bei dem Einzelausgebot der Miteigentumsanteile gewahrt würden, ist nicht tragfähig. Denn jedem Antrag auf Teilungsversteigerung liegt zwar die Erwartung zugrunde, dass ein vernünftiger Erlös erzielt werden kann; dieser muss aber nicht der denkbar günstigste sein (BVerfGE aaO). Zudem gilt der Erfahrungssatz des geringeren Meistgebots auf ein Gesamtausgebot nur bei der Zwangsversteigerung mehrerer Grundstücke, nicht aber bei der Teilungsversteigerung eines einzigen Grundstücks. Der in der Rechtsbeschwerdebegründung enthaltene Hinweis auf § 63 Abs. 2 Satz 1 ZVG, wonach jeder Beteiligte ein Gesamtausgebot verlangen kann, gibt für die Zulässigkeit des Einzelausgebots jedes Miteigentumsanteils bei der Teilungsversteigerung nichts her.

23 5. Die Zurückweisung des Antrags der Beteiligten zu 1 auf das Einzelausgebot der beiden Miteigentumsanteile erfolgte somit zu Recht. Sie steht der Erteilung des Zuschlags an den Beteiligten zu 2 nicht entgegen.

24 IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Zwar scheidet im Zuschlagsbeschwerdeverfahren ein Ausspruch über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens aus, weil sich die Beteiligten des Zwangsversteigerungsverfahrens grundsätzlich nicht als Parteien im Sinne der Zivilprozessordnung gegenüberstehen. Etwas anderes gilt aber in Verfahren der Teilungsversteigerung, wenn sich - wie hier - Miteigentümer mit entgegengesetzten Interessen streiten (Senat, Beschl. v. 20. Juli 2006, V ZB 168/05, NJW-RR 2007, 143).

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Kurzfassungen/Leitsätze (KL) Teileigentum etc.

§§ 15, 22, 23 WEG; § 1004 BGB; § 12 FGG – Weitere Veränderung an faktisch zu duldender, unzulässiger baulicher Veränderung; Funkantenne auf einer Sondernutzungsfläche

1. Ein Wohnungseigentümer, der im Hinblick auf eine von ihm vorgenommene bauliche Veränderung (hier: Errichtung einer Funkantenne auf einer Sondernutzungsfläche) beseitigungspflichtig ist, aber aufgrund besonderer rechtlicher Gesichtspunkte (hier: Verjährung) von den übrigen Eigentümern auf diese Beseitigung nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, erlangt eine Rechtsposition nur dergestalt, dass die übrigen Eigentümer diesen Zustand faktisch dulden müssen.

2. Aus der Duldungspflicht kann der betreffende Eigentümer nicht das Recht ableiten, den erreichten Zustand hernach im Sinne einer Ausweitung des optischen Nachteils weiter zu verändern (hier: Austausch einiger Bauteile, durch die die Dimensionen der Anlage insgesamt nach Höhe und Durchmesser vergrößert werden); hierbei spielt es keine Rolle, ob die duldungspflichtige Anlage defekt ist, erneuert werden muss und baugleiche Antennenteile nicht mehr verfügbar sind.

3. Zu den Anforderungen an eine „Bestimmung“, wenn die Teilungserklärung die Gültigkeit eines Eigentümerbeschlusses davon abhängig macht, dass der Beschluss protokolliert und das Protokoll von zwei von der Eigentümerversammlung bestimmten Wohnungseigentümern zu unterzeichnen sei.

4. In Wohnungseigentumsverfahren nach altem Recht besteht eine Ermittlungspflicht des Gerichts weder bei plausiblen unbestrittenem Vortrag eines Beteiligten noch wenn ein Beteiligter durch Erklärungen oder die Vorlage von Beweismitteln seinem Interesse ohne Weiteres Geltung verschaffen kann.

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. 6. 2008 – I-3 Wx 217/07)

Hinw. d. Red.: Weitgehende Veröffentlichung zu 1.–3. in www.gmbbl.de 2009, 73.

KL-Mitteleiter: RiOLG von Wnuck-Lipinski, Düsseldorf.

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

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!

Wettbewerb

Internet – Umschau Oktober 2009
Rechtsanwalt Daniel Dingeldey, Berlin

Prof. Kleinwächter – Websperren sind von gestern

Wolfgang Kleinwächter, Professor für Internet-Politik und Regulierung an der Universität Aarhus, macht seinem Ärger Luft: in einem Essay für das Online-Magazin Telepolis verurteilt er Websperren als „Internetpolitik von Gestern“.

Die Empörung der Internet-Community über das von der Bundesregierung initiierte Zugangerschwerungsgesetz, das aus formalen Gründen nicht wie geplant zum 1. August 2009 in Kraft getreten ist, reißt nicht ab. Mit Wolfgang Kleinwächter hat sich erstmals ein renommierter Experte für Internet-Governance zum Thema geäußert. Laut Kleinwächter ist es nicht das Internet, das „das Böse“ in die Gesellschaft bringt, sondern es ist „das Böse in der Gesellschaft“, das sich nun auch den Weg ins Internet bahnt. Wer Probleme lösen wolle, müsse sich also um Verbrecher und Verbrechen kümmern, und nicht die Internetnutzer reglementieren. Für nationale Alleingänge sei allerdings kein Raum mehr, da Kriminelle den Cyberspace längst für sich nutzbar gemacht haben. Kleinwächter ruft daher dazu auf, neue Methoden und Instrumente zu entwickeln, um universellen Wertvorstellungen, Menschenwürde und Recht Geltung zu verschaffen.

Sodann kommt Kleinwächter auf sein Fachgebiet, die Internet-Governance. Dabei kritisiert er die Bundesregierung, die sich nach seiner Auffassung nie ernsthaft mit dieser Aufforderung nach mehr Kreativität befasst hat. Zum UN-Weltgipfel zur Informationsgesellschaft (WSIS) sei nur ein Staatssekretär aus dem Bundeswirtschaftsministerium gesandt worden; Mitglieder des deutschen Bundestages waren dort nicht gesehen. Entschieden wehrt sich Kleinwächter gegen die Behauptung, das Internet sei ein rechtsfreier Raum: „Was offline rechtswidrig ist, wird online nicht legal.“ Blickt man allein auf die unterschiedlichen Ausdifferenzierungen der Störerhaftung im Internet, vermag man in der Tat kaum den Schluss zu ziehen, das Internet sei rechtsfrei.

Mit der Mär vom Internet als rechtsfreiem Raum räumt auch Richard Wein, Geschäftsführer der österreichischen Domain-Verwaltung Nic.at, auf. In einem ausführlichen Interview für die presse.com wies Wein nochmals darauf hin, dass auch im Internet Gesetze und Reglementierungen gelten. Die Diskussion über Websperren und Kinderpornographie hält Wein für einen PR-Gag rechtzeitig zur Bundestagswahl: „Wir haben in Österreich keine Probleme in dem Bereich. Wenn solche Inhalte bei einem österreichischen Provider gefunden werden, dann genügt ein Anruf und nach 15 bis 20 Minuten ist dieser Content weg.“ Mit dem Angebot stopline.at betreibt Nic.at schon seit geraumer Zeit eine Meldestelle für Webseiten mit Kinderpornographie oder NS-Wiederbetätigung. Warum dies nicht auch in Deutschland möglich ist, konnte bisher nicht überzeugend beantwortet werden; das Zugangerschwerungsgesetz wird jedenfalls nicht dazu führen, dass Kinderpornographie aus dem Internet verschwindet.

Das Essay von Wolfgang Kleinwächter finden Sie unter:
<http://www.heise.de/tp/r4/artikel/30/30904/1.html>

Das Interview mit Richard Wein finden Sie unter:
<http://diepresse.com/home/techscience/501566/index.do?>

Pelikan-Domains – greift MarkenG vor Nutzung?

Das hanseatische Oberlandesgericht zu Hamburg sah sich im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens mit der Frage konfrontiert, ob markenrechtliche Ansprüche bestehen, noch

bevor eine Domain im geschäftlichen Verkehr genutzt wird (Beschluss vom 22. November 2008, Az.: 3 W 67/08). Grundsätzlich ist das nicht möglich, doch diesmal lag eine Ausnahme vor.

Die Antragstellerin und der Antragsgegner zu 2. tragen den gleichen Namen. Der Antragsgegner zu 1. ist Geschäftsführer einer Werbeagentur und hatte im Auftrag des Antragsgegners zu 2. die beiden Domains pelikan-und-partner.de und pelikan-und-partner.com registriert, und die letztgenannte Domain auf diesen bereits übertragen. Der Antragsgegner zu 2. ließ die Domains für die unter seinem Namen zu gründende Beratungsagentur registrieren, und war bereits Inhaber von pelikan-und-partner.de und pelikanundpartner.com. Die Antragstellerin meinte, in der Registrierung der Domains zeige sich die Absicht, diese im geschäftlichen Verkehr zu nutzen, womit eine Verletzung ihres berühmten Zeichens „Pelikan“ einhergehe. Streitgegenstand im Verhältnis zum Antragsgegner zu 2. war die drohende Benutzung der Domains im geschäftlichen Verkehr.

Das hOLG Hamburg schloss im Verhältnis zum Antragsgegner zu 2. einen markenrechtlichen Anspruch nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG von vornherein aus, da keine Inhalte unter den Domains zu finden waren und man nicht beurteilen könne, ob sie markenmäßig benutzt werden würden. Aber das Gericht sah die Wertschätzung und Unterscheidungskraft des Zeichens „Pelikan“ durch die Benutzung der Domains gefährdet (§ 15 Abs. 3 und 4 MarkenG). Bei „Pelikan“ handelt es sich um ein berühmtes Zeichen, welches von Nutzern überwiegend der Antragstellerin zugeordnet wird. Die Domains des Antragsgegners zu 2. sind zwar nicht identisch mit dem Zeichen „Pelikan“, aber durch dieses Zeichen werden die Domains geprägt, und der Zusatz „und Partner“ ist rein beschreibend. Nutzer würden diese Domains der Antragstellerin zuordnen und darunter ein Angebot von ihr erwarten. Anders sähe es aus, wenn der Antragsgegner seinen Vornamen hinzugesetzt hätte. Nach Ansicht des Gerichts liegt hier einer der seltenen Fälle vor, bei der, aufgrund der Berühmtheit des Zeichens, jede beabsichtigte Nutzung der Domains eine Rechtsverletzung wäre. Aufgrund dessen bestehe Erstbegehungsgefahr, die der Antragsteller zu recht gegen den Antragsgegner zu 2. geltend machen könne.

Sehr überraschend aber positiv zu werten ist die Einschätzung, die das Gericht im Hinblick auf die Haftung des Antragsgegners zu 1. macht: ihm gegenüber konstatierte das hOLG Hamburg keinerlei Ansprüche, da ihm keine Verpflichtung zur rechtlichen Prüfung oblag. Selbst nachdem er abgemahnt war, war ihm die Überprüfung der Sach- und Rechtslage nicht zumutbar. Das Gericht machte deutlich, dass es Sache des Gleichnamigen ist, das Risiko einer Auseinandersetzung auf sich zu nehmen oder sich von vornherein abzugrenzen.

Die Entscheidung des hOLG Hamburg findet man unter:
<http://aufrecht.de/6087.html>

Screen-scraping – OLG-Urteile im Widerspruch?

Zwei jüngere obergerichtliche Entscheidungen kommen bei Fragen des so genannten „screen-scrapings“, bei dem die Inhalte einer Webseite durch einen Dritten genutzt werden, um mit diesen Geschäfte zu machen, zu unterschiedlichen Ergebnissen. Allzuweit liegen beide Entscheidungen wohl nicht auseinander.

In beiden Fällen lasen Reisevermittler die Daten von Flugunternehmen auf deren Webseiten aus, um eigenen Kunden Flüge zu vermitteln, was unter der Bezeichnung „screen-scraping“ bekannt ist. Vor dem OLG Frankfurt/M (Urteil vom 05.03.2009, Az.: 6 U 221/08) wandte sich ein Flugreisenvermittler gegen eine Airline, weil diese behauptete, die Geschäfte des Reisevermittlers seien rechtswidrig und als gezielte Behinderung im Sinne von § 4 Nr. 10 UWG einzustufen. Hiergegen wandte sich der Reisevermittler erfolgreich: Das OLG Frankfurt sah keine Verletzung des virtuellen Hausrechts, kein wettbewerbswidri-

ges Handeln und keine Urheberrechtsverletzung seitens des Reisevermittlers. Dem Betreiber einer Internetseite stehe die Möglichkeit offen, so das Gericht, den Zugang zu seiner Seite durch technische Maßnahmen zu begrenzen, und den Zugriff auf deren Inhalt von dem vorherigen Abschluss eines Vertrages über die Nutzung abhängig zu machen. Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung wog nach Ansicht des Gerichts die Befriedigung des berechtigten Bedürfnisses der Verbraucher, kostengünstige Angebote zu finden, welches mit dem Angebot des Reisevermittlers einhergeht, schwerer, zumal so dem Flugunternehmen auch Kunden zugeführt würden.

Das OLG Hamburg (Urteil vom 28.05. 2009, Az: 3 U 191/08 [GuT 2009, 231 KL] kam in dem dort verhandelten Rechtsstreit allerdings zu einem ganz anderen Ergebnis: Hier ging ein Flugunternehmen im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens gegen einen Reisevermittler vor, der sich die Daten auf der Webseite des Flugunternehmens zu Nutze machte. Das OLG Hamburg meint, dass jeweils Verträge zwischen dem Reisevermittler und dem Flugunternehmen zustandekamen. Der Reisevermittler nahm die jeweilige Flugbuchung im eigenen Namen zu Gunsten des jeweils benannten Fluggastes vor, der typische Fall eines Vertrags zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB). Damit aber liege eine unlautere Mitbewerberbehinderung im Sinne von § 4 Nr. 10 UWG in Form eines Schleichbezugs vor. Unerheblich sei da, dass sich der Reisevermittler einer Internet Booking Machine zu Nutze machte, die alleine vom Endkunden bedient werde. Die Interessenabwägung fiel zu Gunsten der Airline aus, die Wert auf das Direktgeschäft lege und in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine kommerzielle Vermittlung ihres Angebotes ablehnt, was von der grundrechtlich geschützten unternehmerischen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) gedeckt sei.

Während das OLG Frankfurt davon ausgeht, dass das Screen-Scraping selbst dann erlaubt ist, wenn ein Flugunternehmen diesen Vertriebsweg nicht wünscht, sieht das hOLG Hamburg die Rechtslage zumindest dann anders, wenn die Daten zum kommerziellen Weiterverkauf genutzt werden. Die unterschiedliche Einschätzung beruht also wohl allein auf den unterschiedlichen Sachverhalten, die sich in der Auslegung der Vertragsverhältnisse kristallisiert: in der Frankfurter Entscheidung nahm man ein vermitteltes Direktgeschäft an, während man in Hamburg im Grunde von einem Weiterverkauf ausging.

Die Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. findet man unter: <http://www.jurpc.de/rechtspr/20090112.htm>

Die Entscheidung des hOLG Hamburg findet man unter: <http://www.domain-recht.de/verweis/148>

Vertipperdomains – Firmen schwächen sich selbst

Nach wie vor ist es nicht wirklich gut mit dem Domain-Management von Unternehmen bestellt. Vielfach werden offensichtliche Vertipperdomains nicht registriert. Und sind sie registriert, werden sie nicht ordentlich genutzt.

Nach wie vor geht für zahlreiche Unternehmen viel Traffic an Dritte verloren, die eine naheliegende Vertipperdomain registriert haben. Das ist im Grunde ärgerlich. Dabei muss man zwei Arten von Vertipperdomains unterscheiden: das Vertippen nach Lauten, und das auf der Tastatur. Wer unsicher ist, wie sich die Marke Volvo schreibt, kommt vielleicht auf die Idee, die Adresse volvo.de einzugeben - und landet schon auf einer Parkingseite. Hingegen kann man auch auf der Tastatur daneben greifen und okea.de tippen, statt den Namen eines unmöglichen Möbelhauses. Immerhin bekommt man dann aber feinste Antikmöbel geboten. Weitere Beispiele für den deutschen Raum sind sattorn.de, simens.de, spakassen.de, birkenstok.de, skaut.de und kommerzbank.de, um nur einige zu nennen. Selbst die deutsche Domain-Verwaltung Denic eG versäumte es, den Domain-Namen denik.de für sich zu registrieren.

Neben diesen Säumnissen gibt es aber auch rein technische Unzulänglichkeiten, die nicht sein müssten. So ist ein Automobilhersteller aus Zuffenhausen zwar Inhaber des Domain-Namens porsch.de, aber deren IT nicht in der Lage, für diese

Domain einfach eine Weiterleitung auf die eigentliche Webpräsenz einzurichten; vielmehr landet man im Internet Nirvana. Einem anderen Automobilhersteller aus Stuttgart geht es ähnlich mit der Domain mercedes.de. Gleiches gilt für den Giro- und Sparkassenverband, der zwar die Domain sparkase.de hält, aber nicht konnektiert und auch keine Weiterleitung eingerichtet hat.

Als positive Beispiele guten Domain-Managements lassen sich hingegen die Inhaber von volks-wagen.de, phillips.de sowie deutsch-bank.de sowie scout24.de nennen. Alle diese Domains leiten unverzüglich auf die jeweilige Hauptinternetpräsenz weiter, so dass Nutzer beziehungsweise potentielle Kunden nahtlos an das angepeilte Ziel weitergereicht werden.

Alles in allem verblüfft es nach wie vor, dass nach all den Jahren, in denen das Internet nicht nur salonfähig, sondern zur Pflicht geworden ist, erhebliche Mängel beim Domain-Management von Unternehmen auftreten, und wichtige Vertipper-Domains nicht in das eigene Domain-Portfolio aufgenommen wurden.

wwwmoebel.de – Vertipperdomain setzt sich durch

Das Landgericht Hamburg durfte sich mit der Frage beschäftigen, inwieweit die Vertipperdomain wwwmoebel.de die möglicherweise bestehenden Rechte der Inhaberin von moebel.de verletzt (Urteil vom 16.07. 2009, Az.: 327 O 117/09). Bei allgemeinen Begriffen ist das so eine Sache, die nicht unbedingt zu Gunsten der korrekten Domain ausfallen muss.

Die Klägerin firmiert als „Möbel.de [...] AG“ und betreibt seit dem Jahr 2000 unter moebel.de ein Möbel-Portal. Sie nimmt den Beklagten wegen der Nutzung der Domain wwwmoebel.de auf Unterlassung in Anspruch, wobei sie sich auf Kennzeichen- und Wettbewerbsrecht stützt (§§ 15, 5 MarkenG und § 4 Ziffer 10 UWG). Unter wwwmoebel.de bot der Beklagte Kontakte zur innenarchitektonischen Beratung unter der Überschrift „Architektur und Wohnen“ an. Die Klägerin, die der Ansicht ist, ihr eigenes Zeichen „möbel.de“ habe Verkehrsgeltung erlangt, verlangt vom Beklagten, es zu unterlassen, wwwmoebel.de zu registrieren oder registrieren zu lassen, aufrechtzuerhalten oder aufrechterhalten zu lassen und/oder zu übertragen oder übertragen zu lassen und/oder zu benutzen oder benutzen zu lassen.

Das Landgericht Hamburg wies die Klage zurück. Die Frage der Schutzfähigkeit von moebel.de als Unternehmenskennzeichen der Klägerin ließ das Gericht offen, es zweifelte aber bereits an der Unterscheidungskraft. Den Kennzeichenschutz aufgrund Verkehrsgeltung lehnte es ab, da der Vortrag der Klägerin ohne Substanz war: bei der angegebenen Zahl der monatlichen Nutzer des Portals sei schon nicht nachvollziehbar, wie diese ermittelt worden sei. Noch weniger sei aber klar, ob die Nutzer mit moebel.de die Klägerin identifizierten oder sich lediglich vom Begriff als solchen leiten ließen. Letztlich ging das Gericht aber davon aus, der Beklagte nutze wwwmoebel.de nicht so, dass kennzeichenrechtlich relevante Verwechslungen mit dem Zeichen „möbel.de“ hervorgerufen würden. Unter „moebel“ in der Domain „wwwmoebel.de“ würden die Nutzer lediglich einen Hinweis auf die Inhalte unter der Domain sehen, aber keinen Herkunftshinweis. Letztendlich besteht aus Sicht des Landgerichts auch keine Verwechslungsgefahr, weil das Zeichen zu geringe Kennzeichnungskraft habe und die Angebote jeweils ausreichend von einander abwichen.

Im Hinblick auf wettbewerbsrechtliche Ansprüche sah das LG Hamburg durchaus ein konkretes Wettbewerbsverhältnis, erkennt aber keine zielgerichtete Behinderungshandlung seitens des Beklagten (§ 4 Ziffer 10 UWG). Es unterstellte zwar, der Beklagte habe die Domain wwwmoebel.de ausgewählt, weil so Nutzer, die den Punkt zwischen „www“ und „moebel.de“ vergessen, auf seine Seite gelangen. Es sei jedoch nicht erkennbar, dass sich dies gezielt gegen die Klägerin richtete. Die Klägerin müsse es hinnehmen, wenn ihre Wettbewerber ähnliche – ebenfalls beschreibende – Domains verwendeten, da die von ihr gewählte Domain stark beschreibend sei.

Das Urteil des LG Hamburg findet man unter: <http://www.domain-recht.de/verweis/152>

AG Frankfurt/M. – Domain als Firma irreführend?

Ist die Verwendung einer generischen Domain in der Firma einer Gesellschaft unzulässig, weil sie nicht unterscheidungskräftig ist und in die Irre führt? Mit diesem Problem musste sich das Amtsgericht Frankfurt in einer domainrechtlichen Entscheidung auseinandersetzen (Az. 72 AR 74/09).

Christoph Schmitt aus Dreieich ist seit neun Jahren Inhaber der Domain tagesgeldkonto.de. Er nutzt sie als unabhängiges Finanzportal für Tagesgeld. Im Zuge der Reform des GmbH-Rechts entschloss er sich Anfang des Jahres 2009, eine so genannte Unternehmersgesellschaft (UG) zu gründen, einer Unterform der klassischen GmbH. Als er die Gesellschaft unter der handelsrechtlichen Firma tagesgeldkonto.de UG (haftungsbeschränkt) beim Amtsgericht Frankfurt am Main eintragen lassen wollte, meldete die Industrie- und Handelskammer (IHK) Frankfurt am Main Bedenken an; ihrer Ansicht nach fehle es der Firma tagesgeldkonto.de an Unterscheidungskraft, der Zusatz „.de“ stelle keinen individualisierenden Zusatz dar. Wie uns die IHK auf Nachfrage mitteilte, seien etwa die Entscheidung des LG Köln zu brillenshop.de GmbH sowie parallel gelagerte markenrechtliche Entscheidungen vom OLG Dresden zu kettenzuege.de und dem LG Erfurt zu deutsche-anwalshotline.de aus den Jahren 2006 und 2005 zu berücksichtigen. Obwohl Schmitt daraufhin Gegenbeispiele wie die Hotel.de AG ins Feld führte, hielt die IHK an ihrer Ansicht fest, und führte zudem den Aspekt der „Irreführung“ nach § 18 Abs. 2 HGB ins Feld. Wie Schmitt in einer Presseerklärung mitteilt, habe die IHK ausgeführt, dass viele angesprochene Verkehrskreise davon ausgehen würden, dass es sich bei einem solchen Unternehmen um eines mit besonderen Möglichkeiten im Bereich der Geldanlage als Tageskonten handelt; der Name erwecke den Eindruck, dass Bankgeschäfte getätigt werden. Sobald man die Internetseite aufruft, bemerkt man als Kunde den Irrtum.

Das Amtsgericht Frankfurt am Main vermochte dem nicht zu folgen. Nach Ansicht des Gerichts ist die Firma unterscheidungskräftig und nicht irreführend im Sinne von § 18 Abs. 1 und 2 HGB. Zwar fehlt bei reinen Gattungsbezeichnungen die Unterscheidungskraft; durch individualisierende Zusätze könne sie jedoch wieder hergestellt werden, was vorliegend durch die Top Level Domain „.de“ geschehe. Der Verweis auf eine Internetseite individualisiere die Gesellschaft nach Einschätzung des Amtsgerichts sogar sehr gut, weil die betroffenen Rechtskreise durch bloßes Lesen der Firma erfahren, was die Gesellschaft genau tut, und wo und wie sie leicht zusätzliche Informationen über das Unternehmen bekommen können. Die Firma sei auch nicht irreführend; dass Unternehmen, nur weil die Webseite sich mit Tagesgeld befasst, selbst Finanzdienstleistungen anbieten, wird nach Auffassung des Gerichts von den betroffenen Verkehrskreisen nicht angenommen. Der Begriff „Konto“ ist bankenaufsichtsrechtlich nicht geschützt, womit der Gesetzgeber erkennen lässt, dass er die Verwendung dieses Begriffs nicht als Hinweis auf Tätigkeiten im Sinne des Kreditwesengesetzes versteht. Auf diesen Standpunkt hat sich auf telefonische Nachfrage des Gerichts auch die Bundesbank gestellt.

Die IHK erhielt sodann Gelegenheit, zu diesen Ausführungen bis 15. Juli 2009 Stellung zu nehmen und Widerspruch gegen die beabsichtigte Eintragung einzulegen. Wie Schmitt mitteilt und die IHK auf unsere Nachfrage unbestritten ließ, machte sie hiervon keinen Gebrauch, so dass die Gesellschaft mittlerweile unter der Firma tagesgeldkonto.de UG (haftungsbeschränkt) und der HRB 85976 zur Eintragung gelangt ist.

OLG Hamm – Meinungsfreiheit kontra Forenhaftung

Das Oberlandesgericht Hamm zeigt sich in einem aktuellen Urteil tolerant bei der Frage, inwieweit der Forenbetreiber für Inhalte seines Forums haftet, von denen die anspruchstellende Partei meinte, es handele sich um eine Aufforderung, Straftaten zu begehen (Urteil vom 03.05.2009, Az.: 3 U 9/09).

Klägerin ist eine Modefirma, die unter anderem Artikel vertreibt, in denen Pelze verarbeitet sind. Der Beklagte betreibt ein Forum der Tierrechtsbewegung, in dem er über die diversen Aktionen in der gesamten Szene der Tierrechtsbewegung berichtet und sich grundsätzlich zum Kampf für Tierrechte bekennt. Thema im Forum war auch die Klägerin, die in einer Anti-Pelz-Kampagne angegangen wird. Der Beklagte veröffentlichte zumindest in der Vergangenheit im Forum Termine zu teilweise strafrechtlich relevanten Aktionen; er unterstützt auch so genannte autonome Tierrechtler, etwa durch die Übernahme von Rechtshilfekosten. Die Anspruchstellerin meinte, letztendlich fordere der Forumsbetreiber zu Straftaten auf. Mit einer einstweiligen Verfügung gegen den Forumsbetreiber hatte die Klägerin zunächst vollumfänglich Erfolg. Im Widerspruchsverfahren schränkte das Landgericht Münster (Urteil vom 26.11.2008, Az.: 11 O 405/07) die Verfügung etwas ein, untersagte dem Forenbetreiber aber nichtsdestotrotz die Berichterstattung. Der Forenbetreiber ging in Berufung.

Das zuständige OLG Hamm hob die einstweilige Verfügung vom 18.12.2007 des LG Münster insgesamt auf und wies den Antrag auf ihren Erlass gänzlich ab (Urteil vom 03.05.2009, Az.: 3 U 9/09). Zunächst sei der Tenor der Entscheidung des LG Münster nicht hinreichend konkret, da nicht erkennbar sei, was der Forenbetreiber im Rahmen seiner Meinungsfreiheit nun berichten dürfe und was nicht. Aber auch der Antrag der Klägerin sei in der vorliegenden Form nicht zulässig. Aber auch inhaltlich war das OLG Hamm mit der Vorentscheidung nicht einverstanden: Das OLG Hamm konnte wie das LG Münster dem Gesamtkontext der Berichterstattung keine rechtlich erhebliche öffentliche Aufforderung zu Straftaten entnehmen. Der Beklagte missbillige das Vorgehen der Klägerin und sympathisiere mit Tierschützern und deren teilweise strafrelevanten Handeln, dies aber sei kein unmittelbarer Aufruf zu einer konkret eingrenzenden Straftat. Auch eine rechtlich relevante mittelbare Aufforderung zum Boykott ergab sich aus Sicht des Gerichts nicht, da der Beklagte keine wirtschaftlichen Eigeninteressen verfolge. Das OLG Hamm nahm eine umfassende Abwägung der Interessen beider Parteien vor und kam zu dem Ergebnis, dass die Meinungsfreiheit des Beklagten als Tierschützer Vorrang habe, da lediglich ein bloßer Aufruf zum Boykott mit legalen Mitteln in Rede stehe; irgendwelchen Druck auf die Besucher der Internetpräsenz, sich an den Boykottmaßnahmen zu beteiligen, übe der Beklagte nicht aus. Auch die Berichterstattung und sonstige Darstellung seitens des Beklagten, die sich gerade nicht einer konkreten und speziell angreifbaren Aufforderung zu bestimmten Taten bedient, stelle sich nicht als so massiv und nachhaltig gegen die Belange der Verfügungsklägerin gerichtet dar, als dass dies eine Einschränkung der Meinungsfreiheit rechtfertige.

Das Urteil des OLG Hamm findet man unter: <http://www.domain-recht.de/verweis/159>

Buchtipps – Neuauflage des Skriptum Internetrecht

Das Standardwerk zum Internetrecht von Prof. Dr. Thomas Hoeren, Leiter des Instituts für Informations-, Telekommunikations und Medienrecht der Universität Münster, das „Skriptum Internetrecht“, ist vor wenigen Tagen in neuer Auflage erschienen und steht zum Gratisdownload bereit.

Auf nun 556 Seiten gibt Prof. Dr. Thomas Hoeren in bekannter Struktur einen grundsätzlichen Überblick über das Internetrecht. Inhaltlich ist das Werk auf dem Stand September 2009, aktuelle Entscheidungen und Meinungen wurden hinzugefügt. Wesentliche Änderungen sind nach einem ersten Blick in das Kompendium nicht zu verzeichnen.

Das Manuskript steht zum kostenlosen Download zur Verfügung. Damit mag es zwar gratis sein, umsonst sollten die Bemühungen aber nicht sein: wem der Inhalt zusagt und wer auch die künftige Arbeit des Instituts unterstützen will, sollte die Möglichkeit einer freiwilligen Spende in beliebiger Höhe auf das angegebene Konto nutzen.

Das Skriptum Internetrecht finden Sie in der Rubrik „Materialien“ oder „Aktuell“ zum Herunterladen unter:
<http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/Hoeren>
[mailto: dingeldey@domainrecht.de](mailto:dingeldey@domainrecht.de)
[mailto: RA@daniel-dingeldey.de](mailto:RA@daniel-dingeldey.de)

§ 823 BGB

Pacht einer Domain; Haftung des Verpächters für Äußerungen des Pächters auf der Website

Zur Haftung des Verpächters einer Domain für Äußerungen auf der von seinem Pächter betriebenen Website.

(BGH, Urteil vom 30. 6. 2009 – VI ZR 210/08)

1 **Zum Sachverhalt:** Der Kläger macht einen Anspruch auf Unterlassung unwahrer Äußerungen geltend, die Teil eines Beitrags waren, der ab 12. Juni 2007 im Internet abrufbar war. Die Beklagte verlegt das Nachrichtenmagazin „Focus“. Sie ist als Inhaber der Domain „focus.de“ eingetragen, welche die Tomorrow Focus AG gepachtet hat. Deren Website mit dem Nachrichtendienst „Focus online“ ist unter der Adresse <http://www.focus.de> erreichbar.

2 Im Impressum dieser Internetseite heißt es: „FOCUS ONLINE ist ein Angebot der TOMORROW FOCUS AG, Geschäftsbereich Portal. Für die Seiten des FOCUS-Magazins (<http://focus.de/magazin> mit allen Unterseiten) ist Diensteanbieter jedoch die FOCUS Magazin Verlag GmbH“. Artikel, die in dem genannten Magazin erscheinen, sind unter www.focus.de/magazin abrufbar.

3 Der Artikel, der Gegenstand der Klage ist, wurde von einer Journalistin verfasst, die bei dem von der Beklagten verlegten Magazin tätig ist. Er stand jedoch nicht in dem Magazin und wurde nicht unter www.focus.de/magazin, sondern im Online-Nachrichtendienst der Tomorrow Focus AG veröffentlicht.

4 Die Beklagte erlangte durch Abmahnschreiben des Klägers vom 24. und 27. August 2007 Kenntnis von dem Beitrag. Sie leitete die Schreiben an die Tomorrow Focus AG weiter. Diese löschte den Beitrag und gab eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, was die Beklagte verweigerte.

5 Das Landgericht Hamburg hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht [OLG Hamburg] hat sie abgewiesen und die Revision zugelassen, mit der der Kläger weiterhin die Verurteilung der Beklagten erstrebt.

6 Aus den Gründen: I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts haftet die Beklagte weder als Täter noch als Störer für den Inhalt der Äußerungen. Eine Täterhaftung als Verbreiterin komme nicht in Betracht, weil die Beklagte den Beitrag nicht selbst ins Netz gestellt und von ihm keine Kenntnis gehabt habe. Sie müsse für die Verfasserin nicht einstehen, weil diese zwar bei ihr beschäftigt, aber in Bezug auf den Beitrag nur für die Tomorrow Focus AG tätig gewesen sei.

7 Die Beklagte hafte auch nicht deshalb für den Inhalt aller Beiträge auf der Internetseite www.focus.de, weil sich auf der Titelseite des von ihr verlegten Nachrichtenmagazins ein Hinweis auf die Domain „focus.de“ befände. Dieser Hinweis erleichtere zwar dem Leser des Magazins das Auffinden der Website, mit ihm mache sich jedoch die Beklagte nicht deren Inhalt zu eigen, auch wenn die Beklagte und die Tomorrow Focus AG mit personellen Überschneidungen dem gleichen Konzern angehörten.

8 Zwar erbringe die Beklagte mit der Überlassung der Domain einen wesentlichen Beitrag zur Nutzung der Internetseite und komme somit als Störerin in Betracht. Sie habe die Möglichkeit, sich vertraglich Einfluss auf den Inhalt der Internetseite vorzubehalten oder durch Aufgabe der Domain oder Dekonkretisierung des Access-Providers den Internetauftritt von der Domain zu trennen. Ihre Haftung setze aber die zusätzliche Verletzung von Pflichten voraus. Sie müsse nach Hinweis die Unterbindung des Beitrags veranlassen und Vorsorge treffen, dass

es zu keinen erneuten Eingriffen in Rechte des Klägers komme. Eine weitergehende Prüfungs- und Überwachungspflicht bestehe nur, wenn sie konkret mit solchen Eingriffen rechnen müsse. Das sei nicht der Fall gewesen. Da sie unverzüglich die Löschung des Beitrages bewirkt habe, hafte sie nicht.

9 II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision stand. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Unterlassung.

10 Ein Unterlassungsanspruch ergibt sich unabhängig davon, ob die Beklagte Diensteanbieter gemäß § 2 Satz 1 Nr. 1 TMG ist, nicht aus den Vorschriften über die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern im Telemediengesetz (TMG). Die §§ 7 bis 10 TMG weisen nämlich keinen haftungsbegründenden Charakter auf und enthalten keine Anspruchsgrundlagen, sondern setzen eine Verantwortlichkeit nach allgemeinen Vorschriften des Zivil- oder Strafrechts voraus (Senat, Urteil vom 27. März 2007 - VI ZR 101/06 - VersR 2007, 1004 sowie BGHZ 158, 236, 246 ff.; 172, 119, 126). Eine nach den allgemeinen Vorschriften mögliche Haftung entsprechend § 1004 Abs. 1 Satz 2, § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG hat das Berufungsgericht zu Recht verneint.

11 1. Das Berufungsgericht hat seiner Beurteilung zugrunde gelegt, dass die vom Kläger angegriffenen Äußerungen unwahr sind und in sein Allgemeines Persönlichkeitsrecht eingreifen. Das rügen die Parteien im Revisionsverfahren nicht.

12 2. Davon ausgehend kann eine Störereigenschaft der Beklagten hinsichtlich eines eventuellen Unterlassungsanspruchs wegen ihres Beitrags zur Verbreitung der beanstandeten Äußerung im Online-Nachrichtendienst der Tomorrow Focus AG nicht von vornherein verneint werden. Soweit die Revision meint, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts habe die Beklagte das Persönlichkeitsrecht des Klägers nicht nur als Störerin sondern als Täterin verletzt, kommt es auf eine solche Unterscheidung bei dem geltend gemachten Unterlassungsanspruch nicht an.

13 a) Als Störer im Sinne von § 1004 BGB ist - ohne Rücksicht darauf, ob ihn ein Verschulden trifft - jeder anzusehen, der die Störung herbeigeführt hat oder dessen Verhalten eine Beeinträchtigung befürchten lässt. Sind bei einer Beeinträchtigung mehrere Personen beteiligt, so kommt es für die Frage, ob ein Unterlassungsanspruch gegeben ist, grundsätzlich nicht auf Art und Umfang des Tatbeitrags oder auf das Interesse des einzelnen Beteiligten an der Verwirklichung der Störung an. Im Allgemeinen ist ohne Belang, ob er sonst nach der Art seines Tatbeitrags als Täter oder Gehilfe anzusehen wäre (vgl. Senat, Urteile vom 3. Februar 1976 - VI ZR 23/72 - GRUR 1977, 114, 115; vom 27. Mai 1986 - VI ZR 169/85 - VersR 1986, 1075, 1076; vom 9. Dezember 2003 - VI ZR 373/02 - VersR 2004, 522, 524). Als (Mit-)Störer kann auch jeder haften, der in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung der rechtswidrigen Beeinträchtigung mitgewirkt hat, wobei als Mitwirkung auch die Unterstützung oder die Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten genügt, sofern der in Anspruch Genommene die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte. Dem negatorischen Unterlassungsbegehren steht nicht entgegen, dass dem in Anspruch Genommenen die Kenntnis der die Tatbestandsmäßigkeit und die Rechtswidrigkeit begründenden Umstände fehlt. Ebenso ist Verschulden nicht erforderlich (vgl. Senat, Urteil vom 9. Dezember 2003 - VI ZR 373/02 - aaO m.w.N.). Deshalb kann etwa im Presserecht der Unterlassungsanspruch nicht nur gegen Autor und Verleger gerichtet werden (vgl. BGHZ 3, 270, 275 f.; 14, 163, 173 ff.), sondern auch gegen so genannte technische Verbreiter, wie Grossisten, Inhaber von Vertriebsstellen oder Buchhandlungen (vgl. Senat, Urteil vom 3. Februar 1976 - VI ZR 23/72 - aaO, S. 116; Beater, Medienrecht <2007>, Rn. 1927 ff.).

14 Soweit in der neueren Rechtsprechung eine gewisse Zurückhaltung gegenüber dem Institut der Störerhaftung zum Ausdruck kommt und erwogen wird, die Passivlegitimation für

den Unterlassungsanspruch allein nach deliktsrechtlichen Kategorien der Täterschaft und Teilnahme zu begründen (vgl. BGHZ 155, 189, 194 f.; 173, 188, 194 ff. [= GuT 2007, 327 KL]; BGH, Urteil vom 15. Mai 2003 - I ZR 292/00 - GRUR 2003, 969, 970), betrifft dies Fälle, in denen anders als beim Allgemeinen Persönlichkeitsrecht keine Verletzung eines absoluten Rechts in Rede steht (BGHZ 158, 236, 251; 172, 119, 132; BGH, Urteil vom 30. April 2008 - I ZR 73/05 - GRUR 2008, 702, 706; KG, MMR 2006, 393, 394; Spindler/Weber in Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien <2008>, § 1004 BGB Rn. 10).

15 b) Die Beklagte hat dadurch zur Verbreitung der Äußerungen beigetragen, dass sie die Nutzung ihrer Domain „focus.de“ vertraglich der Tomorrow Focus AG überlassen hat (Domainpacht, vgl. Kilian/Heussen-Koch, Computerrechtshandbuch, Stand: 26. Lfg. 2008, Kap. 24 Rn. 276 ff.; Förster in Schwarz/Peschel-Mehner, Recht im Internet, Stand: 22. Lfg. 2009, Kap. 7-A, Teil 3.1 Rn. 1 ff.; Seifert, Das Recht der Domainnamen <2003>, Kap. 10 Rn. 14 ff.). Deren Website mit dem Nachrichtendienst „Focus online“ konnte dadurch unter der den Domainnamen enthaltenden Adresse <http://www.focus.de> aufgerufen werden, was die praktische Nutzung erleichtert (zur Abgrenzung von Domain und Website vgl. OGH, MMR 2006, 669, 670).

16 Ebenso wie der Vermieter neben dem Mieter kann auch der Verpächter neben dem Pächter grundsätzlich als Störer in Anspruch genommen werden (vgl. BGHZ 95, 307, 308 [= WuM 1986, 69]; 129, 329, 335 [= WuM 1995, 447]; BGH, Urteil vom 11. November 1966 - V ZR 191/63 - NJW 1967, 246; Jauernig, BGB, 12. Aufl., § 1004 Rn. 18). Das Berufungsgericht hat zu Recht ausgeführt, dass die Beklagte als Domaininhaberin mit dem Betreiber der mit der verpachteten Domain verknüpften Website vertraglich verbunden ist und die Möglichkeit hat, sich durch entsprechende Vertragsgestaltung den Einfluss auf die Internetseite vorzubehalten und diesen Einfluss im Falle der Verletzung der Rechte Dritter auszuüben, wie im Streitfall geschehen. Außerdem hat es darauf verwiesen, dass im äußersten Fall die Möglichkeit der Trennung von Domain und Website besteht (vgl. Kilian/Heussen-Koch, aaO, Kap. 24 Rn. 317, 334).

17 c) Der weite Kreis der als Verbreiter möglicherweise auf Unterlassung Haftenden erfährt durch das TMG keine Begrenzung. Haftungsbeschränkungen wie § 10 TMG, die eine Art „Filterfunktion“ haben (vgl. BT-Drs. 14/6098, S. 23), gelten nicht für Unterlassungsansprüche (Senat, Urteile vom 27. März 2007 - VI ZR 101/06 - aaO, 1004 f. sowie BGHZ 172, 119, 126; so schon zum TDG BGHZ 158, 236, 246 ff.).

18 3. a) Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, dass sich die Frage nach der Zumutbarkeit der begehrten Unterlassung stellt (vgl. Senat, BGHZ 106, 229, 235; Urteil vom 3. Februar 1976 - VI ZR 23/72 - aaO, 116). Die Störerhaftung darf nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden, die nicht selbst den Eingriff vorgenommen haben. Die Haftung des Störers setzt deshalb das Bestehen so genannter Prüfungspflichten voraus. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist (vgl. BGH, BGHZ 158, 236, 251; 158, 343, 350; 172, 119, 131 f.; BGH, Urteil vom 30. April 2008 - I ZR 73/05 - GRUR 2008, 702, 706; Wegner in Götting/Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts <2008>, § 32 Rn. 26 ff.; v. Hutten in Götting/Schertz/Seitz, aaO, § 47 Rn. 62). Dabei können Funktion und Aufgabenstellung des als Störer in Anspruch genommenen Dritten und die Eigenverantwortung des unmittelbar Handelnden eine Rolle spielen (BGHZ 148, 13, 18 f.; 158, 343, 350; vgl. auch Spindler/Volkman, WRP 2003, 1, 8 ff.).

19 b) Die Revision meint zu Unrecht, diese Grundsätze fänden keine Anwendung, weil die Beklagte sich die angegriffenen Äußerungen zu Eigen gemacht habe. Sie sei deshalb kein mittelbarer, sondern unmittelbarer Störer (vgl. Spindler/Volkman, WRP 2008, 1) und Diensteanbieter eigener Informationen gemäß § 7 Abs. 1 TMG (vgl. BT-Drs. 14/6098, S. 23; Heck-

mann in juris PKInternetrecht, Kap. 1.7 Rn. 11 ff.; Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl., B Rn. 1141 ff. und 1282; Roggenkamp, jurisPR-ITR 10/2008 Anm. 4). Der Verbreiter macht sich eine fremde Äußerung aber nur zu Eigen, wenn er sich mit ihr identifiziert, so dass sie als seine eigene erscheint. Bei der Bejahung einer solchen Identifikation mit der Äußerung eines Anderen ist grundsätzlich Zurückhaltung geboten (vgl. Senat, BGHZ 66, 182, 189 f.). Die Beklagte macht sich Äußerungen, die unter <http://www.focus.de> abrufbar sind, nicht schon durch Verpachtung der Domain oder alleine dadurch zu Eigen, dass auf dem Titelblatt des von ihr verlegten Nachrichtenmagazins „Focus“ die Domain wiedergegeben wird (anders OLG Hamburg, GRUR-RR 2004, 82, 84). Dieser Hinweis soll vielmehr dem Leser des Nachrichtenmagazins aufzeigen, unter welcher Domain er im Magazin erschienene Artikel im Internet aufrufen kann, nämlich unter www.focus.de/magazin, worauf im Impressum der Internetseite hingewiesen wird.

20 4. Die entscheidungserhebliche Frage nach der Zumutbarkeit von Prüfungspflichten hat das Berufungsgericht zutreffend beantwortet.

21 a) Der Beklagten ist als Domainverpächterin nicht zuzumuten, die Website ihres Pächters allgemein dahingehend zu prüfen, ob sie Äußerungen enthält, die das Persönlichkeitsrecht anderer verletzen. Demgemäß trifft den (bloßen) Inhaber der Domain grundsätzlich keine Haftung für Rechtsverletzungen, die durch den Inhalt der Website begangen werden (ebenso OGH, MMR 2006, 669 f.).

22 aa) Allgemeine Prüfungspflichten hat der Bundesgerichtshof für den Alleinimporteur einer ausländischen Zeitschrift in Bezug auf dort abgedruckte, das Persönlichkeitsrecht Dritter verletzende Beiträge verneint (Senat, Urteil vom 3. Februar 1976 - VI ZR 23/72 - aaO, 116), ebenso für den Spediteur in Bezug auf verletzende Kennzeichnungen der von ihm verbreiteten Waren (BGH, Urteil vom 15. Januar 1957 - I ZR 56/55 - GRUR 1957, 352, 354) oder für den Betreiber eines Internetauktionshauses in Bezug auf Angebote von Nutzern, die Markenrechte verletzen (vgl. BGHZ 158, 236, 251 f.; 172, 119, 133 f.; BGH, Urteil vom 30. April 2008 - I ZR 73/05 - aaO).

23 Entsprechendes gilt für die Beklagte als Domainverpächterin, jedenfalls dann, wenn sie keine konkreten Anhaltspunkte für (drohende) Rechtsverletzungen hat. Letzteres bejaht die Revision zwar mit der Erwägung, der Nachrichtendienst „Focus Online“ stelle eine „Gefahrenquelle“ dar, weil es durch die Medien immer wieder zu Verletzungen des Persönlichkeitsrechts komme. Diese allgemeine Erwägung begründet aber keine konkreten Anhaltspunkte, die geeignet wären, die Zumutbarkeit von Prüfungspflichten zu bejahen. Nicht zu überzeugen vermag der Einwand, es gehe nicht um die vom Bundesgerichtshof als unzumutbar abgelehnte Prüfung von Angeboten, die eine Vielzahl von Nutzern eines Internetauktionsdienstes auf dessen Website einstellen (vgl. BGHZ 158, 236, 251 f.), sondern nur um die Prüfung von Beiträgen des Pächters der Domain. Für die Unzumutbarkeit spricht hier die Anzahl der zu überprüfenden Beiträge, die bei einem umfangreichen Nachrichtendienst wie „Focus Online“ beträchtlich ist. Zudem werden die Beiträge im Gegensatz zu Printpublikationen ständig („in Echtzeit“) aktualisiert, so dass schon deswegen keine gleich wirksamen Überprüfungen erfolgen können (vgl. Spindler/Weber, aaO, § 1004 BGB Rn. 9).

24 bb) Zwar können, worauf die Revision abstellt, einen Verleger als „Herr der Zeitung“ (Senat, BGHZ 39, 124, 129; Urteile vom 4. Juni 1974 - VI ZR 68/73 - VersR 1974, 1080; vom 27. Mai 1986 - VI ZR 169/85 - aaO, 1076) oder einen Rundfunkveranstalter als „Herr der Sendung“ (Senat, BGHZ 66, 182, 187) allgemeine Prüfungspflichten treffen (vgl. Senat, Urteile vom 19. März 1957 - VI ZR 263/55 - NJW 1957, 1149, 1150; vom 8. Juli 1980 - VI ZR 158/78 - GRUR 1980, 1099, 1104). Da er die Herstellung und Verbreitung redaktioneller Beiträge mit sachlichen und persönlichen Mitteln ermöglicht, soll er als wirtschaftlicher Träger das Haftungsrisiko tragen (Soehring,

Presserecht, 3. Aufl., Rn. 28. 2; v. Hutten, aaO, § 47 Rn. 21). Deshalb bestehen für ihn auch Prüfungspflichten, allerdings in reduzierter Form, wenn es um „fremde“ Inhalte geht (vgl. Senat, BGHZ 59, 76, 80; Urteil vom 27. Mai 1986 - VI ZR 169/85 - aaO, 1077).

25 Die Beklagte hatte aber allein durch die Verpachtung der Domain nicht die Stellung eines Verlegers inne. Es ist nicht ersichtlich, dass sie auch „Herr des Angebots“ von „Focus online“ war, und die vom Berufungsgericht festgestellte „gemeinsame Konzernstruktur“ - die Beklagte und die Tomorrow Focus AG gehören jeweils der Hubert Burda Media Holding GmbH & Co KG an - der Verschiebung oder Verschleierung von Verantwortlichkeiten diene.

26 Entgegen der Auffassung der Revision entstand auch nicht der Anschein, die Beklagte sei „Herr des Angebots“. Dagegen spricht das Impressum des elektronischen Informationsdienstes (vgl. § 5 TMG), in dem es im August 2007 hieß: „Focus online ist ein Angebot der Tomorrow Focus AG, Geschäftsbereich Portal. Für die Seiten des Focus-Magazins (<http://focus.de/magazin> mit allen Unterseiten) ist Diensteanbieter jedoch <die Beklagte>“. Dies gilt umso mehr, weil anschließend die Tomorrow Focus AG nochmals als „Anbieter des Gesamtangebots außer <http://focus.de/magazin> mit Unterseiten“ und die Beklagte als „Anbieter für die Seiten unter <http://focus.de/magazin>“ bezeichnet wurde. Dadurch entsteht bei Beiträgen, die wie hier nicht unter <http://focus.de/magazin> abrufbar waren, nicht der Anschein, die Beklagte sei „Herr des Angebots“. Dies gilt auch, soweit die Revision darauf verweist, dass der Name des von der Beklagten verlegten Nachrichtenmagazins („Focus“) teilweise mit dem des über die URL www.focus.de erreichbaren Online-Nachrichtendienstes („Focus online“) übereinstimmt und die URL auf dem Titelblatt des Nachrichtenmagazins genannt wird. Daran ändert nichts, dass im Impressum des Jahres 2006 als Diensteanbieter allein die Tomorrow Focus AG und im Impressum des Jahres 2007 mit dem Zusatz „Copyright (c) 2007 by Focus Online GmbH“ noch eine dritte juristische Person genannt wurde. Schließlich führt auch der Umstand nicht zu einer Haftung, dass der Beitrag von einer bei der Beklagten angestellten Autorin stammte, die im Beitrag als „Focus-Redakteurin“ bezeichnet und im Impressum des Nachrichtenmagazins, nicht aber im „Impressum Focus online“ aufgeführt war. Die Beklagte haftet grundsätzlich nicht für Beiträge, die ihre Autoren außerhalb des von ihr verlegten Nachrichtenmagazins veröffentlichen.

27 b) Der Beklagten war allerdings zuzumuten, die Website ihres Pächters zu prüfen, als sie von den konkreten Äußerungen, die das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers beeinträchtigten, Kenntnis erlangte. Insoweit sind - jedenfalls wenn wie hier die Äußerungen unstreitig unwahr waren - keine aufwändigen Nachforschungen erforderlich (vgl. Senat, Urteil vom 3. Februar 1976 - VI ZR 23/72 - aaO, S. 116; BGH, BGHZ 148, 13, 20; 158, 236, 252; 158, 343, 353; Spindler/Weber, aaO, § 1004 BGB Rn. 9). Das Bestehen einer solchen Prüfungspflicht führt aber nur dann zu einem Unterlassungsanspruch, wenn der Störer nach Kenntniserlangung und Prüfung die Störung nicht unverzüglich beseitigt (vgl. OLG Karlsruhe, WRP 2004, 507, 508; LG Berlin, CR 2007, 742, 743). Das ist hier durch die Löschung des Beitrages geschehen (anders im dem Senatsurteil vom 27. März 2007 - VI ZR 101/06 - aaO zugrunde liegenden Fall).

28 c) Jedenfalls scheidet ein Unterlassungsanspruch am Fehlen einer Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr, die eine - ebenfalls vom Kläger darzulegende - materielle Anspruchsvoraussetzung ist (Senat, Urteil vom 19. Oktober 2004 - VI ZR 292/03 - VersR 2005, 84, 85).

29 Zwar wird die Wiederholungsgefahr bei bereits geschehener Rechtsverletzung grundsätzlich vermutet (BVerfG, NJW-RR 2000, 1209, 1211; Senat, Urteil vom 19. Oktober 2004 - VI ZR 292/03 - aaO, S. 85). Dafür wäre aber eine vollendete Rechtsverletzung nach Begründung einer Prüfungspflicht erforderlich.

Eine solche Verletzung kann vorliegen, wenn es nach Kenntniserlangung zu mindestens einem weiteren Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers kommt (vgl. BGHZ 173, 188, 207). Das ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch die Unterlassungsverpflichtungserklärung der Tomorrow Focus AG einer Wiederholungsgefahr entgegenstehen könnte.

30 Eine Erstbegehungsgefahr muss jeweils im Einzelfall konkret dargetan werden, weil sich in solchen Fällen keine Basis für eine tatsächliche Vermutung finden lässt (Senat, Urteil vom 27. Mai 1986 - VI ZR 169/85 - aaO, S. 1077). Der Kläger muss dartun, dass eine erste Verletzungshandlung ernsthaft und greifbar zu befürchten ist bzw. als unmittelbar bevorstehend droht. Die bloße Möglichkeit des Eingriffs reicht nicht aus. Die drohende Verletzungshandlung muss sich in tatsächlicher Hinsicht so konkret abzeichnen, dass eine zuverlässige Beurteilung unter rechtlichen Gesichtspunkten möglich ist (Fritzsche in BeckOK BGB, § 1004 Rn. 88 m.w.N.). Auch einen solchen Vortrag des Klägers hat die Revision nicht aufgezeigt.

31 5. Nach allem hat das Rechtsmittel keinen Erfolg und ist mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§ 4 UWG

Wettbewerb; Ausspähen von Geschäftsgeheimnissen; Betriebsbeobachtung

Das Ausspähen von Geschäftsgeheimnissen eines Mitbewerbers kann eine nach § 4 Nr. 10 UWG unlautere Behinderung dieses Mitbewerbers darstellen.

(BGH, Urteil vom 16. 7. 2009 – I ZR 56/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Parteien stehen als Abfallentsorger miteinander im Wettbewerb. Am 23. und 24. November sowie am 1. und 13. Dezember 2005 beobachtete ein Mitarbeiter der Beklagten von einem auf öffentlicher Straße stehenden PKW das von der Straße aus einsehbare Betriebsgelände der Klägerin. Er machte sich Notizen über An- und Abfahrten von Fahrzeugen und damit verbundene Tätigkeiten auf dem Gelände.

2 Die Klägerin sieht in diesem Verhalten eine unlautere Behinderung i.S. von § 4 Nr. 10 UWG. Sie behauptet, die Beklagte habe sie durch ihren Mitarbeiter systematisch ausgespäht, um Informationen über ihren Kundenstamm zu erlangen, die nicht offenkundig seien. Ein Mitarbeiter der Beklagten habe im April 2006 versucht, einen ihrer Kunden abzuwerben.

3 Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

1. es zu unterlassen, ihren Geschäftsbetrieb dadurch systematisch auszuspähen, dass ein Mitarbeiter in der Nähe des Werksgeländes systematisch Beobachtungen des Kunden- und Lieferantenverkehrs tätigt und dies in Berichten verkörpert, wie dies am 23. und 24. November sowie am 1. und 13. Dezember 2005 geschehen ist;

2. ihr Auskunft darüber zu erteilen,

a) wann und zu welchen Zeiten die im Klageantrag zu 1 angeführte wettbewerbswidrige Handlung noch begangen wurde;

b) welche Daten über ihre Kunden und Lieferanten von der Beklagten gesammelt wurden;

c) in welcher Form die gesammelten Daten noch bei der Beklagten gespeichert sind;

3. an sie vorgerichtliche Anwaltskosten von 2.059,70 € zu zahlen.

4 Das Landgericht Verden hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht [OLG Celle] hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

5 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat die Klage als zulässig und wegen Verstoßes gegen § 4 Nr. 10 UWG als begründet angesehen. Es hat hierzu ausgeführt:

6 Der Unterlassungsantrag sei hinreichend bestimmt. Der Begriff „systematisch“ kennzeichne nachvollziehbar den Kern der Verletzungshandlung. Ein derartiges systematisches Ausspähen sei unlauter i.S. von § 4 Nr. 10 UWG. Mit dem systematischen Sammeln von Informationen über Fahrzeuge, die das Betriebsgelände der Klägerin anführen und verlassen, habe offenbar der Kundenkreis der Klägerin abgeschöpft werden sollen. Das systematische Ausspähen behindere zudem die Abläufe im Betrieb der Klägerin. Es könne dazu führen, dass die Mitarbeiter der Klägerin sich beobachtet fühlten und ihre Arbeit dadurch beeinträchtigt werde, so dass die Klägerin zu Gegenmaßnahmen gezwungen wäre. Die Beklagte müsse für das Verhalten ihres Mitarbeiters nach § 8 Abs. 2 UWG einstehen. Der Auskunftsanspruch ergebe sich als Hilfsanspruch zur Vorbereitung von Beseitigungs- und Schadensersatzansprüchen.

7 II. Die Revision der Beklagten hat Erfolg.

8 1. Der Unterlassungsantrag zu 1 und der Auskunftsantrag zu 2 a sind entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht hinreichend bestimmt.

9 a) Ein Unterlassungsantrag muss nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO so bestimmt gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts klar umrissen sind und der Beklagte erkennen kann, wogegen er sich verteidigen soll und welche Unterlassungspflichten sich aus einer dem Unterlassungsantrag folgenden Verurteilung ergeben; die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, darf grundsätzlich nicht dem Vollstreckungsgericht überlassen werden (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 22. 11. 2007 - I ZR 12/05, GRUR 2008, 357 Tz. 20 = WRP 2008, 499 - Planfreigabesystem, m.w.N.). Der Unterlassungsantrag zu 1 genügt diesen Anforderungen nicht.

10 aa) Die Revisionserwiderung weist allerdings zutreffend darauf hin, dass die Bestimmtheit eines Unterlassungsantrags in der Regel unproblematisch ist, wenn der Kläger lediglich das Verbot der Handlung begehrt, so wie sie begangen worden ist (BGH, Urt. v. 26. 10. 2000 - I ZR 180/98, GRUR 2001, 453, 454 = WRP 2001, 400 - TCM-Zentrum; Urt. v. 21. 6. 2001 - I ZR 69/99, GRUR 2002, 75, 76 = WRP 2001, 1291 - „SOOOO ... BILLIG!“?). So verhält es sich insbesondere, wenn der Kläger das Verbot einer Werbeanzeige erstrebt und der Unterlassungsantrag eine Kopie dieser Werbeanzeige enthält. Der Unterlassungsantrag der Klägerin gibt jedoch nicht die vollständige Verletzungshandlung wieder, sondern beschreibt und deutet einzelne Merkmale des Geschehens, aus denen sich nach Ansicht der Klägerin dessen Wettbewerbswidrigkeit ergibt.

11 bb) Nach dem Unterlassungsantrag soll der Beklagten das „systematische“ Ausspähen des Geschäftsbetriebs der Klägerin durch „systematisches“ Beobachten des Kunden- und Lieferantenverkehrs untersagt werden. Bei der Verwendung auslegungsbedürftiger Begriffe darf über deren Sinngehalt kein Zweifel bestehen, weil nur dann die Reichweite von Antrag und Urteil feststeht (BGH, Urt. v. 5. 6. 1997 - I ZR 69/95, GRUR 1998, 489, 491 = WRP 1998, 42 - Unbestimmter Unterlassungsantrag III, m.w.N.). Der Sinngehalt des Begriffs „systematisch“ erschließt sich jedoch weder aus dem Klageantrag noch aus dem zu seiner Auslegung heranzuziehenden Vorbringen der Klägerin. Damit bleibt unklar, unter welchen Voraussetzungen der Beklagten ein Beobachten des Geschäftsbetriebs der Klägerin verboten sein soll.

12 11 b) Auch ein Antrag auf Auskunftserteilung muss nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO so deutlich gefasst sein, dass bei einer dem Klageantrag stattgebenden Verurteilung die Reichweite des Urteilsausspruchs feststeht und das Vollstreckungsgericht hinreichend klar erkennen kann, worüber der Beklagte Auskunft zu erteilen hat (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 2008, 357 Tz. 21 - Planfreigabesystem, m.w.N.). Da der Auskunftsantrag zu 2 a

sich auf die im Unterlassungsantrag zu 1 nicht ausreichend deutlich bezeichneten Handlungen bezieht, ist er wie dieser nicht hinreichend bestimmt.

13 2. Es kann offenbleiben, ob die Unbestimmtheit der Klageanträge zu 1 und 2 a zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht führen müsste, um der Klägerin Gelegenheit zu geben, das mit der Klage verfolgte Begehren in Anträge zu fassen, die dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügen. Denn der Klägerin stehen keine ihrem Begehren entsprechenden materiell-rechtlichen Ansprüche zu (vgl. BGHZ 156, 1, 10 - Paperboy; BGH, Urt. v. 11. 12. 2003 - I ZR 74/01, GRUR 2004, 344 = WRP 2004, 491 [= GuT 2004, 104 KL] - Treue-Punkte). Das Verhalten des Mitarbeiters der Beklagten - das der Beklagten nach § 8 Abs. 2 UWG zuzurechnen ist - stellt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keine nach § 4 Nr. 10 UWG unlautere gezielte Behinderung der Klägerin dar.

14 a) Hinsichtlich der maßgeblichen Rechtsgrundlagen ist zwischen dem Unterlassungsanspruch und dem Auskunftsanspruch zu unterscheiden. Auf das in die Zukunft gerichtete Unterlassungsbegehren der Klägerin sind die Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung des am 30. Dezember 2008 in Kraft getretenen Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I, S. 2949) anzuwenden. Der auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch besteht allerdings nur, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten auch zur Zeit der Begehung - also am 23. und 24. November und am 1. und 13. Dezember 2005 - nach der am 8. Juli 2004 in Kraft getretenen Fassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (BGBl. I, S. 1414) wettbewerbswidrig war. Dagegen kommt es für die Frage, ob der Klägerin ein Auskunftsanspruch als Hilfsanspruch zur Durchsetzung von Beseitigungs- und Schadensersatzansprüchen zusteht, auf das zur Zeit der beanstandeten Handlungen geltende Recht an (st. Rspr.; vgl. BGHZ 171, 73 Tz. 12 - Außendienstmitarbeiter, m.w.N.). Eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage ist allerdings nicht eingetreten, insbesondere ist die Vorschrift des § 4 Nr. 10 UWG unverändert geblieben, so dass im Folgenden zwischen altem und neuem Recht nicht unterschieden zu werden braucht.

15 b) Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken steht einer Anwendung des § 4 Nr. 10 UWG nicht entgegen, da die beanstandete Verhaltensweise allein die wirtschaftlichen Interessen der Klägerin als einer Mitbewerberin und nicht auch die Interessen von Verbrauchern betrifft (vgl. Köhler, GRUR 2008, 841, 846 f.; ders. in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 4 Rdn. 10. 3a).

16 c) Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, das Sammeln von Informationen über Fahrzeuge, die das Betriebsgelände der Klägerin angefahren und verlassen hätten, sei i.S. von § 4 Nr. 10 UWG unlauter, weil mit diesen Informationen offenbar der Kundenkreis der Klägerin habe abgeschöpft werden sollen.

17 aa) Das Berufungsgericht hat mit der Formulierung „offenbar“ zum Ausdruck gebracht, dass es sich bei seiner Annahme, mit den gesammelten Informationen habe der Kundenkreis der Klägerin abgeschöpft werden sollen, nur um eine Vermutung handelt. Die Revision rügt mit Recht, dass diese Annahme keine Grundlage in den Feststellungen des Berufungsgerichts findet und zudem das Vorbringen der Beklagten zu den Gründen für die Beobachtung des Betriebsgeländes der Klägerin übergeht. Die Beklagte hat hierzu unter Beweisannahme vorgetragen, die Klägerin beschäftige einen ehemaligen Mitarbeiter der Beklagten, der aufgrund seiner besonderen Kenntnisse von internen Kalkulationen und Vorgängen der Beklagten verschiedene Kunden der Beklagten abgeworben habe. Er habe diesen Kunden die Entsorgung von Schutt und Abfall zu Preisen angeboten, die auf dem hiesigen Markt unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen nicht kostendeckend sein könnten.

Das habe ihren Mitarbeiter wohl dazu veranlasst, einmal nachzusehen, ob bei der Klägerin „überhaupt alles mit dem Rechten“ zugehe. Nach diesem Vorbringen der Beklagten, das mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts als richtig zu unterstellen ist, könnte das Beobachten des Betriebsgeländes der Klägerin allein dem - wettbewerbsrechtlich grundsätzlich zulässigen - Zweck gedient haben, Rechtsverstöße eines Wettbewerbers aufzudecken und festzuhalten.

18 bb) Selbst wenn der Mitarbeiter der Beklagten beim Beobachten des Betriebsgeländes Informationen gesammelt hätte, um Kunden der Klägerin abzuwerben, könnte dies nicht ohne weiteres als wettbewerbswidrig angesehen werden.

19 (1) Zwar kann das Ausspähen und Abfangen von Kunden eines Mitbewerbers unter besonderen Umständen wettbewerbswidrig sein (vgl. BGH, Urt. v. 7. 4. 2005 - I ZR 140/02, GRUR 2005, 603, 604 = WRP 2005, 874 [= GuT 2005, 186 KL] - Kündigungshilfe; Urt. v. 29. 3. 2007 - I ZR 164/04, GRUR 2007, 987 Tz. 25 = WRP 2007, 1341 - Änderung der Voreinstellung I, m.w.N.; Urt. v. 5. 2. 2009 - I ZR 119/06, GRUR 2009, 876 Tz. 21 = WRP 2009, 1086 - Änderung der Voreinstellung II). Allein die Absicht des Mitarbeiters der Beklagten, die durch das Beobachten des Betriebsgeländes der Klägerin erlangten Informationen für ein Abwerben von Kunden zu verwenden, könnte die Wettbewerbswidrigkeit seines Verhaltens jedoch nicht begründen (vgl. BGHZ 171, 73 [= GuT 2007, 248] Tz. 21 f. - Außendienstmitarbeiter). Der von der Klägerin behauptete Versuch der Beklagten, im April 2006 einen Kunden der Klägerin abzuwerben, ist nicht Gegenstand der Klage. Davon abgesehen ist nicht ersichtlich, dass die Beklagte auf diesen Kunden durch das Ausspähen des Betriebsgeländes der Klägerin aufmerksam geworden ist. Zudem sind keine Umstände vorgetragen, aus denen sich die Wettbewerbswidrigkeit des behaupteten Abwerbversuchs ergeben könnte.

20 (2) Es kann auch nicht angenommen werden, dass die Beklagte die Klägerin durch ein Ausspähen von Geschäftsgeheimnissen in unlauterer Weise im Wettbewerb behindert hat. Das Ausspähen von Geschäftsgeheimnissen eines Mitbewerbers kann allerdings eine nach § 4 Nr. 10 UWG unlautere Behinderung darstellen (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 17 Rdn. 52). Zu den Geschäftsgeheimnissen zählen die Daten von Kunden, zu denen bereits eine Geschäftsbeziehung besteht und die daher auch in Zukunft als Abnehmer der angebotenen Produkte in Frage kommen; Voraussetzung ist jedoch, dass diese Kundendaten nicht offenkundig sind, also nicht jederzeit ohne großen Aufwand aus allgemein zugänglichen Quellen geschöpft werden können (vgl. BGH, Urt. v. 27. 4. 2006 - I ZR 126/03, GRUR 2006, 1044 Tz. 19 = WRP 2006, 1511 - Kundendatenprogramm, m.w.N.). Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Mitarbeiter der Beklagten sich durch das Beobachten des von der Straße aus einsehbaren Betriebsgeländes der Klägerin - wie die Klägerin geltend macht - Informationen über ihren Kundstamm verschafft haben könnte, die in diesem Sinne nicht offenkundig sind.

21 d) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts verstößt das Verhalten des Mitarbeiters der Beklagten auch nicht deshalb gegen § 4 Nr. 10 UWG, weil das Beobachten des Betriebsgeländes der Klägerin die Gefahr einer Störung von Betriebsabläufen zur Folge gehabt hätte.

22 aa) Zwar kann in dem Herbeiführen der Gefahr von Betriebsstörungen eine gezielte Behinderung von Mitbewerbern i.S. von § 4 Nr. 10 UWG liegen. So kann das Anfertigen von Fotografien in den Geschäftsräumen eines Mitbewerbers zum Beweis eines Wettbewerbsverstößes nach der Rechtsprechung des Senats als gezielte Behinderung anzusehen sein, wenn nach den Umständen des Einzelfalls die konkrete Gefahr einer erheblichen Betriebsstörung zu befürchten ist (vgl. BGH, Urt. v. 25. 1. 2007 - I ZR 133/04, GRUR 2007, 802 Tz. 25 ff. = WRP 2007, 1082 [= GuT 2007, 329 KL] - Testfotos III). Darüber hinaus wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, eine andauernde

und umfassende, systematische Überwachung eines Mitbewerbers - insbesondere durch Testkäufe - sei als gezielte Behinderung zu bewerten, wenn sie zu einer Betriebsstörung führe (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 10. 163; Ohly in Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., § 4 Rdn. 10/21; Plaß in HK-WettbR, 2. Aufl., § 4 Rdn. 481; vgl. auch Jänich in Münch-Komm.UWG, § 4 Nr. 10 Rdn. 82).

23 bb) Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen jedoch nicht die Beurteilung, das Verhalten des Mitarbeiters der Beklagten habe die Gefahr von Betriebsstörungen begründet. Der Mitarbeiter der Beklagten hat das Betriebsgelände der Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts an vier Tagen beobachtet und sich über das dortige Geschehen Notizen gemacht. Er hat das Gelände nicht betreten oder fotografiert, sondern es von einem auf einer öffentlichen Straße stehenden Pkw aus beobachtet. Es ist weder festgestellt noch vorgetragen, dass er dabei von Mitarbeitern oder Kunden der Klägerin wahrgenommen worden ist. Die Annahme des Berufungsgerichts, das Verhalten des Mitarbeiters der Beklagten habe die Gefahr begründet, dass die Mitarbeiter der Klägerin sich beobachtet fühlen und ihre Arbeit dadurch beeinträchtigt werde, so dass die Klägerin zu Gegenmaßnahmen gezwungen wäre, entbehrt daher einer Grundlage.

24 3. Da der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zusteht, sind auch die weiteren Ansprüche auf Auskunftserteilung (Anträge zu 2 b und 2 c) und Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten (Antrag zu 3) nicht begründet.

25 III. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben. Da die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), ist die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Klageanträge zu 1 und 2 a statt als unbegründet als unzulässig abgewiesen werden.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

§§ 3, 8 UWG

Wettbewerb; Hinweispflicht des Hoheitsträgers auf Dienstleistungsangebote privater Wettbewerber im Rahmen einer Auskunft; Auskunft der Industrie- und Handelskammer IHK über Lehrgänge zur Prüfungsvorbereitung

Ein Hoheitsträger, der einerseits Prüfungen abnimmt und andererseits auf erwerbswirtschaftlicher Grundlage Lehrgänge zu deren Vorbereitung anbietet, handelt unter dem Gesichtspunkt der missbräuchlichen Ausnutzung einer amtlichen Stellung wettbewerbswidrig, wenn er gegenüber einem Prüfungsbewerber, den er über sein eigenes Leistungsangebot informiert und der sich daraufhin nach Konkurrenzangeboten erkundigt, er wisse von keinen weiteren Angeboten, obwohl ihn der private Wettbewerber über sein Angebot informiert hat. Auf die Unwissenheit des jeweiligen Mitarbeiters kann sich der Hoheitsträger nicht stützen.

(BGH, Urteil vom 22. 4. 2009 – I ZR 176/06)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin bietet Lehrgänge zur Vorbereitung auf die Prüfung zum „Bilanzbuchhalter (IHK)“ an. Die beklagte Industrie- und Handelskammer nimmt die Prüfung zum „Bilanzbuchhalter (IHK)“ ab und bietet auch selbst Vorbereitungskurse für diese Prüfung an.

2 Nach Auffassung der Klägerin haben zwei im April 2005 durchgeführte Testanrufe bei der Beklagten ergeben, dass deren Mitarbeiter das eigene Fortbildungsangebot herausstellten und Hinweise auf Lehrgänge privater Anbieter bewusst unterließen.

3 Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr auf Anfrage von Interessen-

ten für einen Vorbereitungslehrgang zur Prüfung zum Bilanzbuchhalter nur auf das eigene Angebot und nicht auf bestehende Angebote privater Anbieter hinzuweisen.

4 Ferner hat sie Auskunftserteilung und die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt.

5 Das Landgericht Münster hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben (OLG Hamm, Urt. v. 24. 8. 2006 - 4 U 76/06, juris).

6 Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

7 **Aus den Gründen:** I. Das Berufungsgericht hat seine die Abweisung der Klage durch das Landgericht bestätigende Entscheidung wie folgt begründet:

8 Die Beklagte nehme, soweit sie in Erfüllung von Pflichtaufgaben nach dem IHK-Gesetz Prüfungen für den Abschluss als Bilanzbuchhalter (IHK) durchführe, bei denjenigen, die diesen Abschluss anstrebten, eine besondere Vertrauensstellung ein. Sie dürfe ihre Stellung als öffentlich-rechtliche Prüfungsstelle nicht dazu benutzen, sich hinsichtlich der von ihr veranstalteten Lehrgänge Vorteile zu verschaffen, und müsse daher bei Anfragen nach Veranstaltern von Lehrgängen anders als ihre privaten Mitbewerber objektiv und sachgerecht Auskunft erteilen. Die Beklagte handele aber nur dann wegen unsachlicher Einflussnahme und gezielter Behinderung von Mitbewerbern unzulässig, wenn sie Auskünfte bewusst unvollständig erteile, indem sie zur Erlangung eines sachlich nicht gerechtfertigten Vorteils ausschließlich auf Lehrgänge ihrer Akademie hinweise. Die Klägerin habe ein solches bewusstes und absichtliches Vorgehen der Beklagten nicht vorgetragen. Bei dem einen Telefonat habe der Mitarbeiter der Beklagten das Lehrgangsangebot des privaten Mitbewerbers nicht gekannt und daher nicht bewusst verschwiegen. Bei dem anderen Gespräch sei ebenfalls keine bewusste Ausgrenzung der weiteren Anbieter erfolgt, sondern auf das Vorhandensein anderer Informationsquellen hingewiesen worden.

9 Da auch kein weiteres Moment ersichtlich sei, aus dem sich eine Unlauterkeit des Verhaltens der Beklagten herleiten ließe, sei die Klage ferner nicht aus der Generalklausel des § 3 UWG 2004 begründet.

10 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin führt zur Verurteilung der Beklagten gemäß den Klageanträgen. Das von der Klägerin beanstandete Verhalten der Mitarbeiterin der Beklagten bei dem Testanruf in Bocholt begründet einen Wettbewerbsverstoß unter dem Gesichtspunkt der missbräuchlichen Ausnutzung einer amtlichen Stellung. Die Beklagte darf im geschäftlichen Verkehr auf Anfrage von Personen, die sich für Vorbereitungslehrgänge zur Prüfung zum Bilanzbuchhalter interessieren, nicht nur auf das eigene Angebot, sie muss auch auf bestehende Angebote privater Anbieter hinweisen.

11 1. Der Unterlassungsanspruch der Klägerin ist gemäß § 3 UWG 2004, § 3 Abs. 1 UWG 2008, jeweils i.V. mit § 8 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, Abs. 2 und Abs. 3 Nr. 1 UWG begründet.

12 a) Die Klägerin hat ihr Unterlassungsbegehren auf Wiederholungsgefahr gestützt und zur Begründung auf zwei von Mitarbeiterinnen der Beklagten im April 2005 geführte Telefonate verwiesen. Auf das in die Zukunft gerichtete Unterlassungsbegehren sind die Bestimmungen des UWG 2008 anzuwenden. Der Unterlassungsanspruch besteht aber nur dann, wenn das von der Klägerin beanstandete Verhalten auch schon zur Zeit der Begehung im April 2005 nach der Beurteilung auf der Grundlage des UWG 2004 wettbewerbswidrig war.

13 b) Die Ableitung von Ansprüchen aus der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel wegen noch unter der Geltung des UWG 2004 vorgenommener Wettbewerbshandlungen setzt mindestens voraus, dass die betreffende Verhaltensweise von ihrem Unlauterkeitsgehalt her den in den §§ 4 bis 7 UWG 2004

aufgeführten Beispiels- bzw. Anwendungsfällen unlauteren Verhaltens entspricht (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 3 Rdn. 65; MünchKomm.UWG/Sosnitza, § 3 Rdn. 9 m.w.N.) und zudem den anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe und Handel zuwiderläuft (BGH, Urt. v. 13. 7. 2006 - I ZR 241/03, GRUR 2006, 1042 Tz. 29 = WRP 2006, 1502 - Kontaktanzeigen; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO). Ein Rückgriff auf die Generalklausel ist insbesondere in Fällen geboten, in denen die Tatbestände der §§ 4 bis 7 UWG zwar bestimmte Gesichtspunkte der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung erfassen, aber keine umfassende Bewertung der Interessen der durch das Wettbewerbsverhältnis betroffenen Marktteilnehmer ermöglichen (vgl. BGH, Urt. v. 9. 2. 2006 - I ZR 73/02, GRUR 2006, 426 Tz. 16 = WRP 2006, 577 [= GuT 2006, 164 KL] - Direktansprache am Arbeitsplatz II; Urt. v. 22. 11. 2007 - I ZR 183/04, GRUR 2008, 262 Tz. 9 = WRP 2008, 219 [= GuT 2008, 62] - Direktansprache am Arbeitsplatz III).

14 c) Das Berufungsgericht hat es mit Recht als unbeachtlich angesehen, dass die Beklagte den von der Klägerin behaupteten Verlauf der beiden beanstandeten Telefonate mit Nichtwissen bestritten hat. Denn es handelt sich um Vorgänge, die in ihrem eigenen Geschäfts- und Verantwortungsbereich abgelaufen sind. Es wäre ihr ohne weiteres möglich gewesen, bei den angerufenen Mitarbeiterinnen die entsprechenden Informationen einzuholen (§ 138 Abs. 4 ZPO).

15 Nach dem danach als unbestritten zu behandelnden Vortrag der Klägerin hat der Zeuge Z., den sie mit den Testanrufen betraut hatte, bei der Zweigstelle der Beklagten in Bocholt angerufen und um Weitervermittlung an jemanden gebeten, der sich mit der Ausbildung zum Bilanzbuchhalter (IHK) auskenne. Der Mitarbeiterin der Beklagten, mit der er daraufhin verbunden wurde, hat der Zeuge Z. erklärt, dass er momentan in Bonn wohne, ab August in Bocholt sein werde, gelernter Industriekaufmann sei, seit fünf Jahren in der Buchhaltung arbeite, nunmehr den Bilanzbuchhalterabschluss machen wolle und daher um Auskunft bitte, welche Möglichkeit es in Bocholt und Umgebung zur Vorbereitung gebe. Die Mitarbeiterin der Beklagten verwies hierauf zunächst auf die Vorbereitungslehrgänge der Beklagten und gab auf Nachfrage, ob es noch andere Anbieter im Raum Bocholt gebe, die auf den Bilanzbuchhalterabschluss vorbereiteten, an: „Wüsst' ich jetzt im Moment nicht, außer dass *wir* das machen und die Berufsschulen.“ Auf die Frage, ob die Klägerin in der Region Lehrgänge anbiete, antwortete sie: „Nicht dass ich wüsste“. Auf die dann noch gestellte Frage zu Fernlehrgängen etc. verwies sie auf Unterlagen, die dem Anrufer zugesandt werden könnten. Bei den dem Zeugen Z. daraufhin übersandten Materialien handelte es sich um ein Informationsblatt der IHK Akademie der Wirtschaft „Lehrgang Gepr. Bilanzbuchhalter(in)“, einen die Stoffgebiete wiedergebenden Zettel „Gepr. Bilanzbuchhalter(in) Rahmenstoffplan“ sowie einen weiteren Zettel, auf dem die Teilnahme- und Zahlungsbedingungen für den Besuch von Lehrgängen und Seminaren der Akademie der Wirtschaft der Beklagten abgedruckt waren.

16 d) Aufgrund dieses Sachverhalts steht fest, dass die Beklagte, die sich das Verhalten ihrer Mitarbeiterin nach § 8 Abs. 2 UWG zurechnen lassen muss, gegen die sich aus ihrer Doppelstellung als Prüfungsbehörde und erwerbswirtschaftlicher Anbieterin von Prüfungsvorbereitungskursen ergebende Verpflichtung verstoßen hat, ihre amtliche Stellung nicht zur Förderung ihrer wirtschaftlichen Interessen zu missbrauchen. Denn sie hätte bei Anfragen nach Vorbereitungskursen für die bei ihr abzulegende Prüfung nicht allein über ihr eigenes Angebot informieren dürfen, sondern hätte Interessenten auch auf Angebote privater Mitbewerber hinzuweisen müssen.

17 aa) Ein Wettbewerber ist allerdings regelmäßig nur berechtigt, nicht aber verpflichtet, über Waren und Dienstleistungen von Mitbewerbern Angaben zu machen. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn der Kunde sich bei dem Wettbewerber

ber nach Konkurrenzprodukten erkundigt. Der Wettbewerber braucht daher auch dann nicht über das Konkurrenzangebot zu informieren, wenn er von diesem Angebot Kenntnis hat.

18 bb) Für die Beklagte gilt jedoch im Blick auf ihre Doppelstellung als Prüfungsbehörde und Anbieterin von Lehrgängen zur Prüfungsvorbereitung ein anderer Maßstab. Denn eine Körperschaft des öffentlichen Rechts wie die Beklagte, die neben ihrer Prüfungstätigkeit im Rahmen der beruflichen Fort- und Weiterbildung Lehrgänge zur Vorbereitung auf die Prüfung zum Finanzbuchhalter anbietet, nimmt besonderes Vertrauen für sich in Anspruch (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 13. 36; Ohly in Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., Einf. D Rdn. 36). Auch das Berufungsgericht hat im rechtlichen Ansatz zutreffend darauf abgestellt, dass die Personen, die am Besuch von Fortbildungsveranstaltungen zur Vorbereitung auf die Prüfung zum Bilanzbuchhalter interessiert sind, darauf vertrauen dürfen, von der Beklagten sachgerechte Auskünfte über entsprechende Veranstaltungen zu erhalten. Dieses Vertrauen rechtfertigt sich insbesondere aus der Tatsache, dass die Beklagte die Prüfung abnimmt und dabei im Rahmen ihrer örtlichen Zuständigkeit eine Monopolstellung innehat (vgl. §§ 53, 71 Abs. 2 Berufsbildungsgesetz i. V. mit § 1 Abs. 1 der Verordnung über die Prüfung zum anerkannten Abschluss Geprüfter Bilanzbuchhalter/Geprüfte Bilanzbuchhalterin). Die Beklagte ist wegen des ihr in ihrer amtlichen Funktion entgegengebrachten Vertrauens gehalten, Auskünfte objektiv und sachgerecht zu erteilen (vgl. BGHZ 19, 299, 304 f. - Bad Ems; BGH, Urt. v. 24. 2. 1994 - I ZR 59/92, GRUR 1994, 516, 517 = WRP 1994, 506 - Auskunft über Notdienste; Urt. v. 18. 10. 2001 - I ZR 193/99, GRUR 2002, 550, 551 = WRP 2002, 527 - Elternbriefe).

19 cc) Hinzu kommt, dass die Beklagte schon dadurch einen gewissen Vorsprung im Wettbewerb hat, dass sie aufgrund ihrer Stellung als Prüfungsbehörde für viele Prüfungsbewerber die erste Anlaufstation ist und sich für viele schon wegen ihrer Prüfungstätigkeit auch für den Vorbereitungskurs empfehlen wird. Nach der Lebenserfahrung werden Prüfungsbewerber häu-

fig davon ausgehen, dass die Beklagte die Prüfungsanforderungen am besten kennt und daher auch in besonderem Maße dazu berufen sein wird, eine effektive Prüfungsvorbereitung zu gewährleisten. Bei diesen Gegebenheiten ist die Beklagte gehalten, ihren aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Monopolstellung als Prüfungsbehörde ohnedies bestehenden Vorsprung im Wettbewerb nicht noch dadurch weiter zu vergrößern, dass sie gegenüber Prüfungsbewerbern, die sie über ihr eigenes Lehrgangsangebot informiert und die sich bei ihr nach Konkurrenzangeboten erkundigen, unzutreffende Angaben macht und - wenn Mitbewerber ebenfalls Kurse anbieten - den Eindruck erweckt, als böte allein sie Lehrgänge zur Prüfungsvorbereitung an. Die Beklagte ist aus diesem Grund verpflichtet, die Mitarbeiter, die sie mit der Erteilung von Auskünften in Prüfungsangelegenheiten und über Lehrgänge zur Prüfungsvorbereitung beauftragt, entsprechend zu instruieren. Ferner muss sie dafür Sorge tragen, dass Informationen, die ihr Mitbewerber über ihre Lehrgänge zukommen lassen, gesammelt und von den zuständigen Mitarbeitern - etwa in Form einer Liste der Anbieter solcher Kurse - Interessenten zur Verfügung gestellt werden.

20 dd) Im Streitfall hat die Klägerin vorgetragen, sie habe die Beklagte wie sämtliche Industrie- und Handelskammern über ihr Angebot informiert. Die Revision rügt mit Recht, dass das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat. Zur Klärung dieser Frage ist indessen eine Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht nicht erforderlich. Denn die Beklagte hat nicht bestritten, von der Klägerin über deren Angebot informiert worden zu sein. Sie hat lediglich geltend gemacht, dass ihre Mitarbeiterin von diesem Angebot nichts gewusst und deshalb gegenüber dem Anrufer nicht die Unwahrheit gesagt habe.

21 ee) Der Senat hat in früheren Urteilen allerdings ausgesprochen, dass eine wettbewerbsrechtliche Haftung der öffentlichen Hand unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs einer Vertrauensstellung nur dann besteht, wenn eine Auskunft bewusst unrichtig oder bewusst unvollständig erteilt wird (BGH GRUR 1994, 516, 517 - Auskunft über Notdienste; vgl. auch BGHZ 19, 299, 305 - Bad Ems). Diese Entscheidungen sind jedoch noch unter der Geltung des § 1 UWG 1909 ergangen, der einen subjektiven Tatbestand voraussetzte (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 3 Rdn. 104 m.w.N.). Demgegenüber kommt es nach dem UWG 2008 wie auch schon nach dem UWG 2004 allein darauf an, ob eine geschäftliche Handlung bzw. ein Handeln im geschäftlichen Verkehr geeignet ist, die Interessen von Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen (vgl. BGHZ 163, 265, 270 - Atemtest; 171, 73 [= GuT 2007, 248] Tz. 21 - Außendienstmitarbeiter). Diese Voraussetzung ist im Streitfall erfüllt.

22 2. Der auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten gerichtete Antrag und der zur Vorbereitung der Bezifferung des möglichen Schadensersatzanspruchs geltend gemachte Auskunftsanspruch sind gemäß §§ 3, 9 Satz 1 UWG 2004, § 242 BGB und § 3 Abs. 1, § 9 Satz 1 UWG 2008, § 242 BGB ebenfalls begründet. Soweit die Beklagte ihre mit der Erteilung von Auskünften in Prüfungsangelegenheiten und über Vorbereitungslehrgänge zur Prüfungsvorbereitung beauftragten Mitarbeiter nicht in dem vorstehend unter II 1 d cc dargestellten Sinn instruiert hat und Mitarbeiter der Beklagten aus diesem Grund unrichtige oder immerhin missverständliche Auskünfte in dem oben unter II 1 d dd dargestellten Sinn erteilt haben, trifft die Beklagte daran unter dem Gesichtspunkt einer fehlerhaften Organisation ihres Geschäftsbetriebs ein eigenes Verschulden. Anderenfalls muss sie sich das schädigende Verhalten ihrer Mitarbeiter gemäß § 831 Abs. 1 BGB zurechnen lassen (vgl. Köhler in Hefermehl/ Köhler/Bornkamm aaO § 9 Rdn. 1. 7 m.w.N.).

23 III. Nach allem ist die Klage begründet und ihr daher unter Aufhebung des Berufungsurteils und Abänderung des landgerichtlichen Urteils stattzugeben.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

*Dokumentation,
Analyse, Entwicklung*

GuT

Gewerbemiete und Teileigentum

Abonnement Jahrgang 2010 159,43 EUR brutto.

Sonderpreise für zurückliegende Jahrgänge auf Anfrage
im Direktbezug vom Prewest Verlag

Download Hefte Nrn. 1–49 und Register
kostenlos bei Besuch unserer Homepage möglich.

www.gut-netzwerk.de

www.gmbbl.de

Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH
Postfach 30 13 45, 53193 Bonn, Fax: 02 28 / 47 09 54
www.prewest.de info@prewest.de

§ 8 UWG; §§ 823, 1004 BGB
Unverlangte Zusendung einer e-mail mit Werbung an
einen Gewerbebetrieb; E-Mail-Werbung II

Bereits die einmalige unverlangte Zusendung einer E-Mail mit Werbung kann einen rechtswidrigen Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen.

(BGH, Beschluss vom 20. 5. 2009 – I ZR 218/07)

1 **Zum Sachverhalt:** Die Klägerin ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die in F. eine Rechtsanwaltskanzlei betrieben hat.

2 Die Beklagte zu 1 ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2 ist. Sie sandte am 22. Februar 2006 eine E-Mail an die Klägerin, mit der sie einen von ihr erstellten Newsletter übersandte. Das 15 Seiten umfassende Schriftstück enthielt Informationen für Kapitalanleger.

3 Mit Schreiben vom 23. Februar 2006 mahnte die Klägerin die Beklagte ab. Diese weigerte sich, die begehrte Unterwerfungserklärung abzugeben; sie erklärte stattdessen, von einer weiteren Zusendung des Newsletters an die Klägerin abzusehen.

4 Die Klägerin hat beantragt, die Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, die Klägerin geschäftsmäßig per E-Mail anzuschreiben, um Informationen zu Entwicklungen am Kapitalmarkt in Form eines Newsletters zu übermitteln und/oder solche Handlungen durch Dritte vornehmen zu lassen, ohne dass das tatsächliche oder vermutete Einverständnis der Klägerin vorhanden ist.

5 Das Landgericht Frankfurt/Main hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten hat zur Abweisung der Klage geführt.

6 Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht [OLG Frankfurt/Main] zugelassene Revision der Klägerin. Während des Revisionsverfahrens ist die Klägerin aufgelöst worden. Im Hinblick darauf haben die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt und beantragt, der jeweils anderen Partei die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

7 **Aus den Gründen:** II. Nachdem die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, ist über die Kosten des Rechtsstreits unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen gemäß § 91a Abs. 1 ZPO zu entscheiden. Dabei ist der mutmaßliche Ausgang des Revisionsverfahrens zu berücksichtigen.

8 Danach sind die Kosten in vollem Umfang den Beklagten aufzuerlegen, weil die Klage bis zur übereinstimmenden Erledigungserklärung zulässig und begründet war. Der Klägerin stand der begehrte Unterlassungsanspruch gegen die Beklagten zu.

9 1. Die Klägerin konnte das Verbot allerdings nicht aus §§ 3, 7 Abs. 2 Nr. 3, § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG 2004 und § 7 Abs. 2 Nr. 3, § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG 2008 herleiten. Der Klägerin stand ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG nicht zu. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Parteien nicht Mitbewerber im Sinne dieser Vorschrift sind. Mitbewerber ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist gegeben, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen mit der Folge, dass das konkret beanstandete Wettbewerbsverhalten des einen Wettbewerbers den anderen beeinträchtigen, das heißt im Absatz behindern oder stören kann (BGH, Urt. v. 3. 5. 2007 – I ZR 19/05,

GRUR 2007, 978 Tz. 16 = WRP 2007, 1334 - Rechtsberatung durch Haftpflichtversicherer). Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass die Parteien gleichartige Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen. Die Revision zeigt in dieser Hinsicht auch keinen Sachvortrag der Parteien als übergangen auf. Soweit die Revision unter Vorlage eines Ausdrucks der Homepage der Beklagten geltend macht, diese biete Kapitalanlegern Rechtsberatung an, handelt es sich um neuen Vortrag, mit dem die Klägerin in der Revisionsinstanz nach § 559 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen ist.

10 2. Der Klägerin stand der in Rede stehende Unterlassungsanspruch jedoch wegen eines Eingriffs in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nach § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB zu.

11 a) In Rechtsprechung und Schrifttum ist die Frage umstritten, ob die unverlangte Zusendung von E-Mails mit Werbung an Gewerbetreibende einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt. Zum Teil wird ein rechtswidriger Eingriff in das geschützte Rechtsgut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs jedenfalls bei einer einmaligen Zusendung einer E-Mail mit Werbung verneint (AG Dresden NJW 2005, 2561; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 7 Rdn. 199; Ohly in Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl., § 7 Rdn. 22; Baetge, NJW 2006, 1037, 1038). Die überwiegende Ansicht in der Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums bejahen dagegen auch bei einer einmaligen E-Mail-Versendung eine entsprechende Rechtsverletzung (KG MMR 2002, 685; GRUR-RR 2005, 66; OLG München MMR 2004, 324; OLG Düsseldorf MMR 2004, 820; OLG Bamberg MMR 2006, 481; OLG Naumburg DB 2007, 911; LG Berlin NJW 2002, 2569; Fezer/Mankowski, UWG, § 7 Rdn. 97; Koch in Ullmann, jurisPK-UWG, 2. Aufl., § 7 Rdn. 189). Der letztgenannten Ansicht ist zuzustimmen.

12 b) Die Zusendung einer Werbe-E-Mail ohne vorherige Einwilligung des Adressaten stellt einen unmittelbaren Eingriff in den Gewerbebetrieb dar. Davon ist auszugehen bei Eingriffen, die gegen den Betrieb als solchen gerichtet, also betriebsbezogen sind und nicht vom Gewerbebetrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen (BGHZ 29, 65, 74; 69, 128, 139; 86, 152, 156). Unverlangt zugesandte E-Mail-Werbung beeinträchtigt regelmäßig den Betriebsablauf des Unternehmens. Mit dem Sichten und Aussortieren unerbetener E-Mails ist ein zusätzlicher Arbeitsaufwand verbunden. Zudem können, soweit kein festes Entgelt vereinbart ist, zusätzliche Kosten für die Herstellung der Online-Verbindung und die Übermittlung der E-Mail durch den Provider anfallen. Die Zusatzkosten für den Abruf der einzelnen E-Mail können zwar gering sein. Auch der Arbeitsaufwand für das Aussortieren einer E-Mail kann sich in engen Grenzen halten, wenn sich bereits aus dem Betreff entnehmen lässt, dass es sich um Werbung handelt. Anders fällt die Beurteilung aber aus, wenn es sich um eine größere Zahl unerbetener E-Mails handelt oder wenn der Empfänger der E-Mail ausdrücklich dem weiteren Erhalt von E-Mails widersprechen muss. Mit der häufigen Übermittlung von Werbe-E-Mails ohne vorherige Einwilligung des Empfängers durch verschiedene Absender ist aber immer dann zu rechnen, wenn die Übermittlung einzelner E-Mails zulässig ist. Denn im Hinblick auf die billige, schnelle und durch Automatisierung arbeitssparende Versandmöglichkeit ist ohne Einschränkung der E-Mail-Werbung mit einem immer weiteren Umschlag dieser Werbeart zu rechnen (vgl. BGH, Urt. v. 11. 3. 2004 – I ZR 81/01, GRUR 2004, 517, 518 = WRP 2004, 731 [= GuT 2004, 104 KL] - E-Mail-Werbung).

13 Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung in diesem Zusammenhang geltend, die E-Mail der Beklagten enthalte keine Werbung. Werbung ist jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern (vgl. Art. 2 lit. a der Richtlinie 2006/114/

EG über irreführende und vergleichende Werbung). Dazu zählt auch die in Rede stehende E-Mail der Beklagten, mit der sie ihre Geschäftstätigkeit gegenüber der Klägerin darstellt.

14 Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin ist auch rechtswidrig. Die insoweit erforderliche Abwägung der widerstreitenden Interessen der Parteien geht zu Lasten der Beklagten aus. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stellt von dem hier nicht interessierenden Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG abgesehen jede Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten eine unzumutbare Belästigung dar. Diese gesetzgeberische Wertung ist bei der Beurteilung der Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuches ebenfalls heranzuziehen, um Wertungswidersprüche zu vermeiden (vgl. Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm aaO § 7 Rdn. 14; Koch in Ullmann, jurisPK-UWG aaO § 7 Rdn. 189). Wegen des unzumutbar belästigenden Charakters derartiger Werbung gegenüber dem Empfänger ist die Übersendung einer Werbe-E-Mail ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung grundsätzlich rechtswidrig.

15 Für die unerlaubte Handlung haftet auch der Beklagte zu 2, weil er Absender der in Rede stehenden E-Mail auf Seiten der Beklagten zu 1 war.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

**Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Wettbewerb etc.**

§ 17 EnWG – Anschluss der erweiterten Produktionsstätte an das Stromnetz; Netzanschluss

§ 17 Abs. 1 EnWG begrenzt den Anspruch des Letztverbrauchers nicht auf einen Anschluss an das Stromnetz nach Maßgabe der Bestimmung des Netzbetreibers, sondern räumt ihm im Grundsatz einen Anspruch auf Anschluss an eine von ihm gewählte Netz- oder Umspannebene ein.

Ob die Gewährung des Netzanschlusses für den Netzbetreiber unzumutbar ist, lässt sich nur anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles beurteilen. Erforderlich ist eine Abwägung aller im Einzelfall relevanten Belange.

(BGH, Beschluss vom 23. 6. 2009 – EnVR 48/08)

§ 4 UWG – Wettbewerb; Möbelhaus; Räumungsverkauf wegen Umbau; Verkaufsförderungsmaßnahme; Anforderungen an die Werbung; Transparenzgebot

a) Ein im Hinblick auf den Umbau der Geschäftsräume durchgeführter Räumungsverkauf mit Preisherabsetzungen stellt auch dann eine Verkaufsförderungsmaßnahme i.S. des § 4 Nr. 4 UWG dar, wenn der Verbraucher Anlass hat anzunehmen, dass der Anbieter nach der Verkaufsaktion nicht mehr zum früher verlangten Preis zurückkehren wird und der herabgesetzte Preis daher den neuen Normalpreis darstellt.

b) Die Bedingungen für die Inanspruchnahme einer Verkaufsförderungsmaßnahme sind grundsätzlich bereits in der Werbung für die Maßnahme anzugeben (Ergänzung zu BGH, Urt. v. 11. 9. 2008 – I ZR 120/06, GRUR 2008, 1114 Tz. 13 WRP 2008, 1508 – Räumungsfinale).

(BGH, Urteil vom 30. 4. 2009 – I ZR 66/07)

§ 4 UWG – Wettbewerb; Teppichhandel; Totalausverkauf; Verkaufsförderungsmaßnahme; Hinweise in der Werbung; Transparenzgebot

Der Beginn einer Verkaufsförderungsmaßnahme muss in der Werbung nur dann angegeben werden, wenn die Maßnahme noch nicht läuft.

(BGH, Urteil vom 30. 4. 2009 – I ZR 68/07)

§ 404a ZPO – Sachverständigenbeweis; Wahrung von Betriebsgeheimnissen; Hohlfasermembranspinnanlage

Anordnungen des Prozessgerichts nach § 404a Abs. 4 ZPO sind als Bestandteil oder Ergänzung des Beweisbeschlusses (§§ 358, 358a ZPO) wie dieser nicht selbstständig mit Rechtsmitteln anfechtbar, es sei denn, die Zwischenentscheidung hat bereits für eine Partei einen bleibenden rechtlichen Nachteil zur Folge, der sich im weiteren Verfahren nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr vollständig beheben lässt.

(BGH, Beschluss vom 18. 12. 2008 – I ZB 118/07)

§§ 890, 985 ZPO – Zwangsvollstreckung; vorläufiger Rechtsschutz; Beachtlichkeit der unberechtigten Verbotsverfügung

a) Eine im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes durch Urteil erlassene Verbotsverfügung wird mit der Verkündung des Urteils wirksam und ist vom Schuldner ab diesem Zeitpunkt zu beachten, wenn sie eine Ordnungsmittelandrohung enthält. In diesem Fall kann gegen den Schuldner bei einer schuldhaften Zuwiderhandlung nach Verkündung des Urteils ein Ordnungsmittel festgesetzt werden, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung vorliegen und die Verbotsverfügung vollzogen ist.

b) Sobald der Schuldner das Verbot beachten und im Fall einer Zuwiderhandlung mit der Verhängung von Ordnungsmitteln rechnen muss, weil das Urteil eine Ordnungsmittelandrohung enthält, ist er durch den Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO dagegen geschützt, dass sich die Verbotsverfügung nachträglich als unberechtigt erweist.

(BGH, Beschluss vom 22. 1. 2009 – I ZB 115/07)

KL-Mitteleiter: RiBGH Wellner, Karlsruhe.

Zu „Gewerbemiete und Teileigentum“ (GuT) Ausgabe September/Oktober 2009 erscheint die Beilage 50a zu Heft 50:

**Claudia R. Cymutta,
Miete und Insolvenz**

Die Beilage 50a wird den Abonnenten mit diesem Heft ausgeliefert.

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

Einzelstücke der Beilage 50a, Umfang 96 Seiten, DIN A 5, können zum Preis von 16,00 EUR inkl. 7% MwSt zzgl. Porto bei der Prewest Verlag Pressedienste Medien und Kultur GmbH, Fax 0228/470954, info@prewest.de, bezogen werden.

Besteuerung

Steuern – Umschau Oktober 2009

RiFG i.R. Karl-Christian Callsen, Erftstadt-Liblar

Kein Grundstückshandel bei 27 veräußerten Objekten außerhalb 5 Jahren?

Der nachfolgende Sachverhalt stellt lehrbuchartig die Rechtsprechung des BFH zum gewerblichen Grundstückshandel dar, allerdings mit umgekehrten Vorzeichen. Ein Arzt wollte – wegen Veräußerungsverluste – Grundstückshändler sein, was ihm jedoch das FA und FG verwehrten.

Der als Arzt freiberuflich tätige Kläger (Kl) veräußerte in den Jahren 1986 bis 1991 insgesamt 27 Immobilienobjekte. Diese hatte er in den Jahren 1976 bis 1986 erworben. So hatte er das Grundstück W in 1981 erworben, mit 21 ETW bebaut und 1991 veräußert. Im Streitfall betrug lediglich bei einem der zu berücksichtigenden Objekte der Zeitraum zwischen An- und Verkauf weniger als fünf Jahre. Bei allen anderen Objekten betrug die Zeit zwischen Erwerb und Veräußerung zwischen sieben und elf Jahre. Die Objekte waren tatsächlich länger als 5 Jahre fremdvermietet. Die Veräußerungen begannen erst, als er – infolge finanzieller Probleme – gezwungen war, einzelne Objekte wieder zu veräußern. Die hierbei erlittenen Verluste wollte er als negative Einkünfte aus Gewerbebetrieb anerkannt haben. Die Verweigerung ihm nicht nur sein Wohnsitz-FA, sondern auch das FG Bremen mit Urteil vom 3. 7. 2008 (EFG 2009, 743 mit Anm.; rkr. geworden durch Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde des Kl zum BFH mit Beschluss vom 29. 12. 2008 als unbegründet).

Wird der Fünfjahreszeitraum, der keine starre Grenze ist, zwischen Erwerb und Veräußerung nicht unwesentlich überschritten, müssen besondere Umstände vorliegen, die den Rückschluss auf eine bedingte Veräußerungsabsicht schon bei Erwerb zulassen. Solche Umstände konnte der Kl, sicherlich auch schlecht steuerlich beraten, nicht vortragen. Der Verkauf langfristiger vermieteter Wohnungen stellte sich somit als Abschluss einer privaten Vermögensverwaltung dar. Der plötzliche, krisenbedingte Verkauf mit Verlust wird sich angesichts der augenblicklichen Finanzkrise zukünftig häufiger realisieren. Ob die Finanzverwaltung, wenn in solchen Fällen Veräußerungsgewinne erzielt werden, ebenfalls einen gewerblichen Grundstückshandel verneinen würde?!

Grundstückshandel und enger zeitlicher Zusammenhang bei einem Objekt

Das FA erfasste den Veräußerungsgewinn von DM 8,057 Mio. im Streitjahr 1996 als gewerblichen Grundstückshandel nach dem Ankauf eines Grundstücks und der 10 Monate späteren Verpflichtung zur Bebauung mit einem Baumarkt. Nach erfolglosem Einspruchsverfahren gab das FG Düsseldorf mit Urteil vom 4. 5. 2006 der Klage statt, die Revision des FA zum BFH (Urteil vom 27. 11. 2008 IV R 38/06 in FR 2009, 527 mit Anm. Vors. RiBFH Prof. Dr. Kanzler) blieb erfolglos.

Die Klägerin (Kl), eine GbR, bestehend aus zwei Brüdern, hatte Erfolg sowohl beim FG als auch beim BFH. Hinzuweisen ist hier zum einen auf das Bestreben der Finanzverwaltung einerseits, Veräußerungsgewinne auch bei sog. „Ein-Objekt-Fällen“ schon fast regelmäßig steuerlich zu erfassen, obwohl doch gerade die sog. Drei-Objekt-Grenze hierbei Hürden aufgestellt hat. Zum andern äußert der Vors.Ri am BFH Prof. Kanzler in einer Anmerkung harsche Kritik an dem von der BFH-Rechtsprechung entwickelten Institut des gewerblichen Grundstückshandels, ob sich die Steuergerichte mit dieser Rechtsfortbildung in diesem Bereich noch im Rahmen ihrer Ermächtigung zur typisierenden Gesetzesauslegung bewegen, wenn das zusätzlich geschaffene Tatbestandsmerkmal des „engen zeitlichen Zusammenhangs“ zwischen Erwerb oder Bebauung und

Veräußerung im Streitfall wiederum einer intensiven Auslegung an Hand mehrerer BFH-Urteile bedurfte, die schwer nachvollziehbar ist. Das BFH-Urteil und die Anmerkung zeigen auf, wie die BFH-Rechtsprechung hierzu ausufert, die Steuerplanungssicherheit immer weiter abnimmt und für den kundigen Stpfl. immer größere Steuergestaltungsbereiche geschaffen werden. Dies vergrößert den allgemeinen Frust bei der immer weiter fortschreitenden Komplizierung des Steuerrechts.

Vermietung einer Ferienwohnung als Gewerbebetrieb

Die steuerliche Anerkennung der regelmäßig negativen Einkünfte aus V+V einer Ferienwohnung scheidet überwiegend nicht nur an den hohen Hürden hierfür durch die Rechtsprechung, sondern auch die steuerliche Anerkennung der hieraus erzielten regelmäßig negativen Einkünfte aus Gewerbebetrieb.

Die Kläger (Kl) erwarben 1991 für DM 267.800,- je zur Hälfte eine Ferienwohnung in einer Ferienparkanlage. Eine GmbH bewarb die Ferienparkanlage und vermietete die Wohnung der Kl in deren Namen an laufend wechselnde Feriengäste; die Gäste konnten die Wohnungen entweder bei der GmbH oder an der Rezeption vor Ort buchen. Sie ermittelten für die Jahre 1991 bis 2003 durch Betriebsvermögensvergleich einen Gesamtverlust von ./. DM 489.622,- (!). Für die Streitjahre 1995 bis 2000 stellte das FA die erklärten Verluste zunächst unter Nachprüfungsvorbehalt fest. Nach einer Außenprüfung gelangte es zu der Auffassung, den Kl fehle die Gewinnerzielungsabsicht und stellte nunmehr mit Änderungsbescheiden die gewerblichen Einkünfte jeweils mit DM 0,- fest. Einspruch und Klage (Urteil des Niedersächs. FG vom 10. 1. 2008) blieben erfolglos. Das FG führte im Wesentlichen aus, es handele sich zwar um gewerbliche Einkünfte, weil die Ferienwohnung von der GmbH hotelmäßig angeboten und verwaltet werde. Diese Einkünfte seien aber steuerrechtlich unbeachtlich, weil die Kl die Wohnung nicht mit Gewinnerzielungsabsicht vermietet hätten. Sie würden innerhalb von 30 Jahren keinen Totalgewinn erzielen.

Der BFH wies die Nichtzulassungsbeschwerde der Kl mit Beschluss vom 17. 3. 2009 (BFH/NV 2009, 1114) als unbegründet zurück. Es billigte die Auffassung des FG, dass hier Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorlagen. Das hotelmäßige Angebot erfordere, dass die Wohnungen auch ohne Voranmeldungen jederzeit zur Vermietung bereitgehalten werden und sich in einem Zustand befinden, der die sofortige Vermietung wie hier zulässt. Auch ansonsten hätten die Kl keinen offensichtlichen Rechtsanwendungsfehler von erheblichem Gewicht im Sinne einer willkürlichen oder greifbar gesetzwidrigen Entscheidung gerügt, der ausnahmsweise zur Revisionszulassung führe.

Prüfung der Einkünfteerzielungsabsicht objekt- und nicht grundstücksbezogen

Die Kläger (Kl) sind in den Streitjahren 1996, 1998 und 1999 zusammen zu veranlagende Eheleute. Die Ehefrau hatte in 1986 ein Grundstück erworben, das mit einem Wohnhaus, einem Stall und Nebengebäude sowie einem Stadel (Scheune) bebaut war. In den Streitjahren waren Stall und ein Nebenraum zum Einstellen von Pferden (diese durften im Garten auslaufen) und einer Kutsche zu einer Jahrespacht von DM 800,-, der Stadel zum Unterstellen eines Wohnmobils zu einer Jahrespacht von DM 600,- verpachtet. In ihren Einkommensteuerklärungen für die Streitjahre stellte sie den Einnahmen von DM 1400,- die Aufwendungen für das gesamte Grundstück (AfA von DM 2240,-, Schuldzinsen, Erschließungsbeiträge von DM 45.011,- in 1998, Grundsteuer von jeweils DM 100,-) als WK bei den Einkünften aus V+V gegenüber. Zunächst erkannte das FA (bis auf die Erschließungskosten, deren Abzug es voll ablehnte) WK nur insoweit an, als die Kl ihr Grundstück vermietete (etwa zur Hälfte). Im Einspruchsverfahren verböserte es und lehnte mangels Einkünfteerzielungsabsicht ab, negative Einkünfte aus V+V zu berücksichtigen. Die Klage war erfolgreich. Das FG München

(Urteil vom 18. 3. 2008 in EFG 2009, 252) berücksichtigte die gesamten Aufwendungen. Die Kl habe mit Einkünfteerzielungsabsicht gehandelt, weil bei dauerhafter Vermietung grundsätzlich typisierend von dieser auszugehen sei. Sie habe zwar nur Stall und Stadel dauerhaft vermietet, aber der Pächter habe auch Teile des Wohngebäudes nutzen dürfen. Die Kosten der Erschließung seien voll als WK zu berücksichtigen, weil es sich nicht um eine erstmalige Erschließung gehandelt habe.

Der BFH hob jedoch mit Urteil vom 1. 4. 2009 (IX R 39/08, in Steuer-Telex 2009, 436) das Urteil der Vorinstanz auf und verwies zur weiteren Prüfung zurück. Er billigte zwar typisierend die Bejahung der Einkünfteerzielungsabsicht. Diese erfasste aber nicht das gesamte Grundstück, weil nur Teile davon, nämlich Stall und Stadel, vermietet waren. Zu prüfen sei, ob, wie von der Kl behauptet, auch hinsichtlich der nicht vermieteten Grundstücksteile Vermietungsabsicht bestand, so dass vorab entstandene WK zu bejahen seien. Er bejahte auch die volle Abzugsfähigkeit des Erschließungsaufwands, der aber, sofern sich die Vermietungstätigkeit nicht auf das gesamte Grundstück bezog, nur anteilig zu berücksichtigen sei.

Es erstaunt doch manchmal, was der BFH noch alles für aufklärungsbedürftig hält!

Austausch von Flach- durch Satteldach: Erhaltungsaufwand?

Der Kläger (Kl) ersetzte im Streitjahr 2000 das Flachdach eines zweigeschossigen Gebäudes durch ein Satteldach mit einem ausbaufähigen, neuen Dachgeschoss für DM 248.048,-. Das bisherige Flachdach war schadhaft. Einen Betrag von DM 95.383,- machte er als sofort abzugsfähigen Erhaltungsaufwand geltend. Sowohl das FA als auch das FG München mit Urteil vom 2. 4. 2009 (Steuer-Telex 2009, 487) behandelten diesen Aufwand jedoch als Herstellungskosten, der nur über die Gebäude-AfA absetzbar ist. Zwar gehöre die Renovierung der schadhafte, alten Hausbedeckung für sich besehen als Erhaltungsaufwand zu den sofort abzugsfähigen Werbungskosten. Doch entstehe durch den Einbau des Satteldachs erstmals ein ausbaufähiges, neues Dachgeschoss, weshalb es sich insgesamt um Herstellungsaufwand handle. Das gelte dann auch für den anteiligen Erhaltungsaufwand, der ohne den Dachausbau bei der Sanierung ohnehin angefallen wäre. Aufwendungen für die Erweiterung eines Gebäudes sind als nachträgliche Herstellungskosten zu beurteilen, wenn sich die nutzbare Fläche vergrößert oder sich die Immobilie in ihrer Substanz vermehrt.

Anrufungsauskunft: Bloße Wissenserklärung oder Verwaltungsakt?

Die Klägerin (Kl) betreibt ein Unternehmen zur Verteilung von Direktwerbemitteln. Sie verteilt Werbeprospekte, Flyer etc. für Handelsunternehmen durch 300–500 Verteiler, die vorwiegend Schüler, Jugendliche, Studenten und Rentner sind, an Privathaushalte. Sie beantragte bei ihrem Betriebsstätten-FA eine Anrufungsauskunft gem. § 42e EStG dahingehend, wie diese Mitarbeiter steuerlich zu behandeln sind. Sie erhielt am 11. 8. 2000 die Auskunft, die Mitarbeiter seien nach dem geschilderten Sachverhalt als Selbständige zu behandeln. Nach Verlegung ihres Geschäftssitzes erneuerte sie beim nunmehr zuständigen FA unter Vorlage eines Mustervertrages mit den Zustellern am 20. 2. 2001 ihre Anfrage. Das FA teilte der Kl am 27. 4. 2001 daraufhin mit, dass es bei der bisherigen Einschätzung verbleibe. Am 18. 3. 2002 jedoch widersprach das FA seine Anrufungsauskunft mit sofortiger Wirkung mit Hinweis auf ein Urteil des FG Niedersachsen. Nach erfolglosem Einspruchsverfahren blieb auch die Anfechtungsklage zum FG Niedersachsen (Urteil vom 14. 1. 2005) ohne Erfolg. Die Anrufungsauskunft sei nach der bisherigen BFH-Rechtsprechung eine bloße Wissenserklärung, die Klage somit unzulässig.

Der BFH jedoch führte in seinem Urteil vom 30. 4. 2009 (DB 2009, 1682 mit Anm. Änderung der Rechtsprechung) aus, dass eine dem Arbeitgeber erteilte Anrufungsauskunft gem. § 42e EStG nicht nur eine unverbindliche Rechtsauskunft des FA darstelle, wie im einzelnen Fall die Vorschriften über die LSt an-

zuwenden seien. Sie sei vielmehr ein feststellender Verwaltungsakt, mit dem sich das FA selbst binde. Diese Vorschrift berechtige ihn auch, eine ihm erteilte Anrufungsauskunft gfls. im Klageweg inhaltlich überprüfen zu lassen.

Sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber können eine LSt-Anrufungsauskunft beantragen, die nunmehr beide gerichtlich überprüfen lassen können.

Betreutes Wohnen: Haushaltsnahe Dienstleistungen abzugsfähig

Der BFH hat mit Urteil vom 29. 1. 2009 (BFH/NV 2009, 823) wie die Vorinstanz (FG Hamburg mit Urteil vom 5. 5. 2008 in EFG 2008, 1888) entschieden, dass aus einer Rechnung für Zwecke der Steuerermäßigung von haushaltsnahen Dienstleistungen gem. § 35a EStG der Erbringer der Leistung als Rechnungsaussteller, der Empfänger dieser Dienstleistung, die Art, der Zeitpunkt und der Inhalt der Dienstleistung sowie die dafür vom Stpfl. jeweils geschuldeten Entgelte ersichtlich sein müssen. Im Urteilsfall ging es darum, dass ein Wohnstift der nicht pflegebedürftigen Stpfl. im Zusammenhang mit der Bescheinigung über Verrichtungen im Haushalt zum Wohnvertrag für Wohnen, Verpflegung und Betreuung ein Betrag von € 3500,- im Streitjahr 2004 in Rechnung gestellt hatte, wobei aus der Rechnung folgende Entgeltsbestandteile ersichtlich waren: Wöchentliche Reinigung der Fußböden und sanitären Anlagen des Apartments sowie die vierteljährliche Reinigung der Fenster, Vorhalten eines Hausmeisters, Pflege des zum Wohnstift gehörenden Gartens, der von allen Bewohnern genutzt werden kann, tägliches Zubereiten und Servieren eines warmen Mittagmenüs, alternativ einer Abendmahlzeit, Krankenpflege im Apartment bei vorübergehender Erkrankung, 24-stündiger Bereitschaftsdienst zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der haustechnischen Einrichtungen, 24-stündiger Notfallbereitschaftsdienst des hauseigenen ambulanten Pflegedienstes. Unter „Haushalt“ versteht der BFH in dem o. a. Urteil die Wirtschaftsführung mehrerer zusammenlebender Personen, der auch von dem Bewohner eines Wohnstifts im Rahmen des betreuten Wohnens geführt werden kann. Auch das Vorhalten von Haus- und Etagedamen, deren Aufgabe neben der Betreuung des Bewohners noch zusätzlich in seiner Begleitung, dem Empfang von Besuchern und der Erledigung kleiner Botengänge besteht, ist den haushaltsnahen Dienstleistungen zuzurechnen. In der Rechnung sollten die wesentlichen Grundlagen der steuerlich geförderten Leistungsbeziehungen enthalten sein, die Leistungen sollten, bezogen auf das Gesamtentgelt, in prozentualen Anteilen angegeben sein.

Notrufzentrale außerhalb des Grundstücks: Haushaltsnahe Dienstleistung?

Der Kläger (Kl) begehrt, die monatlichen Grundgebühren für den Anschluss an eine außerhalb des Grundstücks untergebrachte Notrufzentrale als Aufwendungen für eine „haushaltsnahe“ Dienstleistung anzuerkennen. Dies lehnten sowohl das FA als auch das FG Hamburg (Urteil vom 20. 1. 2009, 3 K 245/08, rkr., DStR 2009, Heft 32 vom 7. 8. 2009, S. VII) ab. Es genüge nicht, dass eine Tätigkeit außerhalb des Grundstücks mittels Leitungen zum Grundstück und dortiger technischer Einrichtungen Wirkungen erzeuge und der Erfolg dem Haushalt zugute komme. Die Arbeitskosten müssen im Haushalt angefallen sein. Dieser Fall unterscheide sich von dem Fall eines Wachpersonaleinsatzes auf dem Grundstück selbst. Hierfür habe das FA die Aufwendungen zu Recht anerkannt.

Grabpflegekosten als haushaltsnahe Dienstleistung?

Der Kläger (Kl) machte in seiner Einkommensteuererklärung für das Streitjahr 2004 von dem Betrag von € 1700,- für Grabpflegekosten bei seiner verstorbenen Ehefrau € 340,- gem. § 35a EStG steuermindernd geltend. Nach dieser Vorschrift kann für die Inanspruchnahme von haushaltsnahen Dienstleistungen, die in einem inländischen Haushalt des Stpfl. erbracht werden, die tarifliche Einkommensteuer auf Antrag um 20%, maximal jedoch € 600,- ermäßigt werden. Nach ablehnender Ein-

spruchsentscheidung wies auch das Niedersächsische FG mit Urteil vom 25. 2. 2009 (rkr., DStRE 2009, 1060) die Klage ab. Nach § 35a EStG werden Tätigkeiten im Haushalt des Stpfl. begünstigt. Die Grabstelle ist aber kein Teil des zum Haushalt des Kl. gehörenden Gartens. Die Grabstelle befindet sich nicht auf dem Hausgrundstück des Kl.

§ 222 AO; §§ 8, 12 KAG NRW

Vorrang der Begleichung des Kanalanschlussbeitrags wegen eines unbebauten, landwirtschaftlich genutzten, als Gewerbegebiet überplanten Grundstücks vor der Finanzierung eines Familienheimes

1. Eine zur Stundung eines Beitrags aus Billigkeitsgründen nach § 222 Satz 1 AO berechtigende erhebliche Härte ist gegeben, wenn der Beitragsschuldner nach einer Abwägung zwischen dem Interesse der Gemeinde an einer vollständigen und gleichmäßigen Beitragserhebung und dem Interesse des Beitragspflichtigen an einem Aufschub der Fälligkeit zumutbar nicht in der Lage ist, die Beitragsschuld ohne ein Entgegenkommen in zeitlicher Hinsicht zu begleichen.

2. Die für eine Stundung erforderliche Stundungswürdigkeit setzt voraus, dass der Beitragspflichtige sein Möglichstes zur Abtragung der Beitragsschuld getan hat. Sie scheidet somit aus, wenn es dem Beitragsschuldner möglich und zumutbar war, sich für eine Zahlung am Fälligkeitstag die erforderlichen Mittel zu verschaffen.

(OVG Münster, Urteil vom 19. 5. 2009 – 15 A 4164/06)

Zum Sachverhalt: Der Kläger wurde wegen seines unbebauten, landwirtschaftlich genutzten Grundstücks, das als Gewerbegebiet überplant ist, zu einem Kanalanschlussbeitrag herangezogen. Der Kläger zahlte darauf einen Teil unter Inanspruchnahme eines Darlehens seiner Eltern. Im Verwaltungsprozess um den Beitragsbescheid ermäßigte die Gemeinde den Beitrag. Unabhängig davon hatte der Kläger beantragt, ihm aus Billigkeitsgründen den Beitrag – auch soweit er schon gezahlt worden war – zinslos zu stunden, da er ein Familienheim für sich und seiner Familie errichtet habe und daher den Beitrag nicht begleichen könne. Das VG Minden verurteilte den beklagten Bürgermeister antragsgemäß, soweit der Beitrag noch nicht bezahlt war, und wies die Klage im Übrigen ab. Im Berufungsrechtszug wies das OVG NRW die Klage vollständig ab.

Aus den Gründen: Die Klage ist zur Gänze unbegründet. Die Ablehnung der zinslosen Stundung des Anschlussbeitrags ist rechtmäßig (vgl. § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). Der Kläger hat keinen Anspruch auf die begehrte Maßnahme. Daraus ergibt sich, dass die zulässige Berufung des Beklagten gegen die teilweise Verurteilung zur zinslosen Stundung begründet ist.

Ein derartiger Anspruch ergibt sich nicht aus § 135 Abs. 4 BauGB, der allein Erschließungsbeitragspflichten betrifft, im Anschlussbeitragsrecht nach § 8 KAG NRW aber nicht anwendbar ist (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 25. 4. 1995 – 15 A 357/93 –, StuGR 1995, 272).

Nach § 12 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a KAG NRW i. V. m. § 222 Satz 1 AO können Beitragsansprüche ganz oder teilweise gestundet werden, wenn die Einziehung bei Fälligkeit eine erhebliche Härte für den Schuldner bedeuten würde und der Anspruch durch die Stundung nicht gefährdet erscheint. Hier fehlt es bereits am Merkmal der erheblichen Härte.

Eine erhebliche Härte ist gegeben, wenn der Beitragsschuldner nach einer Abwägung zwischen dem Interesse der Gemeinde an einer vollständigen und gleichmäßigen Beitragserhebung und dem Interesse des Beitragspflichtigen an einem Aufschub der Fälligkeit zumutbar nicht in der Lage ist, die Beitragsschuld ohne ein Entgegenkommen in zeitlicher Hinsicht zu begleichen. Die Entscheidung über die Beitragsstundung ist eine Ermessensentscheidung. Der Begriff der erheblichen Härte in § 222 AO ist ebenso wie der Begriff unbillig in § 227 Abs. 1

AO ein unbestimmter Rechtsbegriff, der Inhalt und Grenzen der pflichtgemäßen Ermessensausübung bestimmt. Der Begriff einer erheblichen Härte im Sinne des § 222 AO stellt geringere Anforderungen als der der Unbilligkeit im Sinne des § 227 AO. Das erklärt sich aus dem Unterschied in der Rechtsfolge: Die Anwendung des § 222 AO führt nicht zum Erlöschen des Steueranspruchs, sondern nur zur Hinausschiebung seiner Fälligkeit (vgl. BVerwG, Urteil vom 23. 8. 1990 – 8 C 42. 88 –, NJW 1991, 1073 (1076)).

In die Beurteilung, ob die Zahlung zum Fälligkeitszeitpunkt eine erhebliche Härte darstellt, ist auch einzustellen, ob der Beitragspflichtige stundungswürdig ist (vgl. BFH, Beschluss vom 1. 7. 1998 – IV B 7/98 –, juris, Rn. 14).

Dies folgt aus dem Billigkeitscharakter der Stundung. Nur dann, wenn der Beitragspflichtige sein Möglichstes zur Abtragung der Beitragsschuld getan hat, ist eine Stundung zu rechtfertigen. Sie scheidet somit aus, wenn es dem Beitragsschuldner möglich und zumutbar war, sich für eine Zahlung am Fälligkeitstag die erforderlichen Mittel zu verschaffen (vgl. BFH, Urteile vom 2. 7. 1986 – I R 39/83 –, juris, Rn. 31, und vom 21. 8. 1973 – VIII R 8/68 –, BFHE 111, 275 (277); Rüsken, in: Klein, AO, 8. Aufl., § 222 Rn. 28; Kruse, in: Tipke/Kruse, AO und FGO, Loseblattsammlung (Stand: November 2008), § 222 AO Rn. 35 f.; v. Groll, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO und FGO, Loseblattsammlung (Stand: Dezember 2008), § 222 AO, Rn. 130, 145; Brusckke, in: Pump/Fittkau, AO, Loseblattsammlung (Stand: März 2009), § 222 Rn. 32, 36, 82).

Das ist hier der Fall: Der Kläger musste jedenfalls seit der Bekanntgabe des Beitragsbescheids damit rechnen, in Kürze eine erhebliche Beitragszahlung leisten zu müssen. Dennoch hat er sich danach entschlossen, für sich und seine Familie ein Wohnhaus zu errichten bzw. umzubauen, obwohl er nur geringes Eigenkapital einbrachte.

Dies alles wäre möglicherweise noch kein Hinderungsgrund, die Einziehung des Beitrags dennoch als erhebliche Härte zu beurteilen, wenn – wie der Kläger vorträgt – die Errichtung des Wohnhauses statt der Miete eines Hauses wirtschaftlich geboten gewesen wäre (vgl. etwa zur Möglichkeit der Stundung einer Steuer, wenn sie wegen betriebsnotwendiger Investitionen nicht beglichen werden kann, BFH, Urteil vom 21. 8. 1973 – VIII R 8/68 –, BFHE 111, 275 (277); Rüsken, in: Klein, AO, 8. Aufl., § 222 Rn. 28; v. Groll, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO und FGO, Loseblattsammlung (Stand: Dezember 2008), § 222 AO, Rn. 132; Brusckke, in: Pump/Fittkau, AO, Loseblattsammlung (Stand: März 2009), § 222 Rn. 32).

Das würde aber voraussetzen, dass das Haus mit Eigenmitteln ohne Verwertung des der Beitragspflicht unterliegenden Grundstücks oder jedenfalls erst nach Verwertung des Grundstücks zur Begleichung der Beitragsschuld errichtet worden wäre. Denn im Gegensatz zur gegenleistungslos erhobenen Steuer ist der Beitrag eine Gegenleistung für die dem Grundstückseigentümer durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Entwässerungsanlage gebotenen wirtschaftlichen Vorteile (§ 8 Abs. 2 Satz 2 KAG NRW). Der Beitragspflichtige hat eine Leistung erhalten, nämlich die durch die Möglichkeit des Kanalanschlusses und die damit erst bewirkte entwässerungstechnische Erschließung herbeigeführte Erhöhung des Gebrauchswerts des Grundstücks (vgl. zum wirtschaftlichen Vorteil bei einem Kanalanschlussbeitrag OVG Münster, Urteil vom 25. 7. 2006 – 15 A 2089/04 –, NWVBl. 2007, 151 (153)).

Dieser wirtschaftliche Vorteil setzt den Beitragspflichtigen – jedenfalls bei unbebauten Grundstücken – erst in den Stand, ein ohne Entwässerungsmöglichkeit baulich oder gewerblich gewöhnlich nicht nutzbares Grundstück als Bauland zu verwerten. Dieser spezifisch beitragsrechtliche Gesichtspunkt schließt es regelmäßig aus, eine Zahlungspflicht als erhebliche Härte zu beurteilen, wenn das so im Gebrauchswert gesteigerte Grundstück statt zur Begleichung der Beitragsschuld zur Herstellung eines Hauses verwertet wird.

Der Kläger hat das Wohnhaus nicht aus Eigenmitteln errichtet, sondern unter Verwertung des der Beitragspflicht unterliegenden Grundstücks, indem er es als Sicherungsgrundlage für einen Kredit eingesetzt hat. Die Höhe der bestellten Grundschuld hätte bequem ausgereicht, den Beitrag zu zahlen. Er hat also den mit dem Beitrag abzugeltenden wirtschaftlichen Vorteil erhalten und ohne Rücksicht auf die Beitragspflicht verwertet.

Dem Kläger war es zuzumuten, das der Beitragspflicht unterliegende Grundstück zuerst zur Begleichung der Beitragsschuld zu verwerten und dann unter weiterer Verwertung des Grundstücks und eventuell höherer Kreditaufnahme das Wohnhaus zu errichten. Sollte dies nicht möglich gewesen sein, war es dem Kläger zumutbar, auf die Errichtung des Wohnhauses für seine Familie zu verzichten. Auch unter dem Gesichtspunkt des besonderen Schutzes von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) begründet dieser Verwertungszweck keine erhebliche Härte. Zwar gebietet die Norm als verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts einen besonderen Schutz durch die staatliche Ordnung und begründet eine allgemeine Pflicht des Staates zur Förderung der Familie durch geeignete Maßnahmen, ohne dass konkrete Ansprüche auf bestimmte staatliche Leistungen aus dem Förderungsgebot hergeleitet werden können (vgl. BVerfG, Urteil vom 12. 2. 2003 – 1 BvR 624/01 –, BVerfGE 107, 205 (212 f.)).

Jedoch kann unter diesem Gesichtspunkt nicht verlangt werden, dass man eine kommunale Leistung in Bezug auf ein Grundstück erhält und dieses sodann zur Herstellung eines Familienheims verwerten darf, ohne die Gegenleistung dafür rechtzeitig begleichen zu müssen. Wenn man dies nämlich nicht kann, muss auf den Verwertungszweck der Errichtung eines Familienwohnheims zu Gunsten der Entrichtung der Beitragsschuld verzichtet werden. Das müssen andere Personen ohne entsprechende finanzielle Mittel, die nicht über ein durch entwässerungstechnische Erschließung wertvoll gewordenes Grundstück als Kreditunterlage verfügen, auch tun.

Da der Kläger somit keinen Anspruch auf – zinspflichtige (§ 12 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b KAG NRW i. V. m. § 234 Abs. 1 AO) – Stundung hat, kommt ein Anspruch auf zinslose Stundung (§ 12 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. b KAG NRW i. V. m. § 234 Abs. 2 AO) erst recht nicht in Betracht.

Mitgeteilt von der Veröffentlichungskommission des OVG Münster

§ 386 AO; § 258a StGB
Verfahrensverzögerung im Strafverfahren

Zum Zusammenwirken von Finanzbehörden und Staatsanwaltschaften im steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Zu strafrechtlichen Folgen bei vorwerfbarer Verfahrensverzögerung.

(BGH, Beschluss vom 30. 4. 2009 – 1 StR 90/09)

Aus Tenor und den Gründen: Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 30. April 2009 beschlossen: Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Saarbrücken vom 25. September 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). Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Ergänzend bemerkt der Senat:

Das Landgericht hat den Angeklagten am 25. September 2008 wegen Steuerhinterziehung in drei Fällen zu der Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Nach den Feststellungen der Strafkammer hat der Angeklagte insgesamt 2.439.888,- DM an Einkommen- und Gewerbesteuer hinterzogen, betreffend die Veranlagungszeiträume 1997 und 1998.

Die Strafkammer hat eine konventionswidrige Verzögerung des gerichtlichen Verfahrens von zwei Jahren festgestellt und deshalb bestimmt, dass acht Monate der erkannten Strafe als verbüßt gelten. Soweit der Angeklagte eine höhere Kompensation begehrt, genügt der Vortrag in der Revisionsbegründung nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 12. März 2009 zutreffend dargelegt hat.

Der der Revisionsgegengerklärung der Staatsanwaltschaft vom 15. Januar 2009 zu entnehmende Ablauf des Ermittlungsverfahrens gibt jedoch Anlass zu dem Hinweis, dass es in Fällen dieser Größenordnung schon während des Ermittlungsverfahrens einer frühzeitigen Zusammenarbeit zwischen den Finanzbehörden und der Staatsanwaltschaft bedarf.

Hieran fehlte es im vorliegenden Fall:

Am 27. August 1999 leitete die Steuerfahndungsstelle das Ermittlungsverfahren gegen den Angeklagten wegen Verdachts der Umsatz-, Gewerbe- und Einkommensteuerhinterziehung für die Veranlagungszeiträume 1994 bis 1998 ein. Die Bekanntgabe an den Angeklagten erfolgte am 14. Januar 2000. Am 15. Februar 2002 stellte die Steuerfahndung den Prüfbericht fertig. Mit Schreiben vom 9. Juli 2002 wurde die Sache der Bußgeld- und Strafsachenstelle für die Finanzämter des Saarlands zugeleitet. Nach Steuerneuberechnungen und sonstigen (weitgehend vom Angeklagten bzw. seiner Verteidigung veranlassten und in der Gegengerklärung der Staatsanwaltschaft im Einzelnen dargestellten) Verfahrensvorgängen wurden die Akten am 18. März 2004 der Staatsanwaltschaft Saarbrücken zum Zwecke der Anklageerhebung vorgelegt, die am 6. Mai 2004 - erstmals - Anklage zum Landgericht Saarbrücken erhob.

Bis zum 18. März 2004 „war die Staatsanwaltschaft in die Ermittlungen nicht eingebunden“ und - soweit ersichtlich - über die Existenz des Ermittlungsverfahrens auch nicht informiert. Im Bericht der Steuerfahndung vom 15. Februar 2002 findet sich vielmehr folgende Bemerkung (unter Punkt 23):

„Bemühungen des Prüfers, den Fall im Ermittlungsverfahren wegen seiner Bedeutung und Größenordnung an die Staatsanwaltschaft (Haftbefehl) abzugeben, sind bisher gescheitert.“

Eine Praxis, wie sie im vorliegenden Fall zu Tage tritt, entspricht - unabhängig davon, ob ein Haftbefehlsantrag geboten erscheint - nicht der Intention der gesetzlichen Regelungen über das Zusammenwirken zwischen Finanzbehörden und Staatsanwaltschaften im steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren.

Zwar hat die Finanzbehörde bei Verdacht einer Steuerstraftat (und Begleitdelikten gemäß § 386 Abs. 2 Nr. 2 AO) im Grundsatz eine eigenständige Ermittlungskompetenz (§ 386 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 399 Abs. 1 AO; vgl. auch Erb in Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. § 160 Rdn. 11). Zudem bestimmt § 400 AO: „Bieten die Ermittlungen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage, so beantragt die Finanzbehörde beim Richter den Erlass eines Strafbefehls, wenn die Strafsache zur Behandlung im Strafbefehlsverfahren geeignet erscheint; ist dies nicht der Fall, so legt die Finanzbehörde die Akten der Staatsanwaltschaft vor.“ Hieraus könnte geschlossen werden, dass die Finanzbehörde in allen Fällen die Sache bis zur Anklageerhebung (bzw. Einstellungsreife) ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft selbständig ausermittelt.

Dies wäre mit der in § 386 Abs. 4 AO geregelten Rollenverteilung zwischen Finanzbehörde und Staatsanwaltschaft nicht vereinbar. Danach hat nicht nur die Finanzbehörde das Recht, eine Strafsache jederzeit an die Staatsanwaltschaft abzugeben (§ 386 Abs. 4 Satz 1 AO). Vor allem kann die Staatsanwaltschaft die Steuerstrafsache jederzeit von sich aus an sich ziehen (Evocationsrecht der Staatsanwaltschaft gemäß § 386 Abs. 4 Satz 2 AO). Dies bedeutet, dass die Staatsanwaltschaft zwar in den steuerstrafrechtlichen Verfahren, die von den Finanzbehörden gemäß § 386 Abs. 2 AO autonom betrieben werden, abweichend von § 152 Abs. 1 GVG den ermittelnden Steuerfahndungsbeamten keine Weisungen erteilen kann. Die Staatsanwaltschaft bleibt aber auch in diesen Fällen (entsprechend dem den §§ 152

Abs. 2, 160 Abs. 1 StPO i.V.m. § 385 Abs. 1 AO zu entnehmenden Grundsatz) insoweit „Herrin des Verfahrens“, als sie - wenn z. B. bei Kontroversen über die Gestaltung eines bei der Finanzbehörde geführten Verfahrens kein Einvernehmen erzielt werden kann - dieses zur Durchsetzung ihrer Vorstellungen jederzeit gemäß § 386 Abs. 4 Satz 2 AO übernehmen kann (vgl. OLG Stuttgart wistra 1991, 190; Randt in Franzen/Gast/Joecks, Steuerstrafrecht, 6. Aufl. § 386 AO Rdn. 4; Muhler in Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. § 15 Rdn. 14). Die Steuerfahndungsbeamten haben dann den Anordnungen der Staatsanwaltschaft als deren Ermittlungsgehilfen Folge zu leisten (§ 152 Abs. 1 GVG).

Mit dieser Stellung der Staatsanwaltschaft in allen steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren korrespondiert eine Unterrichtungspflicht der Finanzbehörden gegenüber der Staatsanwaltschaft (vgl. Randt aaO Rdn. 47). Allerdings besteht keine gesetzliche Pflicht, wonach die Finanzbehörden sämtliche von ihr eingeleiteten Ermittlungsverfahren dorthin mitzuteilen haben. Dies wäre auch nicht sinnvoll. Damit die Staatsanwaltschaft ihr Recht und ihre Pflicht zur Prüfung einer Evokation auch in jedem Einzelfall und in jedem Stadium des Verfahrens sachgerecht ausüben kann, muss sie aber in den „in Betracht kommenden Fällen“ frühzeitig eingebunden sein. Die Finanzbehörden haben daher die Staatsanwaltschaft über alle bei der Steuerfahndung anhängigen Ermittlungsverfahren, bei denen eine Evokation nicht fern liegt, frühzeitig zu unterrichten, etwa bei regelmäßigen stattfindenden Kontaktgesprächen.

Die Übernahme durch die Staatsanwaltschaft kann wegen der Bedeutung einer auch kleineren Sache - wegen einer besonderen öffentlichen Aufmerksamkeit etwa - im Raum stehen, jedenfalls dann, wenn Zweifel bestehen oder während des Gangs der Ermittlungen entstehen, ob die Sache zur Erledigung im Strafbefehlsverfahren geeignet ist, insbesondere wenn - oder sobald - wegen der Größenordnung oder der Bedeutung des Falls eine Anklage beim Landgericht zu erwarten ist. Die frühzeitige Einbeziehung der Staatsanwaltschaft ist gerade auch dann angezeigt, wenn sich die Beweislage - wie im vorliegenden Fall - zu Beginn als schwierig darstellt.

Für diese Sache ist - unabhängig von der fehlenden Zulässigkeit der entsprechenden Rüge - abschließend anzumerken, dass die fehlende frühzeitige Unterrichtung der Staatsanwaltschaft hier zu keiner (weiteren) konventionswidrigen Verfahrensverzögerung (während des Ermittlungsverfahrens) geführt hat. Dies wurde durch die rasche Anklageerhebung nach Eingang der Akten bei der Staatsanwaltschaft noch vermieden. Fehlende frühzeitige Abstimmung zwischen Staatsanwaltschaft und Finanzbehörden kann aber auch ohne konventionswidrige Verzögerung eine frühzeitige Aburteilung vereiteln. Eine damit verbundene Verfahrensverlängerung ist jedenfalls strafzumessungsrelevant. Dies gilt erst recht bei einer konventionswidrigen Verzögerung, wenn diese zu einer Reduzierung der Strafe führt (BGHSt 52, 124). Zu weiteren Konsequenzen für Amtsträger siehe BGHR StGB § 258 Abs. 1 Vollendung 1 (Verzögerung), die auch eine ausreichende Personalausstattung im Blick haben müssen.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Zu Verfahrensdauern vgl. die Pressemeldungen des BVerfG in GuT 2009, 354–355 f. (in diesem Heft).



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

§ 267 StPO

Anforderungen an steuerstrafrechtliche Urteile; Feststellung und Beweiswürdigung von Besteuerungsgrundlagen; Steuerhinterziehung

Zu den Anforderungen an die Feststellung und die Beweiswürdigung von Besteuerungsgrundlagen in steuerstrafrechtlichen Urteilen.

(BGH, Urteil vom 12. 5. 2009 – 1 StR 718/08)

1 **Aus den Gründen:** Das Landgericht [Gießen] hat den Angeklagten wegen Steuerhinterziehung in elf Fällen, wegen Verstoßes gegen das Waffengesetz in zwei Fällen, wegen Beihilfe zum Betrug in zwei Fällen und wegen Beihilfe zum Verstoß gegen das Aufenthaltsgesetz zu der Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und fünf Monaten verurteilt. Die Revision des Beschwerdeführers, mit der er ohne nähere Ausführungen die Verletzung sachlichen Rechts rügt, hat lediglich den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist sie unbegründet.

2 I. 1. Der Verurteilung wegen Steuerhinterziehung liegen folgende Feststellungen zu Grunde:

3 Der Angeklagte ist seit ca. 20 Jahren im Immobiliengeschäft tätig. Er erzielte steuerpflichtige Umsätze durch die Überlassung eigener und angemieteter Wohnungen; die meisten der Wohnungen überließ er Prostituierten zur Ausübung der gewerblichen Prostitution. Im Jahre 1999 gründete der Angeklagte die BH gesellschaft mbH (nachfolgend: BH GmbH), deren Geschäftsführer er seit der Gründung war.

4 Für den Veranlagungszeitraum 1999 unterließ es der Angeklagte für sich persönlich Umsatzsteuererklärungen abzugeben. Dadurch wurde Umsatzsteuer in Höhe von 55.040,- DM verkürzt. Darüber hinaus gab er unter dem Datum des 8. Februar 2001 eine Einkommensteuererklärung für das Jahr 1999 bei dem für ihn zuständigen Finanzamt ab, in der er bewusst wahrheitswidrig zu geringe Einkünfte erklärte, weshalb am 5. April 2001 die von ihm zu zahlende Einkommensteuer um 100.982,- DM und der Solidaritätszuschlag um 5.505,17 DM zu gering festgesetzt wurden. Auf dieser Grundlage setzte das Landgericht wegen Steuerhinterziehung in drei Tateinheitlichen Fällen eine Geldstrafe von 270 Tagessätzen fest.

5 Für die Veranlagungszeiträume der Jahre 2000 bis 2004 erklärte der Angeklagte die aus der Überlassung der Wohnungen resultierenden Einkünfte und Umsätze, die er selbst und die BH GmbH erzielte, in den jeweiligen Steuererklärungen nicht vollständig, wodurch Einkommensteuer und Solidaritätszuschlag, Umsatz-, Körperschaft- und Gewerbesteuer in einer Gesamthöhe von etwa 620.000,- EUR verkürzt wurden.

6 2. Die Verurteilung im Fall 1. der Urteilsgründe kann keinen Bestand haben, soweit der Angeklagte für den Veranlagungszeitraum 1999 Tateinheitlich auch wegen Hinterziehung von Umsatzsteuer verurteilt wurde. Ihr steht ein Verfolgungshindernis entgegen, weshalb das Verfahren insoweit einzustellen ist.

7 a) Selbst wenn man wegen der Einschaltung eines Steuerberaters davon ausgeht, dass dem Angeklagten über die gesetzliche Frist nach § 149 Abs. 2 AO (31. Mai 2000) hinaus eine Fristverlängerung eingeräumt war (vgl. die Gleichlautenden Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder über Steuererklärungsfristen für das Kalenderjahr 1999, BStBl. 2000 I, 86), war die Tat jedenfalls spätestens am 30. September 2000 beendet (vgl. BGHR AO § 370 Verjährung 3). Bis zum Eintritt der Verjährung erfolgte keine geeignete Unterbrechungshandlung. Der Durchsuchungsbeschluss in dem gegen den Angeklagten geführten Verfahren (§ 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB) wurde erst am 24. März 2006 erlassen.

8 b) Das Verfahren ist daher insoweit gemäß § 260 Abs. 3 StPO einzustellen. Die Annahme von Tateinheit steht dem nicht entgegen. Zwar bedarf es einer förmlichen Einstellung nicht, wenn sich ein Prozesshindernis nur auf eine Tateinheitlich be-

gangene Gesetzesverletzung bezieht (BGHSt 7, 305, 306; Meyer-Goßner, StPO 51. Aufl. § 260 Rdn. 43). Der Bundesgerichtshof hat jedoch andererseits entschieden, dass in Fällen, in denen sich die Annahme von Tateinheit schon aufgrund des der Anklage zu Grunde liegenden Sachverhalts als verfehlt darstellt, ein Teilfreispruch zu erfolgen hat, wenn eine der in Betracht kommenden selbständigen Taten nicht nachzuweisen ist (BGH NJW 1993, 2125, 2126; ebenso Schoreit in KK StPO § 260 Rdn. 20, Meyer-Goßner StPO 51. Aufl. § 260 Rdn. 12 m.w.N.).

9 Der vorliegende Fall, in dem die Verurteilung wegen Vorliegens eines Verfolgungshindernisses nicht erfolgen kann, ist diesen Fällen vergleichbar. Auch insoweit ist zur erschöpfenden Erledigung des angeklagten Prozessstoffes eine Teileinstellung auszusprechen, da sich die Annahme von Tateinheit in der Anklage und dem Eröffnungsbeschluss als verfehlt erweist. Denn durch die pflichtwidrig unterlassene Umsatzsteuererklärung für den Veranlagungszeitraum 1999 ist der Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO erfüllt. Demgegenüber verwirklichte der Angeklagte durch Abgabe der unrichtigen Einkommensteuererklärung und die daran anschließende Festsetzung durch die Finanzbehörden den Tatbestand des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO. Liegen aber die Handlungsalternative des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO und die Unterlassungsalternative des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO vor, die sich zudem noch auf unterschiedliche Steuerarten beziehen, stehen die beiden verwirklichten Straftaten in Tateinheit (BGH wistra 2005, 30, 31).

10 3. Die Feststellungen hinsichtlich der übrigen Fälle der Steuerhinterziehung tragen demgegenüber den Schuld- und den Strafausspruch. Wenngleich die Sachdarstellung teilweise unvollständig ist und die getroffenen Feststellungen nicht zwischen der Darlegung des Tatgeschehens, der Beweiswürdigung und der rechtlichen Würdigung unterscheiden, so dass sie sich teilweise auch als unklar und unübersichtlich erweisen, ermöglichen sie dem Senat dennoch eine hinreichende rechtliche Überprüfung des Urteils.

11 a) Nach § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO müssen die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen, also das Tatgeschehen mitteilen, in dem die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden. Dies muss in einer geschlossenen Darstellung aller äußeren und jeweils im Zusammenhang damit auch der dazugehörigen inneren Tatsachen in so vollständiger Weise geschehen, dass in den konkret angeführten Tatsachen der gesetzliche Tatbestand erkannt werden kann (vgl. BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Sachdarstellung 4 und 7). Nur dann kann das Revisionsgericht auf die Sachrüge prüfen, ob bei der rechtlichen Würdigung eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist (§ 337 StPO).

12 Bei der Steuerhinterziehung kommt hinzu, dass die Blankettnorm des § 370 AO und die sie ausfüllenden steuerrechtlichen Vorschriften zusammen die maßgebliche Strafvorschrift bilden (BGH NStZ 2007, 595). Die Strafvorschrift des § 370 AO wird materiellrechtlich ausgefüllt durch die im Einzelfall anzuwendenden steuerrechtlichen Vorschriften, aus denen sich ergibt, welches steuerlich erhebliche Verhalten im Rahmen der jeweiligen Abgabenart zu einer Steuerverkürzung geführt hat (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 374, 375; NStZ 2001, 201).

13 Die sachlich-rechtliche Prüfung der rechtlichen Würdigung durch das Revisionsgericht setzt bei einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung voraus, dass die steuerlich erheblichen Tatsachen festgestellt sind. Dazu gehören insbesondere diejenigen Parameter, die maßgebliche Grundlage für die Steuerberechnung sind (Besteuerungsgrundlagen).

14 b) Bei einer Steuerhinterziehung durch Abgabe unrichtiger Steuererklärungen sind daher grundsätzlich folgende Anforderungen zu stellen:

15 aa) Die Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO ist einerseits *Erklärungsdelikt*. Der Tatbestand wird dadurch verwirklicht, dass gegenüber den Finanzbehörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben

gemacht werden. Daher ist festzustellen, wann der Angeklagte welche Steuererklärungen mit welchem Inhalt abgegeben hat (BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Sachdarstellung 4).

16 bb) Die Steuerhinterziehung ist darüber hinaus *Erfolgsdelikt*, da § 370 Abs. 1 AO voraussetzt, dass durch die unrichtigen oder unvollständigen Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen Steuern verkürzt oder nicht gerechtfertigte Steuervorteile erlangt worden sind. Steuern sind dabei namentlich dann verkürzt, wenn sie nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden (§ 370 Abs. 4 Satz 1 AO). Insoweit bedarf es einerseits der Feststellung, welche Steuern seitens der Finanzbehörden zu welchem Zeitpunkt festgesetzt wurden (sog. Ist-Steuer). Weiter ist erforderlich, dass zum einen der tatsächliche Sachverhalt festgestellt wird, aus dem die von Gesetzes wegen geschuldete Steuer folgt (sog. Soll-Steuer). Daneben ist die Soll-Steuer als solche festzustellen. Aus der Gegenüberstellung von Soll- und Ist-Steuer ergibt sich dann die verkürzte Steuer.

17 c) Von der Feststellung der Besteuerungsgrundlagen, also der steuerrechtlich erheblichen Tatsachen, zu unterscheiden ist die Frage, in welchem Umfang die festgestellten Tatsachen gewürdigt werden müssen (Beweiswürdigung). Für einen geständigen und zudem verteidigten Angeklagten (vgl. § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO) gilt grundsätzlich:

18 Räumt der Angeklagte die Besteuerungsgrundlagen ein und hat sich der Tatrichter erkennbar von der Richtigkeit des Geständnisses überzeugt, dann genügt eine knappe Würdigung der so gefundenen Überzeugung. Jedenfalls, soweit es um das „reine Zahlenwerk“ - etwa den Umsatz, die Betriebseinnahmen oder die Betriebsausgaben - geht, wird regelmäßig davon ausgegangen werden können, dass auch ein steuerrechtlich nicht versierter Angeklagter diese Parameter aus eigener Kenntnis bekunden kann.

19 Der Tatrichter kann seine Überzeugung insoweit auch auf verlässliche Wahrnehmungen von Beamten der Finanzverwaltung zu den tatsächlichen Besteuerungsgrundlagen stützen. Angaben von Beamten der Finanzverwaltung zu tatsächlichen Gegebenheiten können - wie bei sonstigen Zeugen auch - taugliche Grundlage der Überzeugung des Tatgerichts sein.

20 d) Die auf den so festgestellten Besteuerungsgrundlagen aufbauende Steuerberechnung ist Rechtsanwendung und daher Aufgabe des Tatgerichts (vgl. BGHR AO § 370 Abs. 1 Berechnungsdarstellung 9; BGH NStZ 2001, 200, 201). Dieses ist zwar nicht gehalten, den eigentlichen Berechnungsvorgang als Teil der Subsumtion im Urteil darzustellen, sofern dieser vom Revisionsgericht selbst durchgeführt werden kann. Freilich empfiehlt sich eine solche Berechnungsdarstellung bereits deshalb, weil sie die Nachvollziehbarkeit des Urteils erleichtert. Zudem bietet die Berechnungsdarstellung die Möglichkeit zu kontrollieren, ob die steuerlich erheblichen Tatsachen im angefochtenen Urteil festgestellt sind.

21 Den der Berechnungsdarstellung zukommenden Aufgaben kann nicht durch Bezugnahmen auf Betriebs- oder Fahndungsprüfungsberichte entsprochen werden. Das Tatgericht ist aber nicht gehindert, sich Steuerberechnungen von Beamten der Finanzverwaltung anzuschließen, die auf den festgestellten Besteuerungsgrundlagen aufbauen. Allerdings muss im Urteil zweifelsfrei erkennbar sein, dass das Tatgericht eine eigenständige - weil ihm obliegende Rechtsanwendung - Steuerberechnung durchgeführt hat (vgl. Jäger StraFo 2006, 477, 479 m.w.N.).

22 e) Den vorstehenden Anforderungen wird das Urteil nicht in vollem Umfang gerecht. Auf der teilweise unvollständigen Sachdarstellung beruht das Urteil indes nicht.

23 aa) Ist die sachlich-rechtliche Überprüfung dem Revisionsgericht aufgrund unzureichender Feststellung der Besteuerungsgrundlagen nicht zuverlässig möglich, so beruht das Urteil grundsätzlich auf einer Verletzung des Gesetzes (§ 337 StPO).

24 Ausnahmsweise kann trotz unzureichender Darstellung der Besteuerungsgrundlagen aber ein Beruhen dann ausgeschlossen werden, wenn sich die Darstellungsmängel allein auf die Überprüfbarkeit der Höhe der hinterzogenen Steuern - mit hin die Überprüfbarkeit des Schuldumfangs - durch das Revisionsgericht beziehen und auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen sicher ausgeschlossen werden kann, dass die Steuerberechnung den Angeklagten in Bezug auf den Schuldumfang beschwert.

25 bb) So liegt der Fall hier. Die getroffenen Feststellungen tragen den Schuldspruch; auf der Grundlage der im Urteil - wengleich an unterschiedlichen Stellen - mitgeteilten Besteuerungsgrundlagen kann der Senat auch ausschließen, dass sich auf der Grundlage einer rechtsfehlerfreien Darstellung eine geringere Steuerverkürzung ergeben hätte.

26 Anhand der mitgeteilten Umsätze sowie der festgestellten Aufwendungen, die seitens des Angeklagten bzw. der BH GmbH getätigt wurden, lässt sich die von Gesetzes wegen geschuldete Umsatzsteuer ebenso wie die von Gesetzes wegen geschuldete Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuer in ihrer Größenordnung berechnen. Soweit bei der Darstellung der im Veranlagungszeitraum 2000 hinterzogenen Steuern teilweise Feststellungen fehlen, die angesichts der damaligen Geltung des körperschaftsteuerrechtlichen Anrechnungsverfahrens (vgl. § 27 Abs. 1 i. Vm. Abs. 3 Satz 2 KStG aF) erforderlich waren, gefährdet dies den Bestand des Urteils im konkreten Fall nicht. Insbesondere kann trotz der fehlenden Feststellungen zum verwendbaren Eigenkapital der BH GmbH (vgl. insoweit Senat, Urt. vom 2. Dezember 2008 - 1 StR 375/08) die Höhe der hinterzogenen Körperschaftsteuer ermittelt werden. Aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ergibt sich, dass es bei der BH GmbH im Veranlagungszeitraum 2000 nach damaligem Recht kein verwendbares Eigenkapital gab, das auf der Ebene der Gesellschafter zu einer weiteren Steuererstattung geführt hätte oder hätte führen können.

27 Die auf dieser Grundlage erfolgte Überprüfung der vom Landgericht angenommenen Soll-Steuern durch den Senat ergab keine Berechnungsfehler zum Nachteil des Angeklagten. Dieser hat zudem das Ergebnis der Neuberechnung der Steuern, die auf der Grundlage der von ihm eingestandenen Besteuerungsgrundlagen in der Hauptverhandlung erfolgte, auch anerkannt. Hierfür war der kaufmännisch versierte und verteidigte Angeklagte auch ausreichend sachkundig.

28 II. Demgegenüber kann in den Fällen 15. und 16. der Urteilsgründe die Verurteilung wegen Verstoßes gegen das Waffengesetz in zwei Fällen keinen Bestand haben. [...]

33 III. Im Zusammenhang mit der Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zum Verstoß gegen das Aufenthaltsgesetz und wegen Beihilfe zum Betrug in zwei Fällen zeigt die Revision keinen Rechtsfehler auf.

34 IV. 1. Der Wegfall der Verurteilung wegen tateinheitlicher Steuerhinterziehung hinsichtlich der Umsatzsteuer für den Veranlagungszeitraum 1999 im Fall 1. der Urteilsgründe führt nicht zur Aufhebung der hierfür verhängten - angesichts des verbleibenden Schadens und der einschlägigen Vorstrafe des Angeklagten sehr maßvollen - Einzelstrafe. Der Senat kann ausschließen, dass das Landgericht bei zutreffender rechtlicher Würdigung auf eine geringere Einzelstrafe erkannt hätte, weil auch festgestellte, aber verjährte Taten bei der Findung schuldangemessener Strafen berücksichtigt werden können (vgl. Senat, Beschl. vom 27. August 2008 - 1 StR 452/08; Fischer, StGB 56. Aufl. § 46 Rdn. 38b m.w.N.).

35 2. Der Wegfall der in Fall 16. der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafe von vier Monaten führt nicht zur Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs. In Anbetracht der verbleibenden Einzelstrafen und der maßvollen Erhöhung der Einsatzstrafe von einem Jahr und drei Monaten, kann der Senat in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO ausschließen, dass das Landgericht auf eine niedrigere Gesamtstrafe als zwei Jahre und fünf Monate erkannt hätte.

36 3. Unabhängig davon weist der Senat darauf hin, dass das Landgericht die an sich für schuldangemessen erachtete Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten um fünf Monate milderte, ohne dass dies rechtlich geboten war.

37 Der Milderung lag zu Grunde, dass der gegen den Angeklagten ergangene Haftbefehl mit der Maßgabe außer Vollzug gesetzt wurde, dass der Aufenthalt des Angeklagten mittels einer elektronischen Fußfessel überwacht wird. Die Auflage wurde für die Dauer von einem Jahr und fünf Monaten vollzogen. Diesem Umstand hat die Strafkammer einerseits „ganz erheblich bei der Strafzumessung zugunsten des Angeklagten“ Rechnung getragen (UA S. 28). Darüber hinaus erachtete das Landgericht deswegen aber eine Milderung der tatsächlich für schuldangemessen erachteten Gesamtfreiheitsstrafe für erforderlich.

38 Die Überwachung des Aufenthalts des Angeklagten mittels einer elektronischen Fußfessel stellt indes keine haftgleiche Freiheitsentziehung, sondern vielmehr nur eine Freiheitsbeschränkung dar (vgl. auch Senat NJW 1998, 767; Heghmanns ZRP 1999, 297, 302, siehe auch Fünfsinn in Festschrift für Eisenberg S. 691, 697 m.w.N.). Eine wie auch immer geartete Anrechnung auf die verhängte Strafe ist daher nicht erforderlich. Vielmehr handelt es sich - wie vom Landgericht im Ansatz richtig gesehen - nur um einen allgemeinen Strafzumessungsgrund zu Gunsten des Angeklagten.

Mitgeteilt von RiBGH Wellner, Karlsruhe

Hinw. d. Red.: Zu den Anforderungen an das Strafurteil bei Steuerhinterziehung vgl. auch BGH GuT 2006, 95.

Kurzfassungen/Leitsätze (KL)
Steuerrecht etc.

§ 199 BGB; § 28p SGB IV – Schadensersatz wegen nicht abgeführter Sozialversicherungsbeiträge; AOK

a) Bei Behörden und öffentlichen Körperschaften beginnt die Verjährungsfrist für zivilrechtliche Schadensersatzansprüche nach § 199 Abs. 1 BGB zu laufen, wenn der zuständige Bedienstete der verfügungsberechtigten Behörde Kenntnis von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen erlangt; verfügungsberechtigt in diesem Sinne sind dabei solche Behörden, denen die Entscheidungskompetenz für die zivilrechtliche Verfolgung von Schadensersatzansprüchen zukommt, wobei die behördliche Zuständigkeitsverteilung zu respektieren ist.

b) Im Zusammenhang mit einer Prüfung im Sinne von § 28p SGB IV ist der zuständige Rentenversicherungsträger auch verfügungsberechtigt für die Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsführer einer GmbH wegen der Vorenthaltung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen.

(BGH, Urteil vom 12. 5. 2009 – VI ZR 294/08)

§ 823 BGB; § 24 SGB IV; § 266a StGB – Vorenthaltung von Sozialversicherungsbeiträgen; Haftung für Säumniszuschläge

Der wegen Vorenthaltung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung schadensersatzpflichtige Geschäftsführer einer GmbH (§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 26 a Abs. 1, § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB) haftet nicht für Säumniszuschläge gemäß § 24 Abs. 1 SGB IV. Diese Vorschrift ist kein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB.

(BGH, Hinweisbeschluss vom 14. 7. 2008 – II ZR 238/07)

§§ 153, 370 AO – Pflicht zur Berichtigung der als fehlerhaft erkannten Angaben in der Steuererklärung; Steuerhinterziehung; Umsatzsteuer

1. Eine steuerrechtliche Anzeige- und Berichtigungspflicht nach § 153 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO besteht auch dann, wenn der Steuerpflichtige die Unrichtigkeit seiner Angaben bei Abgabe der Steuererklärung nicht gekannt, aber billigend in Kauf genommen hat und er später zu der sicheren Erkenntnis gelangt ist, dass die Angaben unrichtig sind,

2. Die sich aus § 153 AO ergebende steuerrechtliche Pflicht zur Berichtigung von mit bedingtem Hinterziehungsvorsatz abgegebenen Erklärungen wird strafrechtlich erst mit der Bekanntgabe der Einleitung eines Strafverfahrens suspendiert, das die unrichtigen Angaben erfasst (im Anschluss an BGHSt 47, 8, 14).

(BGH, Beschluss vom 17. 3. 2009 – 1 StR 479/08)

§ 370 AO; § 18 UStG; § 46 StGB – Steuerhinterziehung; Umsatzsteuer; Voranmeldungen; Jahreserklärung

Bei der Hinterziehung von Umsatzsteuern bemisst sich der Umfang der verkürzten Steuern oder erlangten Steuervorteile auch dann nach deren Nominalbetrag, wenn die Tathandlung in der pflichtwidrigen Nichtabgabe oder der Abgabe einer unrichtigen Umsatzsteuervoranmeldung im Sinne von § 18 Abs. 1 UStG liegt. Der Umstand, dass in solchen Fällen im Hinblick auf die Verpflichtung zur Abgabe einer Umsatzsteuerjahreserklärung (§ 18 Abs. 3 UStG) zunächst nur eine Steuerhinterziehung „auf Zeit“ gegeben ist, führt nicht dazu, dass der tatbestandsmäßige Erfolg lediglich in der Höhe der Hinterziehungszinsen zu erblicken wäre.

(BGH, Urteil vom 17. 3. 2009 – 1 StR 627/08)

Magazin

Politik und Recht

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 104/2009 vom 11. 9. 2009

Verfassungsbeschwerde wegen überlanger Dauer eines zivilgerichtlichen Verfahrens erfolgreich

Die Verfassungsbeschwerde betrifft ein zivilgerichtliches Verfahren über Abfindungsansprüche nach der Kündigung des Sozietätsvertrages einer Steuerberaterpraxis. Die klagende Beschwerdeführerin hatte die Kündigung erklärt, weil der Beklagte Mandate auf eigene Rechnung bearbeitet hatte. Beim Landgericht Hannover ist das Verfahren seit dem Jahr 1995, also seit 14 Jahren, anhängig. Zwei Teilurteile des Landgerichts hat das Oberlandesgericht in den Jahren 2004 und 2008 aufgehoben und den Rechtsstreit jeweils an das Landgericht zurückverwiesen. Umstritten ist neben dem Wert der Praxis vor allem, ob und inwieweit die Beschwerdeführerin Mandate nach Kündigung des Sozietätsvertrages weiter betreut und dadurch Umsätze erwirtschaftet hat, die ihren Abfindungsanspruch mindern würden. Der Verfahrensausgang ist für die Beschwerdeführerin von besonderer Bedeutung, weil der geltend gemachte Anspruch ihrer Schilderung nach den Hauptbestandteil ihres Vermögens ausmacht und sie durch Schulden, die sie im Zusammenhang mit dem Erwerb der gekündigten Beteiligung an der Steuerberaterpraxis aufgenommen hatte, noch belastet ist.

Die außergewöhnlich lange Dauer des komplizierten Verfahrens, in dem bislang ein Gutachten und fünf Ergänzungsgutachten angefordert wurden, beruht auf einigen dem Gericht nicht anzulastenden Umständen: Neben der Komplexität des Rechtsstreits ist insbesondere zu berücksichtigen, dass erhebliche Zeit durch die Einholung der Gutachten verstrichen ist. Deren Erstellung wurde dadurch verzögert, dass erforderliche Unterlagen zeitweise durch die Staatsanwaltschaft beschlagnahmt waren, überdies das Ergebnis der staatsanwaltlichen Ermittlungen für den Praxiswert von Bedeutung war und deshalb aus arbeits-ökonomischen Gründen abgewartet wurde, so dass das erste Gutachten erst im Jahr 2000 vorgelegt werden konnte. Eine im Jahr 2001 erhobene Widerklage und im Jahr 2002 geltend gemachte Aufrechnungen haben zu einer weiteren Erschwerung und Verzögerung des Verfahrens geführt.

Gleichwohl hat die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts die Verfassungsbeschwerde angenommen und eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG festgestellt (Beschluss vom 2. 9. 2009 – 1 BvR 3171/08). Dem Landgericht ist zwar

nicht vorzuwerfen, dass es das Verfahren durch schlichte Nichtbearbeitung verzögert hätte. Die Feststellung des Verfassungsverstoßes beruht vielmehr darauf, dass sich das Landgericht angesichts der zunehmenden und schließlich außergewöhnlich langen Verfahrensdauer nicht darauf hätte beschränken dürfen, das Verfahren wie einen gewöhnlichen, wenn auch komplizierten Rechtsstreit zu behandeln. Vielmehr hätte es - jedenfalls nach wenigen Jahren - sämtliche ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung nutzen müssen. Auch ein Bemühen um gerichtssinterne Entlastungsmaßnahmen wäre in Betracht zu ziehen gewesen. Dabei hätte das Landgericht einige Verzögerungen vermeiden können. So wurden unter anderem bei einem Wechsel der Kammerbesetzung verfahrensleitende Anordnungen wie die Terminierung einer mündlichen Verhandlung und die Anforderung eines der Ergänzungsgutachten erst in der neuen Kammerbesetzung vorgenommen, obwohl dies bereits in der alten Besetzung möglich gewesen wäre. Neben vermeidbaren kleineren Verzögerungen fällt besonders ins Gewicht, dass das Landgericht jedenfalls bis April 2009 nicht in die Beweiserhebung über die Frage einer Minderung des Anspruchs der Beschwerdeführerin wegen der möglichen Weiterbetreuung von Sozietätsmandaten eingetreten ist, obwohl die Parteien eine Vielzahl von Zeugen benannt hatten und die Relevanz dieses Punktes bereits im Jahr 2004 vom Oberlandesgericht bindend festgestellt worden war. Das Landgericht hätte die Zeugen parallel zur Einholung der Ergänzungsgutachten vernehmen können. Der mit dem dafür erforderlichen Anlegen einer Zweitakte verbundene Aufwand war angesichts der Verfahrensdauer in Kauf zu nehmen. Auch waren die Ergänzungsgutachten nicht vorgreiflich für die Zeugenvernehmungen und deshalb auch nicht zwingend vorab einzuholen. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, weshalb das Landgericht das vierte Ergänzungsgutachten nicht parallel zum Berufungsverfahren über das zweite Teilurteil im Jahr 2007 in Auftrag gegeben hat. Das Verfahren hätte dadurch in diesem fortgeschrittenen Stadium erheblich beschleunigt werden können.

Der Beschluss bestätigt, dass bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Frage, ab wann ein Verfahren unverhältnismäßig lange dauert, sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, vor allem: die Natur des Verfahrens und die Bedeutung der Sache für die Parteien; die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Beteiligten; die Schwierigkeit der Sachmaterie; das den Beteiligten zuzurechnende Verhalten, insbesondere Verfahrensverzögerungen durch sie sowie die gerichtlich nicht zu beeinflussende Tätigkeit Dritter, vor allem der

Sachverständigen. Ferner haben die Gerichte auch die Gesamtdauer des Verfahrens zu berücksichtigen und sich mit zunehmender Dauer nachhaltig um eine Beschleunigung des Verfahrens zu bemühen.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 112/2009 vom 2. 10. 2009

Verfassungsbeschwerde im Verfahren „Schächten von Tieren“ wegen Versagung von effektivem Rechtsschutz im Eilverfahren erfolgreich

Der Beschwerdeführer, ein muslimischer Metzger, streitet seit dem Jahr 1994 mit dem zuständigen Landkreis über Ausnahmegenehmigungen nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG für das betäubungslose Schlachten (Schächten) von Rindern und Schafen. Nachdem das Bundesverfassungsgericht im Januar 2002 (vgl. Pressemitteilung Nr. 2/2002 vom 15. Januar 2002) entschieden hatte, dass die Versagung einer Ausnahmegenehmigung Grundrechte des Beschwerdeführers verletzt hatte, verpflichtete das Verwaltungsgericht Gießen im Dezember 2002 den Landkreis, neu über den Genehmigungsantrag des Beschwerdeführers zu entscheiden. Dieses Urteil wurde rechtskräftig, nachdem es Ende 2006 in letzter Instanz durch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt worden war. Bis dahin durfte der Beschwerdeführer auf Grund einer vorläufigen Genehmigung schächten. Die noch ausstehende Entscheidung über die endgültige Ausnahmegenehmigung traf der Landkreis erst im September 2008, nachdem der Beschwerdeführer die Vollstreckung aus dem Urteil des Verwaltungsgerichts vom Dezember 2002 eingeleitet hatte. Der Landkreis erteilte ihm eine bis zum 31. Dezember 2008 befristete Ausnahmegenehmigung zum Schächten von 500 Schafen und 200 Rindern im Jahr 2008. Die von dem Beschwerdeführer für das Jahr 2009 beantragte Ausnahmegenehmigung und der gleichzeitig gestellte Antrag auf Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis hat der Landkreis bisher nicht beschieden. Einem Eilantrag des Beschwerdeführers gab das Verwaltungsgericht Gießen mit Beschluss vom 25. Februar 2009 statt. Der Beschwerdeführer erhielt vorläufig die Erlaubnis, pro Woche zwei Rinder und 30 Schafe zu schächten, dies allerdings nur mit der Maßgabe, dass er verschiedene näher bezeichnete Auflagen einhalte. Unter anderem wurde ihm aufgegeben, für die Anwesenheit eines Amtstierarztes beim Schächtvorgang Sorge zu tragen. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof hob diesen Beschluss des Verwaltungsgerichts auf die Beschwerde des Landkreises hin auf und lehnte den Eilantrag des Beschwerdeführers ab.

Die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat der Verfassungsbeschwerde stattgegeben, soweit sich der Beschwerdeführer gegen den Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und gegen die Auflage in dem Beschluss des Verwaltungsgerichts Gießen vom 25. Februar 2009 wendet, beim Schächten für eine Anwesenheit des Amtstierarztes Sorge zu tragen (Beschluss vom 28. 9. 2009 – 1 BvR 1702/09). Der Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs genügt dem verfassungsrechtlichen Gebot der Effektivität gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) nicht und war daher aufzuheben. Das Gericht hat den Anforderungen, die sich im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren sowohl für die Prüfung des Anordnungsanspruchs als auch des Anordnungsgrundes ergeben, nicht hinreichend Rechnung getragen. Der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Beschluss des Verwaltungsgerichts wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzes nicht gerecht, soweit dem Beschwerdeführer darin die Verpflichtung auferlegt wird, dafür Sorge zu tragen, dass während des Schächtvorgangs ständig ein Amtsveterinär anwesend ist. Diese Auflage kann der Beschwerdeführer ohne Mitwirkung des Landkreises nicht erfüllen; denn sie ist vom Verwaltungsgericht nicht – für den Landkreis verpflichtend – zum Bestandteil der einstweiligen Anordnung gemacht worden und kann deshalb vom Beschwerdeführer im Wege der Vollstreckung nicht durchgesetzt werden. Das Bundesverfassungsgericht musste daher nicht

darüber entscheiden, welche Auswirkungen die Einfügung des Tierschutzes in Art. 20a GG auf den Grundrechtsschutz eines gläubigen muslimischen Metzgers hat, der schächten will, um seine Kunden in Übereinstimmung mit ihrer Glaubensüberzeugung mit dem Fleisch geschächteter Tiere zu beliefern.

Der Entscheidung liegen im Wesentlichen folgende Erwägungen zu Grunde:

Wirksamer Rechtsschutz bedeutet auch Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit. Deshalb muss gerichtlicher Rechtsschutz insbesondere im Eilverfahren so weit wie möglich der Schaffung vollendeter Tatsachen zuvorkommen. Die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts Gießen, der sich auch der Verwaltungsgerichtshof angeschlossen hat, der Beschwerdeführer habe lediglich einen Anspruch auf eine auf das Kalenderjahr befristete Ausnahmegenehmigung nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG lässt befürchten, dass der vom Beschwerdeführer für ein Kalenderjahr geltend gemachte Anspruch ganz oder teilweise vereitelt werden kann, je später eine behördliche oder gerichtliche Entscheidung darüber ergeht. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer aufgrund der von ihm zu beachtenden Baugenehmigung nur eine gewisse Anzahl von Tieren pro Woche schlachten darf und seinen jetzt in Rede stehenden Antrag auf Erteilung der Ausnahmegenehmigung entsprechend beschränkt hat. Er kann daher bei einer verspäteten Erteilung der Genehmigung Schächtungen nicht „nachholen“. Dem Beschwerdeführer kann daher eine Verweisung auf das – möglicherweise über mehrere Instanzen geführte – Hauptsacheverfahren nicht zugemutet werden, da es im Blick auf den zu regelnden Lebenssachverhalt kaum noch zur rechten Zeit wird abgeschlossen werden können. In einer solchen Lage müssen die Gerichte auch im Eilverfahren den geltend gemachten Anspruch möglichst sorgfältig prüfen und dürfen sich nicht nur mit einer überschlägigen Rechtsprüfung begnügen.

Die kursorischen Erwägungen des Verwaltungsgerichtshofs zur fehlenden Glaubhaftmachung des Anordnungsanspruchs durch den Beschwerdeführer werden diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht. Sie sind nicht tragfähig und lassen keine umfassende Prüfung der Sach- und Rechtslage erkennen. Es ist insbesondere nicht plausibel, dass der Verwaltungsgerichtshof ohne weiteres den Schluss gezogen hat, der Beschwerdeführer werde ihm kraft Gesetzes obliegende oder durch eine Ausnahmegenehmigung auferlegte Beschränkungen hinsichtlich der Abgabe des Fleisches der von ihm geschächten Tiere missachten. Außerdem hätte der Verwaltungsgerichtshof sich nicht mit der Feststellung begnügen dürfen, der Landkreis wolle wegen Zweifeln an der Sachkunde des Beschwerdeführers als Schlachter die diesem erteilte Sachkundebescheinigung entziehen. Er hätte vielmehr prüfen müssen, ob angesichts der dafür angeführten Vorfälle eine solche Entziehung mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit rechtlich Bestand haben wird.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 115/2009 vom 8. 10. 2009

Verfassungsbeschwerde wegen überlanger Verfahrensdauer einer sozialrechtlichen Klage erfolgreich

Die Beschwerdeführerin, eine Vertragsärztin, hatte beim Sozialgericht Klage wegen mehrerer Honorarbescheide erhoben, die sie im April 2000 um zwei weitere Honorarbescheide erweiterte. Das klageabweisende Urteil des Sozialgerichts bezog sich nicht auf diese Bescheide, obwohl diese Klage im Januar 2004 zu den bereits anhängigen Klagen verbunden worden war. Im Berufungsverfahren wies das Landsozialgericht im Februar 2006 daraufhin, dass die Berufung wegen der fehlenden erstinstanzlichen Entscheidungen über die zwei Honorarbescheide unzulässig sei. Nach Trennung der Berufungsverfahren verwarf das Landessozialgericht im Dezember 2007 die Berufung als unzulässig. Das Urteil wurde der Beschwerdeführerin im April 2008 zugestellt. Die Beschwerdeführerin erhob Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision zum Bundessozialgericht.

Über die gestellten Anträge auf Protokollberichtigung, Urteils-ergänzung und Urteilsberichtigung entschied das Landessozialgericht im Mai 2008 (Protokollberichtigung), im Dezember 2008 (Urteils-ergänzung, zugestellt im April 2009) und im April 2009 (Urteilsberichtigung). Die Nichtzulassungsbeschwerde verwarf das Bundessozialgericht im März 2009. Die Beschwerdeführerin erinnerte das Sozialgericht seit Februar 2006 mehrfach an die noch ausstehende Entscheidung über die zwei Honorarbescheide, die im April 2000 mit Klage angegriffen worden waren. Das Sozialgericht ergriff weder verfahrensfördernde Maßnahmen noch erging bis heute eine Entscheidung.

Die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung angenommen und ihr stattgegeben, denn die Untätigkeit des Sozialgerichts in diesem Verfahren verletzt die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) (Beschluss vom 24. 9. 2009 – 1 BvR 1304/09). Nach Abwägung der konkreten Umstände des vorliegenden Verfahrens ist es verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbar, dass über den Abschluss des durch den Schriftsatz vom 2. April 2000 eingeleiteten erstinstanzlichen Verfahrens nach inzwischen über neun Jahren noch keine Klarheit besteht.

Die Sachmaterie weist im Vergleich zu den anderen von der Beschwerdeführerin betriebenen und bereits 2004 in erster Instanz abgeschlossenen Klageverfahren keine besonderen Schwierigkeiten auf, die die neunjährige Verfahrensdauer rechtfertigen. Obwohl die Beschwerdeführerin das Sozialgericht verschiedentlich auf eine noch ausstehende Entscheidung hinsichtlich der Honorarbescheide für die fraglichen Quartale hingewiesen hat, hat das Sozialgericht das Verfahren seit September 2004 nicht mehr gefördert. Selbst wenn man berücksichtigt, dass der Verfahrenfortgang anfangs nicht unerheblich durch in der Sphäre der Beschwerdeführerin liegende Gründe behindert wurde, lässt sich auch dadurch die erhebliche Verzögerung verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen.

Die Einlegung der Rechtsmittel wegen der fehlenden Entscheidung über die fraglichen Honorarbescheide durch die Beschwerdeführerin führt ebenfalls nicht zu einer anderen Beurteilung. Für die verfassungsrechtliche Bewertung ist ausschlaggebend, dass das Verfahren vor dem Landessozialgericht von der Einlegung der Berufung im Oktober 2004 bis zur Zustellung des die Berufung verwerfenden Urteils im April 2008 seinerseits knapp dreieinhalb Jahre gedauert hat, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund ersichtlich ist. Ein weiteres Jahr verging, bis im April 2009 die Entscheidung über den Antrag auf Urteils-ergänzung zugestellt und der Beschluss über den Antrag auf Urteilsberichtigung getroffen wurden. Das ist in Anbetracht der bereits im Februar 2006 zum Ausdruck gebrachten Auffassung des Landessozialgerichts, die Berufung sei hinsichtlich der noch nicht vom Sozialgericht entschiedenen Klageerweiterung unzulässig, mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes nicht zu vereinbaren. Das Landessozialgericht hätte spätestens ab diesem Zeitpunkt alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Verfahrensbeschleunigung nutzen müssen, um angesichts des damals immerhin schon rund sechs Jahre dauernden Verfahrens jede weitere Verzögerung der seiner Auffassung nach noch ausstehenden sozialgerichtlichen Entscheidung zu vermeiden.

Nicht anderes gilt im Ergebnis, wenn das Sozialgericht davon ausgegangen sein sollte, dass die Rechtshängigkeit der unter dem 2. April 2000 erhobenen Klage bereits im Jahr 2004 entfallen ist. In diesem Fall entspricht es in Anbetracht aller Umstände, namentlich der unklaren prozessualen Lage, ebenfalls nicht dem Gebot effektiven Rechtsschutzes, wenn ein Teilnehmer eines wirksam anhängig gemachten gerichtlichen Verfahrens trotz verschiedener Erinnerungen an eine Sachentscheidung vom dem Gericht, bei dem sein Verfahren möglicherweise noch anhängig ist, über Jahre im Ungewissen darüber gelassen wird, dass das Gericht das Verfahren bereits für abgeschlossen hält.

Die weitere Verfassungsbeschwerde, mit der die Beschwerdeführerin ebenfalls die Untätigkeit des Sozialgerichts in einem

seit 2008 anhängigen Verfahren gerügt hatte, wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 117/2009 vom 14.10.2009 Verfassungsbeschwerde gegen Anordnung einer Sicherheitsleistung bei Aussetzung der Vollziehung einer Umsatzsteuerfestsetzung erfolgreich

Die mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verbundene Verfassungsbeschwerde betrifft ein Verfahren der Umsatzsteuerfestsetzung. Streitig ist, ob das Finanzgericht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren die Aussetzung der Vollziehung (§ 69 Abs. 3 Satz 1 iVm Abs. 2 Satz 3 FGO) von einer Sicherheitsleistung abhängig machen durfte. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die umsatzsteuerpflichtige Beschwerdeführerin, dass einem Steuerpflichtigen, dessen wirtschaftliche Verhältnisse eine Sicherheitsleistung nicht zuließen, der Rechtsvorteil der Aussetzung trotz ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Steuerbescheids grundsätzlich nicht versagt werden dürfe.

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat entschieden, dass das Finanzgericht die Anordnung der Sicherheitsleistung verfassungsrechtlich nicht tragfähig begründet hat (Beschluss vom 22. 9. 2009 – 1 BvR 1305/09). Die gesetzliche Möglichkeit, wonach die Anordnung einer Sicherheitsleistung auch zu unterbleiben hat, wenn sie mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Steuerpflichtigen eine unbillige Härte für ihn bedeuten würde, etwa weil der Steuerpflichtige auch im Rahmen zumutbarer Anstrengungen nicht in der Lage ist, Sicherheit zu leisten, hat das Finanzamt in der Entscheidung unter Verkennung der Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) versagt.

Statt der Frage der wirtschaftlichen Zumutbarkeit einer Sicherheitsleistung für die Beschwerdeführerin durch entsprechende Aufklärung und substantiierte Auseinandersetzung mit den vorliegenden Erkenntnissen im einzelnen nachzugehen, hat sich das Finanzgericht auf die abstrakte rechtliche Erwägung zurückgezogen, dass von einer Sicherheitsleistung dann nicht abzusehen sei, wenn es um Steuerforderungen gehe, die laufend entstünden, weil das steuerpflichtige Unternehmen dann laufende Erlöse zurückhalten und diese als Sicherheitsleistung zur Verfügung stellen könne. Das Finanzgericht nimmt damit in Kauf, dass dem Steuerschuldner die Aussetzung der Vollziehung einer Steuerforderung trotz ernstlicher Zweifel an ihrer Rechtmäßigkeit nur gegen die Leistung einer Sicherheit gewährt wird, selbst wenn deren Aufbringung mit einer unbilligen Härte für ihn verbunden wäre.

Dass in Fällen einer aus laufend vereinnahmten Steuern resultierenden Steuerschuld die Leistung einer Sicherheit, wie das Finanzgericht offenbar meint, nie zu einer unbilligen Härte für den Steuerschuldner führen könne, ist nicht erkennbar und vom Finanzgericht auch nicht tragfähig begründet. Insbesondere setzt es sich nicht mit dem nahe liegenden allgemeinen Einwand auseinander, dass ein Unternehmer die laufend und künftig vereinnahmte Umsatzsteuer schon deshalb nicht als Sicherheitsleistung für alte Steuerschulden nutzbar machen kann, weil er diese Gelder ihrerseits als Steuern abführen muss.

Diese Sichtweise des Finanzgerichts schränkt die dem Steuerpflichtigen vom Gesetzgeber eingeräumte Möglichkeit zur Erlangung vorläufigen Rechtsschutzes unzumutbar ein. Die Entscheidung hat zur Folge, dass bei fortlaufend veranlagten und festgesetzten Steuern wie Lohn- und Umsatzsteuer zugunsten des Steuerpflichtigen unabhängig von seinen individuellen wirtschaftlichen Verhältnissen in aller Regel nicht von einer Sicherheitsleistung abgesehen werden kann. Vielmehr wird von diesem Steuerpflichtigen verlangt, sich die entsprechenden Mittel aus den laufenden Einnahmen - hier also der laufend vereinnahmten Umsatzsteuer - zu verschaffen. Dies soll unabhängig von der Tatsache gelten, ob die betroffenen Steuerpflichtigen zu einer derartigen Rücklegung wirtschaftlich überhaupt in

der Lage sind. Damit wird ganzen Gruppen von Steuerpflichtigen die Rechtsschutzmöglichkeit abgeschnitten, ohne Sicherheitsleistung die Aussetzung der Vollziehung auch eines ernsthaft in seiner Rechtmäßigkeit zweifelhaften Steuerverwaltungsakts zu erlangen, obwohl bei diesem rechtlichen Ausgangspunkt in keiner Weise gewährleistet ist, dass der Steuerpflichtige in diesen Fällen wirtschaftlich hierzu stets in der Lage ist.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 132/2009 vom 20. 11. 2009

Unzulässige Vorlage des Finanzgerichts Köln zur Verfassungsmäßigkeit von § 62 Abs. 2 EStG (Kindergeldausschluss für geduldete Ausländer)

Die Klägerin des Ausgangsverfahrens, eine ivorische Staatsangehörige, zog 1999 nach der Heirat mit einem deutschen Staatsangehörigen nach Deutschland. In der Folge trennte sie sich von ihrem Ehegatten. Im Jahr 2002 zog der 1988 in Côte d'Ivoire geborene Sohn zur Klägerin. Im November 2002 wurde die Klägerin ausgewiesen. Ihr wurde eine Duldung erteilt, die zunächst bis September 2003 verlängert wurde. Die zuständige Behörde lehnte den Antrag auf Bewilligung von Kindergeld für ihren Sohn ab. Nach erfolglosem Einspruch erhob die Klägerin Klage. Das Finanzgericht Köln hat in diesem Verfahren betreffend den Bewilligungszeitraum ab Januar 2005 dem Bundesverfassungsgericht die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob es mit dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) vereinbar ist, dass vollziehbar ausreisepflichtige, seit längerer Zeit geduldete Ausländer nach § 62 Abs. 2 EStG von der Kindergeldgewährung ausgeschlossen sind. Auch eine Duldung könne eine Vorstufe zum Daueraufenthalt sein, wie der Fall der Klägerin zeige.

Die Vorgängerregelung zu § 62 Abs. 2 EStG, § 1 Abs. 3 des Bundeskindergeldgesetzes in der Fassung des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (1. SKWPG) vom 21. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2353), wurde mit Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juli 2004 (BVerfGE 111, 160) für mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt. Die Regelung knüpfte den Kindergeldanspruch für Ausländer an den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltserlaubnis, schloss aber Inhaber von Aufenthaltserlaubnissen, einem in erster Linie aus humanitären Gründen zu erteilenden Aufenthaltstitel, aus.

Die daraufhin mit § 62 Abs. 2 EStG (Gesetz vom 13. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2915)) ergangene, auch im Falle der Klägerin anwendbare Neuregelung des Kindergeldanspruchs für Ausländer gewährt nun im Wesentlichen neben gemeinschaftsrechtlich Freizügigkeitsberechtigten denjenigen Ausländern einen Kindergeldanspruch, die über eine Niederlassungserlaubnis verfügen oder eine Aufenthaltserlaubnis besitzen, die zur Erwerbstätigkeit berechtigt. Handelt es sich dabei um eine Aufenthaltserlaubnis, die aus humanitären Gründen erteilt worden ist (§§ 23a, 24, 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG), muss sich der Ausländer seit mindestens drei Jahren wenigstens geduldet in Deutschland aufgehalten haben und erwerbstätig sein oder Leistungen nach dem Dritten Buch des SGB oder Elterngeld beziehen, um einen Anspruch auf Kindergeld zu haben. Personen, deren Aufenthalt im Bundesgebiet nur geduldet ist, sind vom Kindergeldanspruch ausgeschlossen.

Die 1. Kammer des Zweiten Senats entschied, dass die Vorlage des Finanzgerichts Köln unzulässig ist, weil das Gericht im Vorlagebeschluss die Entscheidungserheblichkeit der Verfassungsmäßigkeit von § 62 Abs. 2 EStG nicht ausreichend dargelegt hat (Beschluss vom 6. 11. 2009 – 2 BvL 4/07). So hat das Finanzgericht den Aufenthaltsstatus der Klägerin für den Zeitraum ab Januar 2005 nicht ermittelt, obwohl dieser für die Sachentscheidung über den Anspruch auf Kindergeld nach § 62 Abs. 2 EStG entscheidend ist. Außerdem hat das Gericht seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des § 62 Abs. 2 EStG nicht hinreichend dargelegt. Es hat nicht mitgeteilt, auf-

grund welcher Tatsachengrundlage es zu dem von ihm für gleichheitswidrig angesehenen Ergebnis gelangt ist, dass dann, wenn sich der gestattete oder geduldete Aufenthalt im Inland auf einen Zeitraum von drei oder mehr Jahren erstreckt und Kinder „vorhanden sind“, davon auszugehen sei, dass der Betroffene faktisch auf unbestimmte Zeit nicht abgeschoben werden könne und somit die Duldung in diesen Fällen die Vorstufe zum Daueraufenthalt darstelle.

OLG Köln-Pressemitteilung vom 4. 11. 2009

Handyverbot gilt nicht für Festnetz-Mobilteil

Der 1. Strafsenat des Oberlandesgerichts Köln hat entschieden, dass die Benutzung eines Festnetz Mobilteils während der Fahrt nicht unter das sog. Handyverbot fällt. Eine anderslautende Entscheidung der Vorinstanz, die ein Bußgeld von 40,- € verhängt hatte, wurde aufgehoben; der Betroffene wurde freigesprochen (Beschluss vom 22. 10. 2009, Az. 82 Ss-OWi 93/09).

Ein Bonner Autofahrer war etwa 3 km von seinem Haus entfernt, als in seiner Tasche das Mobilteil seines Festnetz-Telefons piepte. Er nahm es heraus, schaute es an und hielt es an sein Ohr. Normalerweise ist ab 200 m Entfernung vom Haus keine Kommunikation mit der Basisstation mehr möglich. Das Bonner Amtsgericht hielt auch das Mobilteil einer Festnetzanlage für ein Mobiltelefon im Sinne von § 23 Abs. 1 a StVO.

Dieser Auslegung hat sich der 1. Strafsenat des Oberlandesgerichts Köln nicht angeschlossen. Schnurlostelefone bzw. deren „Mobilteile“ bzw. „Handgeräte“ könnten nach dem allgemeinen Sprachverständnis nicht als Mobiltelefone im Sinne des sog. Handyverbots angesehen werden. Für den Einsatz während der Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr seien sie aufgrund ihres geringen räumlichen Einsatzbereichs praktisch auch gar nicht geeignet. Der Ordnungsgeber habe bei Schaffung der Verbotsvorschrift nur die an die gemeinhin als „Handy“ bezeichneten Geräte für den Mobilfunkverkehr gedacht und deren Gebrauch während des Fahrens beschränken wollen. Der Senat sah auch keinen Anlass, den Anwendungsbereich des Handyverbots zu erweitern: Eine Ablenkung des Fahrers durch Gespräche mit dem Schnurlostelefon könne nicht als ernsthafte Gefahr angesehen werden, weil sie wegen der allseits bekannten Sinnlosigkeit des Vorgangs schon kurz nach Fahrtantritt in der Praxis nicht in nennenswertem Umfang vorkomme. Der Vorgang sei so ungewöhnlich, dass kein Regelungsbedarf bestehe.

Der Beschluss ist rechtskräftig. Die Entscheidung ist in etwa zwei Wochen im Internet unter www.nrwe.de abrufbar.

BMJ-Newsletter vom 20. 11. 2009

Gesucht: Richterin oder Richter für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Am 31. Oktober 2010 endet die Amtszeit der deutschen Richterin am Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Frau Dr. h. c. Renate Jaeger. Im kommenden Jahr steht daher die Wahl einer Nachfolgerin bzw. eines Nachfolgers an. Die Nachfolgerentscheidung trifft die Parlamentarische Versammlung des Europarats auf der Grundlage einer von der Bundesrepublik Deutschland erstellten Liste von drei Kandidatinnen und Kandidaten.

Das Bundesministerium der Justiz hat deshalb geeignete Personen aufgerufen, bis zum 18. Dezember 2009 ihr Interesse an dieser Aufgabe zu signalisieren. Nach Artikel 21 Abs. 1 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten müssen die Richterinnen und Richter „ein hohes sittliches Ansehen genießen und entweder die für die Ausübung hoher richterlicher Ämter erforderlichen Voraussetzungen erfüllen oder Rechtsgelehrte von anerkanntem Ruf sein“.

Der Aufruf zur Interessenbekundung ist unter www.bmj.de abrufbar.

BMJ-Newsletter vom 30. 9. 2009**Modernes Patentrecht tritt in Kraft**

Am 1. Oktober 2009 tritt das Gesetz zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts in Kraft (BGBl. I S. 2521). Das Gesetz verbessert die Rechtslage bei der Anmeldung von Patenten und Marken und strafft das Rechtsmittelsystem.

Von der Reform des Patentrechts profitiert die gesamte Wirtschaft, die auf Erfindungen als Rohstoff der Wissensgesellschaft angewiesen ist. Kernstück des Gesetzes ist die Beschleunigung des sog. Nichtigkeitsverfahrens. In diesem Verfahren wird gerichtlich überprüft, ob ein Patent zu Recht erteilt wurde.

- In der ersten Instanz vor dem Bundespatentgericht muss das Gericht die Parteien nunmehr ausdrücklich auf Fragen hinweisen, die für die gerichtliche Entscheidung erheblich sind, aber von den Parteien in ihren bisherigen Schriftsätzen an das Gericht noch nicht ausreichend erörtert wurden. So wissen die Parteien besser, worauf es dem Gericht ankommt, und sie können ihren weiteren Vortrag auf das Wesentliche konzentrieren. Durch eine Fristsetzung werden Gegner und Gericht vor überraschendem neuen Vortrag geschützt, der bisher in vielen Fällen erst in der mündlichen Verhandlung vorgelegt wurde. Das hat häufig zu einer Verlängerung der Verfahrensdauer geführt.
- Auch das Berufungsverfahren vor dem Bundesgerichtshof soll künftig schneller ablaufen. Angestrebt ist eine Halbierung der Verfahrensdauer von derzeit mehr als vier Jahren. Nach dem bislang geltenden Verfahrensrecht eröffnet die Berufung in Patentnichtigkeitsverfahren eine vollständige neue Instanz; das heißt der gesamte Stoff der ersten Instanz muss gegebenenfalls erneut verhandelt werden. Dazu muss regelmäßig ein Sachverständiger bestellt werden, was sehr zeitaufwendig ist. Ab 1. Oktober 2009 wird sich die Berufung darauf konzentrieren, die Entscheidung der ersten Instanz auf Fehler zu überprüfen, so wie es sich in der Zivilprozessordnung bewährt hat. Patentinhaber, Konkurrenten und Öffentlichkeit erhalten damit schneller Klarheit, ob die patentierte Erfindung geschützt ist oder nicht.

Auch das Verfahren bei Arbeitnehmererfindungen, die etwa 80 Prozent aller Erfindungen ausmachen, wird vereinfacht. Zielsetzung des Gesetzes über Arbeitnehmererfindungen ist es, die Zuordnung der im Arbeitsverhältnis entstandenen Erfindung zum Arbeitgeber sicherzustellen und dem Arbeitnehmer eine angemessene Vergütung dafür zu gewähren. Bisher mussten Arbeitgeber und angestellter Erfinder dafür mehrere Erklärungen mit unterschiedlichen Fristen austauschen. Diese Formalien haben in der betrieblichen Praxis immer wieder zu Fehlern geführt. Nunmehr soll eine sog. Inanspruchnahmefiktion gelten: Danach gehen Arbeitnehmererfindungen vier Monate nach ihrer Meldung automatisch auf den Arbeitgeber über, wenn dieser die Erfindung nicht vorher freigibt. In der Sache bleibt es aber bei dem bewährten Interessenausgleich: Der Arbeitgeber hat grundsätzlich einen Anspruch auf Dienstleistung des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer erhält dafür im Gegenzug einen Vergütungsanspruch.

StGB NRW-Pressemitteilung 29/2009 vom 1. 10. 2009**Städte- und Gemeindebund NRW fordert rechtssichere Möglichkeit eines Alkoholverbots auf öffentlichen Plätzen**

Der Alkoholkonsum in der Öffentlichkeit hat in den vergangenen Jahren so stark zugenommen, dass die Kommunen im Interesse ihrer Bürger dagegen vorzugehen haben. Darauf machte der Präsident des Städte- und Gemeindebundes NRW, der Bergkamener Bürgermeister Roland Schäfer, heute in Düsseldorf vor dem Präsidium des Städte- und Gemeindebundes NRW aufmerksam. „Es kann nicht sein, dass Müll, Vandalismus oder Belästigung von Passanten in den Innenstädten und Ortskernen zur Regel werden“, so Schäfer.

Insbesondere im Sommer würden Fußgängerzonen, Parks und Grünanlagen oft regelrecht von Alkohol Trinkenden belagert. Die Zahl der mit Alkoholvergiftung im Krankenhaus behandelten Jugendlichen ist von 2000 bis 2007 um fast das Eineinhalbfache – 143 Prozent – gestiegen. Der ausufernde öffentliche Alkoholkonsum habe nicht nur verstärkte nächtliche Ruhestörung zur Folge, sondern gehe auch mit einer Zunahme von Körperverletzungen und anderen Gewaltdelikten im öffentlichen Raum einher, machte Schäfer deutlich.

„Angesichts dieser Entwicklung ist eine neue gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für kommunale Alkoholverbote dringend erforderlich“, machte Schäfer deutlich. Nur so erhielten Städte und Gemeinden den nötigen Handlungsspielraum zur Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs. Nach der gegenwärtigen Rechtslage können Kommunen in Nordrhein-Westfalen den Alkoholkonsum auf öffentlichen Verkehrsflächen nur dann untersagen, wenn hierdurch die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bedroht wird.

Rechtlich problematisch – so Schäfer – sei es hingegen, das Trinken von Alkohol in der Öffentlichkeit zu verbieten, solange es noch nicht zu konkreten Belästigungen, Ordnungswidrigkeiten oder auch Gewaltdelikten gekommen sei. Der vielfach gewählte Lösungsweg, im öffentlichen Raum Alkoholkonsum zu verbieten, soweit er geeignet ist, andere erheblich zu belästigen, sei durch aktuelle Entscheidungen süddeutscher Gerichte verbaut. „Es gibt derzeit keine rechtlich abgesicherte Möglichkeit, vorbeugend einzugreifen – aber im Interesse der Bürgerinnen und Bürger brauchen wir sie“, erklärte Schäfer abschließend.

Hinw. d. Red.: Vgl. die Meldungen in GuT 2009, 257 f.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 111/2009 vom 1. 10. 2009**Verfassungsbeschwerde gegen Vorschriften des novellierten bayerischen Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Rauchverbot in Gaststätten) erfolgreich**

Am 1. August 2009 trat in Bayern die Novellierung des Gesundheitsschutzgesetzes (GSG) in Kraft, in dem unter anderem der Anwendungsbereich des Rauchverbots und die Ausnahmeregelungen geändert worden sind. In der geänderten Fassung findet das Rauchverbot auf alle Gaststätten im Sinne des Gaststättengesetzes Anwendung; die bisherige Einschränkung des Anwendungsbereichs auf öffentlich zugängliche Gaststätten wurde gestrichen. Gleichzeitig ist Gaststätteninhabern die Möglichkeit eröffnet worden, in vollständig abgetrennten Nebenräumen das Rauchen zuzulassen, wenn diese Räume deutlich als Raucherräume gekennzeichnet sind und die Belange des Nichtraucherschutzes dadurch nicht beeinträchtigt werden. Außerdem gibt es nach dem neuen Gesetz zwei Ausnahmen vom Rauchverbot: Es gilt nicht mehr in Bier-, Wein- und Festzelten, die nur vorübergehend und in der Regel an wechselnden Standorten betrieben werden, sowie in vorübergehend als Festzelten genutzten ortsfesten Hallen auf Volksfesten und vergleichbar großen Veranstaltungen. Ferner nimmt das neue Gesetz getränkegeprägte Gaststätten mit weniger als 75 m² Gastfläche und ohne abgetrennten Nebenraum von dem Verbot aus, wenn Kindern und Jugendlichen der Zutritt nicht gestattet ist und die Gaststätten am Eingangsbereich in deutlich erkennbarer Weise als Rauchergaststätten gekennzeichnet sind, zu denen Minderjährige keinen Zutritt haben.

Die 2. Kammer des Bundesverfassungsgerichts hat eine Verfassungsbeschwerde einer Gaststätteninhaberin, die eine als „Pilsbar“ bezeichnete Zweiraumgaststätte betreibt, nicht zur Entscheidung angenommen (Beschluss vom 10. 9. 2009 – 1 BvR 2054/09). Die Beschwerdeführerin ist durch die novellierten Bestimmungen des Gesundheitsschutzgesetzes nicht in ihrem Grundrecht auf freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt. Die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits geklärt. Im Urteil (1 BvR 3262/07 u. a.) vom 30. Juli 2008 [= GuT

2008, 253] hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts entschieden (vgl. Pressemitteilung Nr. 78/2008 vom 30. Juli 2008), dass der Schutz der Bevölkerung vor den Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen ein Gemeinwohlziel darstellt, das auf vernünftigen Erwägungen beruht und daher grundsätzlich Beschränkungen der Berufsfreiheit von Gastwirten legitimieren kann. Ebenso ist es dem Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums nicht verwehrt, das Ziel des Schutzes der Gesundheit vor Passivrauchen angesichts der gegenläufigen Interessen der Gaststättenbetreiber und der Raucher mit Hilfe eines Schutzkonzeptes zu verfolgen, das den Gesundheitsschutz weniger stringent verfolgt als ein striktes Rauchverbot.

Mit der Schaffung von Ausnahmeregelungen für kleine, getränkegeprägte Einraumgaststätten und die Zeltgastronomie sowie der Möglichkeit, Rauchernebenräume einzurichten, hat der bayerische Gesetzgeber nun sich für ein solches weniger intensives Schutzkonzept entschieden. Dieses Konzept hat er auch folgerichtig umgesetzt, weil er die spezifischen nachteiligen Auswirkungen des Rauchverbots auf die getränkegeprägte Kleingastronomie berücksichtigt hat. Insbesondere bleibt es Inhabern von Mehrraumgaststätten unbenommen, einen Rauchernebenraum einzurichten. Selbst wenn das Rauchverbot im konkreten Fall trotz der möglichen Einrichtung eines Rauchernebenraums wegen des besonderen Gepräges der Gaststätte zu einer existenzbedrohenden wirtschaftlichen Beeinträchtigung der Beschwerdeführerin führen könnte, wäre dies eine einzelne Sonderkonstellation, die den Gesetzgeber nicht zu einer weiteren Ausnahme zwingt.

Soweit der Gesetzgeber getränkegeprägte Einraumgaststätten und die Zeltgastronomie vom Rauchverbot ausgenommen hat, nicht aber sämtliche überwiegend von Rauchern besuchten oder als „Raucher kneipen“ deklarierten Gaststätten, stehen dem Gesetzgeber hinreichende sachliche Gründe für diese Differenzierung zur Seite.

Im Hinblick auf die Zeltgastronomie hat sich der Gesetzgeber davon leiten lassen, dass Bier-, Wein- und Festzelte dadurch charakterisiert sind, dass sie nur wenige Tage oder Wochen im Jahr an einem festen Standort aufgestellt sind und daher nicht in gleichem Maß Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen verursachen wie ortsfeste Gaststätten, die ganzjährig besucht werden können. Es dürfte zwar zutreffen, dass Veranstaltungen in Festzelten aufgrund ihrer gesellschaftlichen Bedeutung typischerweise auch eine große Zahl von Nichtrauchern anziehen. Wenn der Gesetzgeber die vom Passivrauchen bei solchen Gelegenheiten ausgehenden gesundheitlichen Gefahren gleichwohl wegen der beschränkten Standzeit solcher Zelte als hinnehmbar einschätzt, überschreitet er damit nicht den ihm zukommenden Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum.

Bei den Ausnahmen vom Rauchverbot für kleine Einraumgaststätten hat sich der Gesetzgeber davon leiten lassen, dass dieser Bereich des Gaststättengewerbes durch ein Rauchverbot typischerweise besonders belastet ist. Dabei stellt sich die Grenze von 75 m² nicht als willkürlich dar, denn sie geht auf eine Vereinbarung zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung und dem Bundesverband des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes vom 1. März 2005 zurück. Auch die damit verbundene pauschale Grenzziehung ist nicht zu beanstanden. Weil Praktikabilität und Einfachheit des Rechts zu den notwendigen Voraussetzungen eines gleichheitsgerechten Gesetzesvollzugs gehören, ist der Gesetzgeber befugt, auch generalisierende und typisierende Regelungen zu treffen.

EXPO REAL PresseNews 08/09 vom 7.10.2009

EXPO REAL 2009: Weniger Teilnehmer – mehr Dialog – mehr Qualität

Erwartungsgemäß verzeichnet die EXPO REAL 2009, 12. Internationale Fachmesse für Gewerbeimmobilien, mit rund

21.000 Fachbesuchern aus 73 Ländern einen Rückgang um 15 Prozent (Vorjahr: 24.800 aus 78 Ländern). Neben den Besuchern waren die ausstellenden Unternehmen mit 14.750 Repräsentanten auf der Messe vertreten. Die EXPO REAL hatte damit insgesamt über 35.000 Teilnehmer.

„Wenn man bedenkt, welche Talfahrt die Immobilienbranche weltweit hinter sich hat, ist das ein ausgesprochen erfreuliches Ergebnis. Gerade in dieser Zeit hat sich die EXPO REAL als unverzichtbare Kommunikationsplattform für die Branche erwiesen“, sagte Eugen Egetenmeir, Mitglied der Geschäftsführung der Messe München.

Das Messegeschehen war geprägt von einem intensiven Dialog und der Diskussion um die künftige Marktentwicklung. Dr. Georg Allendorf, Head of RREEF Deutschland: „Auf der diesjährigen EXPO REAL wurden deutlich mehr Gespräche zu Immobilien-Transaktionen und mit institutionellen Investoren geführt als im Vorjahr. Die Atmosphäre war entspannt und auf Arbeitsergebnisse fokussiert. Die EXPO REAL ist alles in allem eines der wichtigsten Ereignisse in der Immobilienwirtschaft in Europa.“ Das bekräftigte auch Christian Sautter, Stellvertreter der Bürgermeister von Paris und Präsident der Paris Development Agency: „Die EXPO REAL ist eine hervorragend organisierte Arbeitsmesse. Dies ist in diesen Tagen besonders wichtig. Hier trifft man die Investoren und das Geld.“

Kommunikation war wichtiger denn je. Andreas Quint, CEO von Jones Lang LaSalle Deutschland: „Ist der persönliche Kontakt, das Gespräch, der Austausch mit anderen Marktteilnehmern eine quasi professionelle Selbstverständlichkeit in ‚normalen Zeiten‘ – in Anbetracht einer globalen Wirtschaftskrise wurde daraus im Herbst 2009 eine Notwendigkeit.“ Dies sah auch Dieter Reiter, Referent für Arbeit und Wirtschaft bei der Landeshauptstadt München, so: „In diesem Jahr konnten wir das im Vergleich zu 2008 ruhigere Messegeschehen für intensive Gespräche nutzen, um Projekte voranzutreiben.“

Die Top Ten-Besucherkönder waren neben Deutschland – in dieser Reihenfolge – Großbritannien, Österreich, Niederlande, Schweiz, Polen, Frankreich, Tschechische Republik, USA, Russland und Luxemburg. Chris Bell, Managing Director Europe von Knight Frank in Großbritannien: „Einmal mehr hat die EXPO REAL in Bezug auf Besucherzahlen und Vielfalt der Besucher unsere Erwartungen übertroffen. Wir freuen uns sehr, diese erstklassige Gewerbeimmobilienmesse auch weiterhin zu unterstützen.“ Auch die gegenüber dem Vorjahr gestiegene Qualität der Fachbesucher wurde von den Ausstellern hervorgehoben. Dr. Lutz Aengevelt, Geschäftsführender Gesellschafter von Aengevelt Immobilien: „Mehr Dealmaker, mehr erste Reihe.“

Die Themen auf der Messe drehten sich vor allem darum, wie man mit der Krise umgeht und welche Perspektiven es gibt. Ebenso war Nachhaltigkeit, vor allem unter ökonomischen Gesichtspunkten, ein vielfach diskutiertes Thema: „Die Nachhaltigkeit kann ein bedeutender Kompass aus der Krise sein“, sagte Rainer Kohns, Global Coordinator für Green Building Activities bei Siemens Real Estate. „Hier auf der EXPO REAL sind viele wichtige neue Aspekte beleuchtet worden.“

Auf der EXPO REAL 2009 stellten insgesamt 1.580 Unternehmen aus 34 Ländern aus. Erstmals gab es auch eine große luxemburgische Präsenz und eine Beteiligung aus Belarus. Die Türkei hatte dieses Jahr mit einem Gemeinschaftsstand ihren bisher größten Auftritt auf der Messe. Feyzullah Yetgin, General Manager bei Emlak Konut GYO in der Türkei: „Wir sind hier, um unsere Expertise mit internationalen Investoren zu teilen und über mögliche Kooperationen zu sprechen. Dafür war die EXPO REAL für uns der perfekte Ort.“

Die nächste EXPO REAL findet vom 4. bis 6. Oktober 2010 in München statt.

Mehr Informationen unter www.exporeal.net

Über die Messe München International MMI

Die Messe München International (MMI) ist mit rund 40 Fachmessen für Investitionsgüter, Konsumgüter und Neue Tech-

nologien eine der weltweit führenden Messegesellschaften. Über 30.000 Aussteller aus mehr als 100 Ländern und mehr als zwei Millionen Besucher aus über 200 Ländern nehmen jährlich an den Veranstaltungen in München teil. Darüber hinaus veranstaltet die MMI Fachmessen in Asien, in Russland, im Mittleren Osten und in Südamerika. Mit sechs Auslandsbeteiligungsgesellschaften in Europa und Asien sowie 66 Auslandsvertretungen, die 89 Länder betreuen, verfügt die MMI über ein weltweites Netzwerk.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 127/2009 vom 4. 11. 2009

Verfassungsbeschwerden gegen Ergänzungsplanfeststellungsbeschluss für Flughafen Leipzig/Halle erfolglos

Die Verfassungsbeschwerden betreffen den Ergänzungsplanfeststellungsbeschluss für den Verkehrsflughafen Leipzig/Halle vom 27. Juni 2007 sowie hierzu ergangene Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts.

Mit Planfeststellungsbeschluss vom 4. November 2004 wurde der Ausbau des Flughafens Leipzig/Halle zu einem Drehkreuz für den Luftfrachtverkehr genehmigt. Der Planfeststellungsbeschluss beinhaltete nur geringfügige Einschränkungen für den Nachtflugverkehr, der bereits aufgrund der Betriebsgenehmigung vom 20. September 1990 in der Gestalt der Genehmigung vom 14. März 2000 (Betriebsgenehmigung 1990/2000) zulässig war. Auf Klagen lärm betroffener Anwohner - darunter auch die Beschwerdeführer - verpflichtete das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 9. November 2006 den Freistaat Sachsen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut darüber zu entscheiden, ob der Nachtflugbetrieb weiter beschränkt wird, soweit es nicht um Frachtflüge zum Transport von Expressgut geht. Mit dem vorliegend angegriffenen Ergänzungsplanfeststellungsbeschluss vom 27. Juni 2007 schränkte der Freistaat Sachsen den Nachtflugverkehr weiter als bisher ein. Zugelassen blieben jedoch unter anderem auch nicht eilbedürftige Frachtflüge, soweit die Luftfrachtunternehmen logistisch in das Luftfrachtzentrum Leipzig/Halle eingebunden sind. In der Nachtzeit zugelassen blieben ferner Flüge auf militärische Anforderung, wie zum Beispiel militärischer Sonderfrachtverkehr für die NATO und die EU im Rahmen des SALIS-Projekts sowie Militärtruppentransporte der USA durch private Fluggesellschaften. Die hiergegen gerichteten Klagen der Beschwerdeführer blieben vor dem Bundesverwaltungsgericht erfolglos. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügen die Beschwerdeführer insbesondere die Verletzung ihres Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), das sie durch den Fluglärm und die Gefahr terroristischer Anschläge beeinträchtigt sehen.

Die 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat die Verfassungsbeschwerden mangels Erfolgsaussicht nicht zur Entscheidung angenommen (Beschlüsse vom 15. 10. 2009 – 1 BvR 3474/08, 1 BvR 3522/08). Die Annahme des Bundesverwaltungsgerichts, die Flüge auf militärische Anforderung seien von der Betriebsgenehmigung 1990/2000 gedeckt, verletzt insbesondere nicht die verfahrensrechtliche Dimension des Rechts auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Denn es kann nicht festgestellt werden, dass dadurch der Rechtsschutz der Beschwerdeführer verkürzt worden ist. Nachdem über die Notwendigkeit einer fortbestehenden Nachtflugmöglichkeit für Flüge auf militärische Anforderung im Ergänzungsplanfeststellungsbeschluss entschieden wurde, war es verfassungsrechtlich nicht geboten, die grundsätzliche Zulässigkeit der genannten Flüge einer erneuten Abwägung und Entscheidung zu unterwerfen. Denn für sie gelten die für den Verkehrsflughafen Leipzig/Halle allgemein geltenden Regeln. Sofern bestimmte Transportflugzeugtypen genutzt werden, ist nicht nachvollziehbar, wieso dies auf der Grundlage der Betriebsgenehmigung 1990/2000 unvorhersehbar und damit ohne Rechtsschutzmöglichkeit war. Denn eine luftrechtliche Genehmigung muss die Arten der Luftfahrzeuge enthal-

ten, die den Flughafen nutzen dürfen. Soweit sich die Beschwerdeführer gegen die Nutzung des Flughafens durch zivile US-amerikanische Fluggesellschaften wenden, die US-Militärpersonal zwischen verschiedenen zivilen und militärischen Flughäfen der USA und dem Nahen und Mittleren Osten befördern, hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass die Erteilung der hierfür erforderlichen Einflugerlaubnisse zu versagen sei, wenn durch die Benutzung des deutschen Luftraums die öffentliche Sicherheit gefährdet würde. Zugleich hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die Bewohner des Bundesgebietes gegen die Erteilung dieser Einflugerlaubnisse die Verletzung subjektiver Rechte geltend machen können und ihnen daher eine Rechtsschutzmöglichkeit zur Verfügung steht.

Eine Verletzung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit kann auch durch die Abwägungsentscheidung des Ergänzungsplanfeststellungsbeschlusses im Hinblick auf die Flüge auf militärische Anforderung nicht festgestellt werden. Die Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichts, die Gefahr von Terroranschlägen wegen der Flüge auf militärische Anforderung sei nur geringfügig und daher nicht abwägungserheblich, ist vertretbar. Die Beschwerdeführer haben lediglich pauschal bestritten, dass geeignete und ausreichende Sicherheitsvorkehrungen vorhanden und von deutschen Behörden überprüft worden seien. Dagegen ist nicht ersichtlich, dass sie ihren Zweifeln an den Sicherheitsmaßnahmen durch einen Beweisantrag Nachdruck verliehen hätten. Darüber hinaus haben die Beschwerdeführer auch kein konkret sie betreffendes Bedrohungsszenario dargetan. Völlig aus der Luft gegriffen erscheint ihre Behauptung, aufgrund der militärischen Nutzung bestehe die Gefahr, dass der Flughafen Leipzig/Halle Gegenstand eines regulären kriegerischen Angriffs werden könne, woraus sich die Gefahr ziviler „Kollateralschäden“ ergebe.

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG ist ebenfalls nicht dadurch verletzt, dass im Ergänzungsplanfeststellungsbeschluss darauf verzichtet wurde, die Zulässigkeit des Nachtflugbetriebs auf Flüge zur Beförderung von Expressfracht zu beschränken. Das Bundesverwaltungsgericht ist zu dem vertretbaren Ergebnis gelangt, dass der bereits im Urteil vom 9. November 2006 anerkannte standortspezifische Bedarf für den Umschlag von Expressfrachtverkehr an einem Frachtdrehkreuz auch in der Nacht-kernzeit Flüge zur Beförderung konventioneller Fracht „mitziehen“ könne, wenn beide Arten von Fracht aus vernünftigen Gründen gemeinsam transportiert würden und die Beschränkung der Nachtflugerlaubnis auf Verkehre zum Transport von Expressfracht die Funktionsfähigkeit des Frachtdrehkreuzes gefährden würde. Dieser in den Abwägungsvorgang eingeflossene Belang kann nicht als ungeeignet angesehen werden, eine Beschränkung der von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Lärmschutzinteressen der Beschwerdeführer zu rechtfertigen. Angesichts der vom Bundesverwaltungsgericht genannten Voraussetzungen für ein „Mitziehen“ des allgemeinen Frachtverkehrs durch den Expressfrachtverkehr kann auch kein Missverhältnis zwischen den gegeneinander abzuwägenden Lärmschutzinteressen der Beschwerdeführer und den grundrechtlich geschützten Interessen der Flughafenbetreiberin und der Flugunternehmen festgestellt werden.

BVerfG-Pressemitteilung Nr. 109/2009 vom 29. 9. 2009

Versagung der Bestimmung als „Zollflugplatz“ stellt Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dar

Die Beschwerdeführerin beantragte, den von ihr betriebenen Flughafen L. in die Liste der Zollflugplätze nach § 2 Abs. 2 des Zollverwaltungsgesetzes aufzunehmen. Diesen Antrag lehnte das Bundesministerium der Finanzen ab. Die nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobene Klage hatte vor dem Finanzgericht zwar Erfolg, diese Entscheidung wurde aber auf Revision des Bundesministeriums der Finanzen vom Bundesfinanzhof aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts hat der Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin, die die Verletzung ihrer von Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit rügt, stattgegeben, die Entscheidung des Bundesfinanzhofs aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an das Gericht zurückverwiesen (Beschluss vom 31. 8. 2009 – 1 BvR 3275/07). Der Bundesfinanzhof hat die Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit der Beschwerdeführerin durch die Ablehnung der Bestimmung als Zollflugplatz bei seiner Entscheidung völlig ausgeblendet und die erforderliche Auslegung und Anwendung der einschlägigen zollrechtlichen Bestimmungen im Licht des Art. 12 Abs. 1 GG nicht vorgenommen.

Die Entscheidung über die Bestimmung eines Flughafens zum Zollflugplatz stellt eine jedenfalls eingriffsgleiche Regelung der Berufsausübung der Beschwerdeführerin dar, denn sie verändert die Rahmenbedingungen des Flughafenbetriebs und weist eine berufsregelnde Tendenz auf. Die Qualifikation eines Flughafens als Zollflugplatz führt nicht allein zu günstigen tatsächlichen Rahmenbedingungen für den Betreiber, sondern hat darüber hinaus Art und Umfang des rechtlich zulässigen Flughafenbetriebs zum Gegenstand. Sie ist rechtliche Voraussetzung dafür, dass außereuropäischer Frachtverkehr regelmäßig auf dem jeweiligen Flughafen abgewickelt werden kann. Die Zulassung als Zollflugplatz eröffnet dem begünstigten Flughafenbetreiber mithin erweiterte rechtliche Handlungsmöglichkeiten.

Die von der Verfassungsbeschwerde in diesem Zusammenhang aufgeworfene Frage, ob die normativen Grundlagen im Zollverwaltungsgesetz und in der Zollverordnung den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, die das Grundgesetz an eine Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit stellt, wurde bisher vom Bundesfinanzhof noch nicht geklärt. Ob die einschlägigen zollrechtlichen Bestimmungen, insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt der erforderlichen Normenbestimmtheit, mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sind, hängt zunächst von ihrer einfachrechtlichen - wenn auch von dem Grundrecht der Berufsfreiheit geleiteten - Interpretation ab, die in der bisherigen Entscheidung noch nicht geleistet wurde.

Grundsätzlich bedürfen Eingriffe in die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG einer gesetzlichen Regelung. Allerdings können Beschränkungen der Berufsfreiheit auch durch richterliche Auslegung eines bestehenden Gesetzes hinreichende Konturen erhalten. Selbst das Fehlen einer ausdrücklichen und bestimmten normativen Regelung bedeutet noch nicht, dass eine die Berufsausübung einschränkende Gerichtsentscheidung den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG widersprechen müsste. Auch aus einer Gesamregelung kann sich unter Berücksichtigung ihrer Auslegung in Rechtsprechung und Schrifttum eine hinreichend erkennbare und bestimmte, den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts genügende Regelung der Berufsausübung ergeben. Anhand dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben wird der Bundesfinanzhof das Begehren der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der genannten Maßstäbe erneut zu prüfen haben.

Da sich gegenwärtig nicht feststellen lässt, dass eine tragfähige normative Grundlage für die vom Bundesministerium der Finanzen getroffene Entscheidung nicht existiert und eine für die Beschwerdeführerin günstige Entscheidung zumindest nicht ausgeschlossen ist, war die Sache an den Bundesfinanzhof zurückzuverweisen. Bei einer erneuten Entscheidung wird dieser auch zu berücksichtigen haben, dass die Maßnahme lediglich mittelbar in die Berufsausübung des Flugplatzbetreibers eingreift und so dem Gesetzgeber - auch im Hinblick auf die erforderliche Dichte des gesetzlichen Regelungsprogramms - bei der Ausgestaltung der normativen Vorgaben ein erheblicher Spielraum zukommt. Hierbei ist es ihm auch nicht verwehrt, strukturpolitische Folgen etwa für die Raumordnung mit in den Blick zu nehmen. Hinsichtlich der spezifischen Belange der Beschwerdeführerin wird in den Blick zu nehmen sein, dass ein nachhaltiger konkreter Bedarf für die Abwicklung von Fracht-

verkehr mit Drittländern bisher noch nicht zu Tage getreten ist, sich angesichts der rechtlichen Einschränkungen aber auch nicht ohne weiteres entfalten konnte.

BGH-Pressmitteilung Nr. 224/2009 vom 30. 10. 2009

Urteil wegen Erschleichens von Fördermitteln für den Ausbau des Erfurter Flughafens rechtskräftig

Das Landgericht Mühlhausen hat den ehemaligen Geschäftsführer der Flughafen Erfurt GmbH (FEG) wegen Betrug zum Nachteil des Freistaates Thüringen zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und acht Monaten verurteilt.

Nach den Feststellungen der Wirtschaftsstrafkammer beantragte der Angeklagte im Jahr 2001 vom Freistaat Thüringen die Auszahlung von Fördermitteln für den weiteren Ausbau des Flughafens Erfurt. Weil die Freigabe der Fördermittel an die Bedingung geknüpft war, dass das jährliche Fluggastaufkommen mindestens 500.000 Passagiere betrug, behauptete der Angeklagte wahrheitswidrig, im Jahr 2000 sei eine solche Auslastung erreicht worden. Die Zahl der abgefertigten Passagiere lag in Wahrheit jedoch deutlich unter dieser Grenze, was der Angeklagte durch gezielte Manipulationen an der Fluggaststatistik verschleierte. Aufgrund dieser Falschangaben beteiligte sich der Freistaat Thüringen in der Folgezeit an den Kosten des Flughafenbaus, für den auf Grund des geringen Passagieraufkommens ein tatsächlicher Bedarf nicht bestand. Die Flughafen Erfurt GmbH gewährte dem Angeklagten daraufhin eine hohe Anerkennungsprämie und verlängerte dessen Geschäftsführervertrag zu wesentlich verbesserten Bedingungen. Nach Aufdeckung der Manipulationen im Jahr 2005 wurde der Angeklagte fristlos entlassen; dem Freistaat war durch den nicht bedarfsgerechten Flughafenbau nach Feststellung des Landgerichts ein Schaden von ca. 4,25 Mio. EUR entstanden.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 21. Oktober 2009 die auf mehrere Verfahrens- und Sachrügen gestützte Revision des Angeklagten als unbegründet verworfen; das Urteil des Landgerichts ist damit rechtskräftig (Beschluss vom 21. 10. 2009 – 2 StR 287/099).

BGH-Pressmitteilung Nr. 185/2009 vom 17. 9. 2009

Verurteilungen des ehemaligen Gesamtbetriebsratsvorsitzenden und eines ehemaligen Abteilungsleiters der Volkswagen AG wegen Untreue rechtskräftig

Das Landgericht Braunschweig hat den ehemaligen Vorsitzenden des Volkswagen-Gesamtbetriebsrats Dr. h.c. Klaus Volkert, der zugleich Vorsitzender des Konzernbetriebsrats, des Eurokonzernbetriebsrats und des Weltkonzernbetriebsrats und als Arbeitnehmervertreter Mitglied des Aufsichtsrats war, wegen Untreuehandlungen zum Nachteil seines Arbeitgebers zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt.

Der Angeklagte Dr. h.c. Volkert, dessen Betriebsratsstätigkeit ab 1991 nach der zweithöchsten, ab 2001 nach der höchsten für VW-Arbeitnehmer geltenden Gehaltsgruppe vergütet wurde, vereinbarte 1994 mit dem ehemaligen Vorstandsmitglied und Arbeitsdirektor Dr. h.c. Peter Hartz unter Verletzung von dessen Vermögensbetreuungspflicht eine Sonderbonusregelung, deren Höhe sich an der Vergütung für VW-Markenvorstände orientierte; ihre Gewährung an Betriebsratsmitglieder, die wie Arbeitnehmer zu entlohnen sind, war gesetzlich verboten. Unter Geheimhaltung und Umgehung des für die Vergütung von Betriebsräten eigentlich zuständigen Gremiums wurden an Dr. h.c. Volkert bis 2004 insgesamt über 1,9 Mio. € bezahlt. Dr. h.c. Hartz stellte ferner die Geliebte des Angeklagten Dr. h.c. Volkert auf dessen Drängen bei VW an und akzeptierte zwischen Oktober 2000 und Oktober 2004 die Bezahlung von Rechnungen für in Wahrheit bei VW nicht geleistete Arbeit über insgesamt fast 400.000 €.

GUT

G 58438

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

Seit 1994 wurden die Mitglieder des Gesamtbetriebsausschusses auf Weisung des Personalvorstands Dr. h.c. Hartz von dem für die Betreuung der Betriebsräte zuständigen, als Abteilungsleiter tätigen Angeklagten Klaus-Joachim Gebauer „großzügig“ behandelt. Von Februar 2001 bis März 2005 buchte Gebauer private Reisen für Dr. h.c. Volkert, dessen Geliebte, aber auch für sich selbst, seine Lebensgefährtin und weitere Nichtbetriebsratsmitglieder und rechnete mittels nicht kontrollierbarer Eigenbelege verauslagte Bargeldzuwendungen an Betriebsratsmitglieder, Kosten für Bordellbesuche und Prostituierte, für Maßanzüge, Mobiltelefone und eine Mietwohnung für Prostituiertenbesuche in Gesamthöhe von etwa 1,2 Mio. € ab. Das Landgericht hat Gebauer wegen 40 solcher Abrechnungen jeweils wegen Untreue verurteilt; Dr. h.c. Volkert lag Anstiftung hierzu (ihm im Umfang von 230.000 € persönlich zugute gekommene Zuwendungen) zur Last. Auch Gebauer wurde wegen Anstiftung zur Untreue verurteilt, da er im Frühjahr 2003 die Übernahme von Lohnkosten für eine Scheinanstellung seiner Lebensgefährtin bei der Skoda Deutschland GmbH bis Ende 2004 über insgesamt rund 50.000 € veranlasst hatte.

Das Landgericht hat gegen Gebauer auf eine Freiheitsstrafe von einem Jahr erkannt und die Vollstreckung dieser Strafe zur Bewährung ausgesetzt.

Die Revisionen der Angeklagten erzielten nach der Revisionshauptverhandlung vor dem 5. (Leipziger) Strafsenat lediglich einen geringen Teilerfolg (Urteil vom 17. 9. 2009 – 5 StR 521/08). Von ihrer Verurteilung wurde das teilweise tateinheitlich ausgeurteilte Vergehen der Betriebsratsbegünstigung ausgenommen, da es insoweit an einem formgerechten Strafantrag der VW-AG gefehlt hatte. Die Strafen blieben von dieser Urteilskorrektur unberührt. Erfolglos blieb insbesondere die Beanstandung der Revision von Dr. h.c. Volkert, das Landgericht habe sich bei der Bemessung der Strafe bei ihm daran orientieren müssen, dass es zuvor Dr. h.c. Hartz als Haupttäter – der indes keine beträchtlichen eigenen Vorteile aus den Taten gezogen hatte – lediglich zu zwei Jahren Freiheitsstrafe mit Bewährung und einer hohen Geldstrafe verurteilt hatte.

Da auch die Revision der Staatsanwaltschaft, die eine strengere Verurteilung des Angeklagten Dr. h.c. Volkert erstrebt hatte, erfolglos blieb, ist das Verfahren gegen Dr. h.c. Volkert und Gebauer damit rechtskräftig abgeschlossen.

SPD-Bundestagsfraktion
Pressemitteilung vom 16.11.2009

Vermögensteuer: Raus aus den Schuetzengraeben

Zu den bisherigen Reaktionen auf den Beschluss des SPD-Bundesparteitags zur Vermögensteuer erklärt der stellvertretende Vorsitzende der SPD-Bundestagsfraktion Joachim Poss:

Die Reaktionen aus den Reihen der CDU/CSU und FDP und auch aus den Reihen der Wirtschaftsverbände (zum Beispiel des Praesidenten des DIHK) auf den Beschluss der SPD, die Vermögensteuer wieder einführen zu wollen, waren wie erwartet: Reflexartig wird dieser Beschluss abgelehnt. Es fallen die ueblichen Vokabeln wie „Linksruck der SPD“ und „Neidsteuer“.

Wenn es bei dieser Reaktion bleibt, wird seitens der konservativ-liberalen Koalition und seitens der Wirtschaftsverbände eine grosse Chance hin zu gesellschaftlichem Fortschritt vertan: Eine klug und vernuenftig gestaltete Wiedereinführung der Vermögensteuer wuerde helfen, bisher ungeloeoste gesellschaftliche Fragestellungen und Probleme zu loesen.

Offen ist zum Beispiel die Frage, wie vor dem Hintergrund auf Dauer aeusserst angespannter oeffentlicher Haushalte die noetigen Mehrausgaben fuer Bildung und Betreuung finanziert werden koennen.

Offen ist auch die Frage, wie eine Gesellschaft umgeht mit der zunehmenden Einkommens- und Vermoegenkonzentration sowohl in wirtschaftlichen Boom- als auch in wirtschaftlichen Krisenzeiten.

Es handelt sich hierbei um Probleme, die alle politischen Richtungen angehen und denen auch die Konservativ-Liberalen auf Dauer nicht werden ausweichen koennen.

Angesichts der gewaltigen Herausforderungen, denen wir uns stellen muessen, wird es Zeit, dass alle ihre Schuetzengraeben verlassen.

Verkauf meiner NJW 1947–2003

VB 1000,— EUR

Tel. 0211 / 63 34 81



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